

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

BRUNA DA SILVA TEIXEIRA

**A CONCEPÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* NO SISTEMA DE PRECEDENTES
JUDICIAIS E SUA PROBLEMÁTICA IDENTIFICAÇÃO**

NATAL/RN

2017

BRUNA DA SILVA TEIXEIRA

**A CONCEPÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* NO SISTEMA DE PRECEDENTES
JUDICIAIS E SUA PROBLEMÁTICA IDENTIFICAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte (UNI-RN) como
requisito final para obtenção do Título de
especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Matusalém Jobson
Bezerra Dantas.

NATAL/RN

2017

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Teixeira, Bruna da Silva.

A concepção da *ratio decidendi* no sistema de precedentes judiciais e sua problemática identificação / Bruna da Silva Teixeira. – Natal, 2017.
58 f.

Orientador: Prof. Matusalém Jobson Bezerra Dantas.

Monografia (Pós-Graduação em Direito Processual Civil) – Centro
Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Precedentes judiciais – Monografia. 2. Novo Código de Processo Civil – Monografia. 3. Ratio decidendi – Monografia. 4. Tese jurídica – Monografia. I. Dantas, Matusalém Jobson Bezerra. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 347.9

BRUNA DA SILVA TEIXEIRA

**A CONCEPÇÃO DA *RATIO DECIDENDI* NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E
SUA PROBLEMÁTICA IDENTIFICAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte (UNI-RN) como
requisito final para obtenção do Título de
especialista em Direito Processual Civil.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Matusalém Jobson Bezerra Dantas
Orientador

Prof. Benício de Sá
Membro

Prof. Leonardo Freire
Membro

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo investigar a maneira como os tribunais pátrios, mormente os superiores, têm concebido a *ratio decidendi* e as implicações da concepção adotada para a aplicação dos precedentes judiciais. Tomar-se-á como ponto de partida obras doutrinárias que defendem a adoção da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes no Brasil, bem como as críticas feitas a esta doutrina, especialmente as formuladas por Lenio Streck no conjunto de colunas intitulado “tetralogia sobre o ‘sistema brasileiro de precedentes’”. Com isso, objetiva-se responder três questões, a saber: I) No Brasil, a *ratio decidendi* de um precedente judicial consiste na própria tese jurídica dele extraída? II) a *ratio decidendi* deve estar expressamente identificada pelo tribunal do qual o precedente emana? III) O precedente judicial é sinônimo de tese jurídica? Para tanto, adotar-se-á o método dedutivo como método de abordagem, partindo de uma visão geral sobre os precedentes judiciais, de modo a abordar aspectos gerais que lhes digam respeito, para então tratar especificamente do seu elemento vinculante, qual seja a *ratio decidendi*, no sistema jurídico brasileiro. Ademais, será utilizada a técnica de pesquisa da documentação indireta, que abrange a pesquisa bibliográfica e documental. Com isso, busca-se demonstrar que a concepção de *ratio decidendi* do precedente está intimamente ligada ao conceito de tese jurídica, havendo a tendência de que esta seja identificada de forma expressa pelo órgão prolator da decisão, o que poderá contribuir, inclusive, para que o precedente judicial seja considerado sinônimo de tese jurídica, reduzindo-se à *ratio decidendi* que dele emana.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Novo Código de Processo Civil. *Ratio decidendi*. Tese jurídica.

ABSTRACT

The objective of this work is to investigate the way the courts, especially the superior courts, have conceived the *ratio decidendi* and the implications of the conception adopted for the application of judicial precedents. It will take as a starting point doctrinal works that defend the adoption of the doctrine of binding judicial precedents in Brazil as well as the criticisms made to this doctrine, especially those formulated by Lenio Streck in the set of columns titled "tetralogy on the system Brazilian precedent". With this, the objective is to answer three questions namely: I) In Brazil, the *ratio decidendi* of a judicial precedent consists in the legal thesis itself extracted from it? II) Must the *ratio decidendi* be expressly identified by the court from which the precedent emanates? III) Is the judicial precedent synonymous with legal theory? To do so, the deductive method will be adopted as a method of approach, starting with an overview of judicial precedents in order to address general aspects that concern them, to then deal specifically with its binding element whatever the *ratio decidendi* in the Brazilian legal system. In addition, the indirect documentation research technique which covers bibliographic and documentary research will be used. In this way, it demonstrates that the concept of *ratio decidendi* of the precedent is closely linked to the concept of legal thesis, having the tendency that this one is identified expressly by the prolator organ of the decision which can contribute the judicial precedent is considered synonymous with legal theory reducing to the *ratio decidendi* that emanates from it.

Keywords: Judicial precedents. New Code of Civil Procedure. *Ratio decidendi*. Legal thesis.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 PRECEDENTE JUDICIAL	10
2.1 DOCTRINA DO <i>STARE DECISIS</i>	10
2.2 CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL	15
2.3 NATUREZA JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL	17
3 <i>RATIO DECIDENDI</i>	20
3.1 CONCEITO DE <i>RATIO DECIDENDI</i>	20
3.2 <i>OBITER DICTUM</i>	22
3.3 MÉTODOS DE IDENTIFICAÇÃO DA <i>RATIO DECIDENDI</i>	23
3.4 TÉCNICAS DE JULGAMENTO NA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES	27
3.4.1 <i>Distinguishing</i>	27
3.4.2 <i>Signaling</i>	29
3.4.3 <i>Transformation</i>	30
3.4.4 <i>Overriding</i>	30
3.4.5 <i>Overruling</i>	31
4 A CONCEPÇÃO DE <i>RATIO DECIDENDI</i> NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	33
4.1 PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	33
4.2 <i>RATIO DECIDENDI</i> COMO SINÔNIMO DE TESE JURÍDICA: a problemática da fixação da tese jurídica ao final de cada julgamento	38
4.3 PRECEDENTE COMO SINÔNIMO DE TESE JURÍDICA	50
5 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, é ensinado aos estudantes do curso de Direito, logo nas primeiras cadeiras da graduação, sobre a existência de duas grandes tradições ou famílias jurídicas adotadas nos países ocidentais, estando o ordenamento jurídico pátrio filiado à tradição da *civil law*. De origem romano-germânica, a *civil law* é marcada pela codificação, e possui como fonte primordial do direito a lei, relegando à jurisprudência o papel de fonte secundária.

Em contrapartida, os alunos aprendem que a *common law*, adotada com maior destaque na Inglaterra e nos Estados Unidos, caracteriza-se por ser um direito costumeiro e essencialmente jurisprudencial, cuja principal fonte do direito é o precedente judicial. Ao contrário da *civil law*, a codificação não é traço característico do sistema de origem anglo-saxônica, de sorte que as leis são consideradas fontes secundárias do direito.

Apesar das diferenças existentes entre a *common law* e a *civil law*, constata-se, atualmente, uma verdadeira aproximação entre ambas, de maneira que uma família jurídica influencia a outra. Em decorrência desse fenômeno de aproximação, chamado por alguns doutrinadores de globalização judicial, as decisões judiciais têm adquirido maior importância nos países adeptos da *civil law*, ao passo que a produção legislativa tem crescido nos países de tradição *common law*, principalmente nos Estados Unidos.

No direito brasileiro, a influência da *common law* pode ser percebida na prática forense de todo o país. É comum que os advogados façam uso de precedentes para fundamentar suas peças, bem como pleiteiem a aplicação, no caso por si patrocinado, de um entendimento adotado por determinado tribunal em um julgado específico. Lado outro, é frequente a utilização dos precedentes judiciais pelos juízes para decidirem os casos que lhes são submetidos.

Contudo, causa espécie a maneira como os precedentes judiciais vêm sendo utilizados pelos operadores do direito. Ao enunciar que determinada decisão pretérita serve como paradigma para resolução do caso *sub examine*, o advogado cinge-se a transcrever a ementa daquele julgado em seu petítório, buscando demonstrar que o posicionamento adotado naquela decisão se subsume ao caso concreto.

A mera reprodução de ementas também é utilizada pelos magistrados para

subsidiar as suas decisões, servindo, muitas vezes, para fundamentar a adoção de determinada tese jurídica. Além disso, os juízes costumam invocar as súmulas do tribunal ao qual estão vinculados ou provenientes de tribunais superiores para fundamentar suas decisões, principalmente para impedir o processamento de recursos nas Cortes Superiores.

Dessa forma, a crescente aplicação de precedentes judiciais pelos operadores do direito evidencia que a comunidade jurídica possui uma nítida preocupação com o prevalecimento do entendimento já firmado pelos tribunais sobre determinada questão de direito. Todavia, a maneira temerária como os precedentes judiciais têm sido aplicados no âmbito do Judiciário brasileiro merece atenção.

Isto porque a aplicação de um precedente judicial não se reduz à transcrição da sua ementa, exigindo a devida identificação da similitude fática entre o caso concreto sob julgamento e o caso julgado no precedente, bem como a correta identificação do elemento do precedente que tem aptidão para vincular os demais magistrados, qual seja a *ratio decidendi*.

A *ratio decidendi* consiste, basicamente, nas razões de decidir elencadas em uma decisão judicial, consubstanciadas em uma norma jurídica. Esta é a norma que será aplicada nos demais casos que serão submetidos à apreciação do Judiciário, de modo que não há que se falar em precedentes judiciais sem *ratio decidendi*.

Contudo, o atual cenário jurídico brasileiro revela que a utilização dos precedentes é desprovida de técnica, principalmente no que tange à identificação da *ratio decidendi*. Como dito, a simples transcrição de ementas não constitui meio apto a demonstrar que a solução adotada em determinado precedente é adequada à resolução de caso posterior, isto porque não é possível averiguar se o precedente versa sobre as mesmas questões fáticas e de direito do caso concreto a ser julgado pelo magistrado, nem os motivos que levaram o juiz (ou tribunal), no caso anterior, a decidir pela adoção de uma tese jurídica em detrimento de outra.

Essa falta de técnica na identificação e aplicação da *ratio decidendi* de um precedente acarreta a prolação de decisões divergentes sobre a mesma questão de direito. Se o magistrado não perscruta o inteiro teor do precedente, a fim de entender as particularidades do caso anteriormente julgado e os fundamentos que foram determinantes para a adoção de determinada tese jurídica, é inevitável a prolação de decisões dissonantes em casos que deveriam receber o mesmo tratamento jurídico.

Mas não é só. Além da equivocada aplicação dos precedentes pelos magistrados, é possível perceber que a própria formação dos precedentes no âmbito dos tribunais pátrios apresenta vicissitudes, uma vez que, não raro, os desembargadores (ou ministros, nos tribunais superiores), em seus votos, apresentam fundamentos distintos para adotar uma mesma tese jurídica.

Nesse panorama, o estudo sobre a *ratio decidendi* mostra-se relevante para investigar de que forma sua identificação contribui para a correta aplicação dos precedentes judiciais, principalmente quando se considera que o Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – possui como uma de suas principais premissas a adoção da teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, o que ocasionou uma verdadeira quebra de paradigma na tradição da *civil law*. Se antes admitia-se que os precedentes tivessem apenas eficácia persuasiva, com a prolação de decisões conforme o livre convencimento do magistrado, é certo que o novo Códex afastou essa prerrogativa, restando patente a necessidade de obediência aos precedentes. Isto porque a prolação de uma decisão judicial, com a fixação de uma *ratio decidendi* que poderá ser aplicada em casos futuros semelhantes, contribui para a igualdade e a segurança jurídica buscadas pelo Código de Processo Civil de 2015, permitindo uma verdadeira uniformidade do direito.

Diante da situação apontada, e considerando que a problemática dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro deve-se, em grande parte, à falta de unidade da *ratio decidendi* das decisões proferidas pelos tribunais pátrios e à equivocada identificação desta pelos magistrados quando da utilização dos precedentes, justifica-se o presente estudo da *ratio decidendi*.

Assim, com o objetivo de investigar a maneira como os tribunais pátrios, mormente os superiores, têm concebido a *ratio decidendi*, e as implicações da concepção adotada para a aplicação dos precedentes judiciais, o presente trabalho será dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, para que seja possível ter uma visão geral sobre os precedentes judiciais, serão abordados aspectos iniciais quanto ao tema, tais quais a teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, conhecida como *stare decisis*, expondo a forma de sua aplicação na Inglaterra e nos Estados Unidos, principais países da *common law*; o conceito de precedente judicial e sua natureza jurídica.

Feita essa abordagem inicial sobre os precedentes judiciais, tratar-se-á, no segundo capítulo, sobre o elemento do precedente que efetivamente vincula os

demais magistrados, a saber a *ratio decidendi*. Nesse sentido, serão abordados o conceito de *ratio decidendi*, a diferença existente entre esta e o *obiter dictum*, bem como os métodos de identificação da *ratio* e as técnicas de aplicação e superação do precedente.

Por fim, no terceiro capítulo, far-se-á uma abordagem da teoria dos precedentes judiciais à luz do Novo Código de Processo Civil, com enfoque na forma como os tribunais superiores brasileiros, mormente o Supremo Tribunal Federal, têm conceituado e identificado a *ratio decidendi*, mostrando, ainda, de que forma essa concepção repercute na própria visão de precedente judicial no Brasil.

É importante frisar que a recenticidade da adoção da teoria dos precedentes judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015 não permite definir, com precisão, como os tribunais brasileiros irão consolidar a formação e aplicação da *ratio decidendi* em julgamentos futuros. Por isso, o presente trabalho pretende mostrar a tendência atual e aparentemente adotada pelos tribunais, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, diante da obrigatoriedade de certos precedentes judiciais. Acrescente-se, ademais, que a riqueza e amplitude do tema ainda gerarão numerosos debates sobre os precedentes judiciais no Brasil, sendo certo que este trabalho tem o intuito de tratar apenas de pequena parcela sobre o assunto, com enfoque no elemento com eficácia vinculante do precedente judicial.

Para tanto, neste trabalho utilizou-se a técnica de pesquisa da documentação indireta, consistente na pesquisa bibliográfica e documental sobre o assunto, a saber livros, periódicos, legislação, artigos científicos e sítios da internet.

2 PRECEDENTE JUDICIAL

Inicialmente, antes de tratar sobre a *ratio decidendi* e as problemáticas envolvendo sua formação e identificação no sistema jurídico brasileiro, cumpre tecer algumas considerações gerais sobre o precedente judicial e a adoção da doutrina do *stare decisis* na Inglaterra e nos Estados Unidos, por serem estes os maiores expoentes da família jurídica da *common law*, família na qual a teoria dos precedentes judiciais se desenvolveu em sua plenitude.

Uma breve abordagem sobre a evolução do *stare decisis* nos citados países da *common law* faz-se necessária, uma vez que esta doutrina tem servido de inspiração para a atual sistemática processual brasileira.

2.1 DOCTRINA DO STARE DECISIS

A utilização de precedentes judiciais é prática comum a todo e qualquer sistema jurídico, não sendo, portanto, uma particularidade dos países adeptos da *common law*. Afinal, como bem assevera Souza (2017, p. 10):

Uma das características fundamentais do Direito é tratar casos semelhantes de modo semelhante. Portanto, é perfeitamente natural que, mantidas as mesmas condições, uma corte aplique a decisão anterior de outra corte na hipótese de os fatos se mostrarem semelhantes.

Contudo, foi na *common law*, mais precisamente na Inglaterra, que se solidificou a doutrina dos precedentes vinculantes ou obrigatórios, também conhecida como *stare decisis*¹ ou *doctrine of binding precedents*, segundo a qual os precedentes judiciais vinculam os demais juízes no julgamento de demandas semelhantes.

De fato, embora fosse prática comum o respeito aos precedentes na *common law*, a doutrina dos precedentes vinculantes apenas foi acolhida pela *House of Lords*² no século XIX, com o julgamento do caso *London Street Tramways Co. Ltda.*

¹ A expressão *stare decisis* é uma redução do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser traduzido como “mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto” (ASSIS, 2015, p. 295).

² A *House of Lords* (Câmara dos Lordes) era a mais alta Corte de Justiça do Reino Unido, além de ser uma das casas do Legislativo. Em 2009, sua função jurisdicional foi transferida para a *Supreme Court of the United Kingdom* (Suprema Corte do Reino Unido).

v. *London County Council*, em 1898. Antes deste caso, porém, a Corte já havia tratado sobre a obrigatoriedade de observância aos precedentes, como, por exemplo, no julgamento dos casos *Beamish v. Beamish*, em 1861, e *Mirehouse v. Rennel*, em 1833. Desse modo, conforme aponta Macêdo (2017, p. 52), *London Street Tramways Co. Ltda. v. London County Council*³ é o marco oficial para a adoção da doutrina do *stare decisis* na *common law*.

A partir deste célebre caso, restou estabelecido que as decisões judiciais “devem ser seguidas, no por vir, pelo próprio juiz prolator e pelas cortes hierarquicamente inferiores, em havendo reconhecimento pelo juízo posterior da identidade de casos” (PORTO, 2005, p. 10). Desse modo, restou instituída tanto a vinculação horizontal dos precedentes judiciais, vinculando o próprio órgão judicial prolator do *decisum*, quanto a vinculação vertical, vinculando os juízes das instâncias inferiores.

Assim sendo, a decisão judicial assumiu dupla função: de um lado, solucionava determinado caso concreto; de outro, estabelecia um precedente com força vinculante, a fim de que se conferisse o mesmo tratamento a casos análogos posteriormente levados à apreciação do Judiciário (PORTO, 2005, p. 9).

Importante mencionar que a Inglaterra, inicialmente, adotou uma concepção mais rígida de *stare decisis*, de modo que a eficácia das decisões era absolutamente vinculante. Vale dizer, uma vez proferida uma decisão judicial, a própria Corte da qual a decisão emana não podia alterá-la ou revogá-la. Assim, os juízes das instâncias inferiores e a própria Corte prolatora estariam obrigados a seguir o precedente no julgamento de casos análogos posteriores, ainda que considerassem a solução do precedente equivocada ou injusta⁴.

O respeito absoluto aos precedentes teve influência direta da teoria declarativa da jurisdição⁵, como bem elucida Macêdo (2017, p. 52):

[...] Este entendimento se pautou na ideia de que os tribunais deveriam simplesmente enunciar, declarar o direito, e não criá-lo. A criação do direito, e assim sua extinção e modificação, deveria ser feita pelo Parlamento, pelos

³ No caso *London Street Tramways Co. Ltda. v. London County Council* discutiu-se os parâmetros da indenização decorrente de desapropriação.

⁴ O caráter absoluto da vinculação dos precedentes, no entanto, não impedia que o magistrado realizasse o *distinguished* do caso que lhe era submetido, ou seja, ele poderia demonstrar que o precedente não se aplicava ao caso sob julgamento, seja porque a questão *sub judice* era diferente, seja porque os fatos da causa eram distintos daqueles que ensejaram a solução dada no precedente (MARINONI, 2016, p. 90).

⁵ As teorias declarativa e constitutiva da jurisdição serão abordadas em momento posterior.

órgãos com competência legislativa. Uma vez prolatada a decisão, a norma declarada no precedente (*ratio decidendi*) só deixaria de vigorar quando o legislador expressamente a revogasse. Até que isso ocorresse, caberia aos juízes subsequentes e à própria *House of Lords* aplicar o direito anteriormente reconhecido.

Apenas em 1966, a *House of Lords*, mediante *Practice Statement*, admitiu que, diante de certas circunstâncias excepcionais, poderia haver a revogação (*overruling*) de seus precedentes. Neste ponto, é importante anotar a ressalva feita por Marinoni (2016, p. 91), no sentido de que o *Practice Statement* de 1966 apenas alterou a força vinculante dos precedentes, “sem, contudo, deixar de considerar as decisões da *House of Lords* como normalmente vinculantes (*binding*). O poder de *overruling* foi restrito às decisões configuradoras de flagrante injustiça”.

Feitas essas explanações iniciais sobre a adoção da doutrina do *stare decisis* na Inglaterra, vale registrar algumas considerações sobre o tema.

Primeiro, é relevante destacar que *common law* e *stare decisis* não se confundem. A *common law* existiu por vários séculos sem que houvesse a obrigatoriedade de respeito aos precedentes judiciais (MARINONI, 2016, p. 31). De fato, os precedentes judiciais eram observados no julgamento de casos subsequentes, não porque havia a noção de vinculação, mas porque existia a preocupação em assegurar a coesão da jurisprudência (DAVID, 2002, p. 428). Ademais, considerando que a essência da *common law* está na formação do direito pela experiência, o fato de os precedentes serem vistos como “parte da experiência” contribuíram para a ampla utilização destes na fundamentação de decisões posteriores (MACÊDO, 2017, p. 51).

E, sob esse viés, interessante elucidar os motivos pelos quais a obrigatoriedade dos precedentes restou institucionalizada pela *House of Lords* somente na segunda metade do século XIX.

Segundo Macêdo (2017, p. 54), o sistema de precedentes obrigatórios está relacionado às formas de dar publicidade às decisões, principalmente os *Law Reports*⁶, e às reformas do Judiciário ocasionadas pelos *Judicare Acts* 1873-1875 –

⁶ Os *Law Reports* são registros de decisões judiciais, hoje publicados pelo ICLR (*Incorporated Council of Law Reporting*), sobre pontos de direito que estabelecem precedentes. De fato, nem todas as decisões tomadas num tribunal estabelecem um precedente, por mais interessantes que possam ser em termos dos fatos do caso ou das suas consequências. Uma decisão é apenas reportável se estabelece um novo princípio de direito, ou altera ou esclarece a lei existente. Daí a importância dos *Law Reports* para a aplicação dos precedentes. Disponível em: <<https://www.iclr.co.uk/archive/what-is-a-law-report/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

centralizaram e tornaram hierárquico o sistema de Cortes. Mencionados eventos proporcionaram objetividade, sistematicidade e coerência aos sistemas jurídicos da *common law*, sendo determinantes para garantir a segurança jurídica e previsibilidade buscadas na época. Com efeito, no século XIX, havia uma preocupação, tanto na *common law* como na *civil law*, em garantir a segurança jurídica e limitar a criação jurisprudencial do direito. Contudo, ao passo que na *civil law* adotou-se a codificação para alcançar a segurança jurídica, na *common law* recorreu-se à força vinculante dos precedentes. Nesse sentido, David (2002, p. 428) conclui:

A tendência legalista do século XIX, à qual se liga na França a escola da exegese, conduziu, na Inglaterra, à submissão a uma regra mais estrita do precedente. O estabelecimento, pelos Judicature Acts, de uma hierarquia judiciária mais sistemática e o melhoramento da qualidade das compilações jurisprudenciais contribuíram para produzir o mesmo resultado.

Outrossim, a doutrina do *stare decisis* não está restrita à Inglaterra. Com a colonização britânica, os Estados Unidos herdaram o uso dos precedentes vinculantes do direito inglês, desenvolvendo um direito eminentemente jurisprudencial. Todavia, o sistema jurídico norte-americano possui particularidades que contribuíram para a adoção de uma doutrina do *stare decisis* menos rígida que aquela desenvolvida na tradição jurídica inglesa e para uma maior incidência dos *statute law*.

Com efeito, a regra americana do *stare decisis* não funciona com o mesmo rigor que a regra inglesa, o que se deve principalmente ao Federalismo norte-americano. Ao adotar um sistema federalista que concede relativa autonomia aos estados membros, o país criou uma estrutura jurídica dual, com um complexo sistema de tribunais federais e estaduais, cada qual com suas respectivas Supremas Cortes (HELLMAN, 2015, p. 25).

Em síntese, as Cortes estaduais julgam questões referentes à lei estadual, bem como questões federais que a Constituição Federal não tenha atribuído competência exclusiva às Cortes federais. Estas, por seu turno, decidem as questões que tratam sobre leis federais, as quais são consideradas hierarquicamente superiores às leis estaduais (KREBS, 2015, p. 138). Neste contexto, apenas as decisões da Cortes Supremas de cada Estado e das Cortes Federais de apelação são consideradas precedentes vinculantes, dentro dos limites

de competência desses tribunais.

Diante da multiplicidade de Cortes estaduais e federais, surgiu a necessidade de flexibilizar a regra do *stare decisis*, a fim de evitar uma disparidade exacerbada entre os direitos aplicados nos estados federados, o que contribuiu para que as Supremas Cortes sempre tivessem maior liberdade para superar seus próprios precedentes. Não obstante, a superação dos precedentes raramente ocorre, diante da forte tendência em mantê-los em razão do princípio da segurança das relações jurídicas (DAVID, 2002, p. 490).

Além disso, o menor rigor da *stare decisis* nos Estados Unidos é perceptível pela possibilidade de alteração na interpretação da Constituição Federal, o que assegurou a estabilidade das instituições norte-americanas e permitiu que o país vivesse “sob o domínio de uma Constituição que só pode ser modificada com extrema dificuldade” (DAVID, 2002, p. 491).

Aliás, a estrutura judiciária que propiciou a adoção do *stare decisis* menos rígido nos Estados Unidos encontra-se estabelecida na própria Constituição (artigo III), cuja supremacia foi determinada, inclusive, por um precedente judicial (*Marbury v. Madison*), oportunidade na qual o Presidente da Suprema Corte, ao realizar o controle de constitucionalidade de uma lei, institucionalizou o *judicial review*.

A tendência à codificação é outro traço marcante do direito norte-americano. Neste sistema jurídico, assim como na Inglaterra, as leis são hierarquicamente superiores aos precedentes. Porém, “apesar de gozarem de primazia, elas são residuais, pois costumam apenas completar os vácuos deixados pela ausência de julgado relativo a determinado caso” (KREBS, 2015, p. 136).

A despeito das particularidades que distinguem os sistemas jurídicos inglês e norte-americano, importa mencionar que ambos são essencialmente jurisprudenciais, nos quais impera a regra do *stare decisis* como meio de garantir a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões e a igualdade de tratamento aos jurisdicionados.

Outrossim, tanto no sistema norte-americano quanto no inglês, a aplicação do precedente perpassa, obrigatoriamente, pela identificação da chamada *ratio decidendi*. Considerando que a *ratio decidendi* constitui um dos elementos do precedente judicial, é prudente realizar uma prévia análise sobre o conceito de precedente.

2.2 CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL

Em sentido lato, amplo ou próprio, o precedente judicial pode ser conceituado como a “decisão judicial tomada à luz de um caso, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 441).

Nesse sentido, o precedente judicial engloba todos os elementos do ato decisório – relatório, fundamentos e dispositivo –, apresentando um nítido aspecto relacional, na medida em que servirá como exemplo ou modelo apenas para os casos que se assemelhem àquele já decidido (MACÊDO, 2017, p. 70-71).

Ademais, é considerado fonte do direito e, como tal, enuncia uma norma geral, cuja delimitação demanda a atividade interpretativa dos juízes subsequentes. Neste ponto, é importante ressaltar que o precedente judicial, em sentido próprio, equivale à própria decisão judicial, não se confundindo com a norma geral que dele emana (MACÊDO, 2017, p. 71).

Embora todo precedente seja uma decisão judicial, nem toda decisão judicial pode ser considerada como precedente. Isto porque a formação de um precedente judicial está atrelada “à criação de uma norma jurídica que poderá servir para a solução de outros casos, mas para esse ato criativo é necessário o preenchimento de alguns requisitos, que não estão presentes em todas as decisões” (MACÊDO, 2017, p. 71).

Segundo os ensinamentos de Marinoni (2016, p. 158), para que uma decisão judicial seja considerada precedente, é necessário que trate sobre uma questão de direito, tenha sido tomada, ao menos, por maioria de votos, e tenha se submetido ao crivo do contraditório. Ademais, deve interpretar um texto normativo pela primeira vez⁷, de sorte que a mera aplicação da letra da lei ou a aplicação de um precedente que já se pronunciou sobre aquela matéria de direito não induz à criação de novo precedente. Ressalta, ainda, que o precedente judicial pode surgir da análise de um único caso, ou após o exame de diversos casos, com a consolidação da questão jurídica (MARINONI, 2016, p. 158).

⁷ Embora Marinoni (2016) entenda que o precedente judicial é a decisão que resolve, pela primeira vez, uma questão jurídica, há juristas que defendem que a decisão que aplica um precedente é, ela própria, um precedente. Nesse sentido, Souza (2017, p. 8) diferencia os precedentes judiciais em criativo e declarativo. É criativo o precedente que cria e aplica uma nova norma jurídica, ao passo que o declarativo é o precedente que apenas reconhece e aplica uma norma jurídica já fixada em outra decisão.

Em suma, haverá precedente judicial quando, após a discussão de determinada questão de direito pelos litigantes, com a análise dos principais fundamentos envolvendo a controvérsia, o órgão julgador decide a questão de direito, ao menos por maioria, firmando uma norma que consubstancia a tese jurídica aplicável naquele caso. A tese jurídica firmada em um julgado é conhecida como *ratio decidendi*, a qual, segundo Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 443):

Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída.

Não obstante o conceito já aduzido, o precedente judicial também é conceituado em sentido estrito ou impróprio, que o identifica como sinônimo de *ratio decidendi*. Vale dizer, o precedente judicial é tido como a norma jurídica que dele exsurge, compreendida principalmente a partir da fundamentação da decisão, embora com ela não se confunda. E é justamente nesse sentido que se fala em “aplicação do precedente”, uma vez que, a rigor, não se aplica uma decisão judicial a um caso concreto, mas sim a norma jurídica construída a partir do precedente (MACÊDO, 2017, p. 72).

Desta feita, percebe-se que o magistrado, ao julgar uma demanda, constrói uma norma jurídica geral, conhecida como *ratio decidendi*, que poderá ser aplicada a casos análogos subsequentes. A *ratio decidendi* não se confunde com a norma individual do precedente, que é lançada no dispositivo do julgado e apenas rege a situação das partes daquele processo específico. Esta, na verdade, consiste na decisão do juiz sobre a procedência ou improcedência da demanda, a qual poderá ser atingida pela coisa julgada (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 443).

Definido o conceito de precedente judicial, tanto em sentido lato como em sentido estrito, vale diferenciá-lo de institutos que normalmente são confundidos com ele.

Pois bem. O conceito de precedente judicial não pode ser confundido com o de jurisprudência. Enquanto o precedente diz respeito a uma decisão anterior que funciona como fonte do direito para o julgamento de caso posterior, a jurisprudência refere-se ao conjunto de decisões de um tribunal sobre as questões jurídicas que lhe foram submetidas para julgamento. Nesse sentido, é correto afirmar que o

precedente está ligado à ideia de que uma única decisão judicial, desde que atendidos alguns requisitos, é relevante fonte do Direito, ao passo que a jurisprudência tem sua força normativa a partir de um grupo de precedentes e da repetição de julgados no mesmo sentido (MACÊDO, 2017, p. 324).

Precedente judicial e súmula também são institutos distintos. Aliás, Souza (2017, p. 22) adverte que o vocábulo súmula é constantemente confundido com enunciado. Segundo o jurista:

O termo súmula quer significar o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal, abrangendo os mais variados ramos do nosso Direito, organizado por verbetes numerados sem compromisso com a temática dos assuntos, e não cada um desses verbetes (ou seus enunciados) que trazem o entendimento do órgão acerca de determinada questão de direito. Na verdade, o conteúdo do verbete individualmente, que expressa o entendimento do tribunal sobre determinada questão de direito, deve ser chamado, por precisão técnica, de enunciado (SOUZA, 2017, p. 22).

No sistema jurídico brasileiro, os institutos jurídicos ora diferenciados se relacionam de tal maneira, que um é tido como decorrência do outro. Nesse sentido, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 487) apontam que:

À luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.

Feitas estas distinções, passa-se à análise da natureza jurídica do precedente judicial, assunto este que influenciou sobremaneira o desenvolvimento da teoria do precedente judicial.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Na tradição jurídica da *common law*, a atividade desempenhada pelos juízes é extremamente relevante, na medida em que os precedentes judiciais são a principal fonte do direito. Todavia, vale ressaltar que, ao contrário do que se possa

pensar, o precedente judicial não está acima da lei⁸.

Na verdade, a evolução histórica do direito inglês demonstra que o Poder Judiciário se manteve ao lado do Parlamento na defesa das reivindicações populares – e, conseqüentemente, contra o absolutismo do monarca –, de sorte que não foi preciso adotar uma doutrina da separação estrita dos poderes e da mera declaração judicial da lei, como ocorreu nos países adeptos da *civil law* (MARINONI, 2016, p. 25-33). Nessa senda, verifica-se que o Judiciário figura como umas das instituições mais respeitadas da *common law*, o que foi determinante para que o precedente judicial fosse considerado “o dado jurídico mais relevante para a tomada da decisão, no sentido de mais comum ou mais utilizado” (MACÊDO, 2017, p. 47).

É inegável, portanto, que o magistrado inglês foi essencial para a consolidação da *common law* e, conseqüentemente, da doutrina do *stare decisis*, motivo pelo qual se mostra aconselhável perquirir sobre o significado da função jurisdicional nesta família jurídica, a fim de desvendar se a decisão judicial criava o direito ou somente o declarava (MARINONI, 2016, p. 25).

Inicialmente, desenvolveu-se na Inglaterra a teoria declaratória da jurisdição, segundo a qual o juiz apenas declarava o direito. Para William Blackstone, um dos principais defensores dessa teoria, existiria o *statute law* (direito escrito) e o *common law* (direito não escrito), consistindo este último nos costumes gerais observados entre os *Englishmen*. Assim, Blackstone defendia que as decisões judiciais tão somente evidenciavam o que é a *common law* (MARINONI, 2016, p. 26).

Nesta linha, vale ressaltar que a natureza declaratória também se manifestava quando uma decisão tomava por base um precedente judicial. Isto porque o juiz, ao aplicar um precedente, apenas declarava o direito fixado no precedente, mantendo-o, não lhe sendo permitido criar um novo direito (MARINONI, 2016, p. 26).

Contudo, a teoria declaratória da jurisdição sofreu severas críticas de estudiosos como Jeremy Bentham e John Austin, críticas estas que deram azo ao desenvolvimento da teoria constitutiva da jurisdição. Segundo esta, o direito não era algo que poderia ser simplesmente descoberto, ao contrário, resultava da vontade dos juízes, os quais possuíam *law-making authority* (MARINONI, 2016, p. 27).

⁸ Nesse sentido, Marinoni (2016, p. 34) explica: “nesse sistema, a autoridade da lei é superior à das decisões judiciais, e não o contrário, o que autoriza dizer que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios absolutamente inúteis para distinguir o *common law* do *civil law*”.

Tratando sobre a criação judicial do direito pelos magistrados, esclarecedores são os ensinamentos de Macêdo (2017, p. 46):

Muito embora tenha sido dominante, ao longo da história, o posicionamento de que os juízes não criavam o direito, simplesmente declarando-o ou reconhecendo-o de acordo com os costumes ou com a razão, o reconhecimento de atividade criativa pelo Judiciário também é comum e com o passar do tempo torna-se dominante. Aliás, atribui-se aos sistemas dessa tradição serem *judge-made law* ou *case law*, ou seja, direito construído pelo juízes ou caso a caso. A atividade dos juízes ingleses e norte-americanos, assim, é de extrema relevância e requer muito preparo e sensibilidade, e, por isso, não pode ser descrita como mecânica, mas sim como um papel de direção processual que requer bastante prudência, técnica e, por vezes, criatividade. Isso [...] não significa que a criação do direito, nestes países, se dê de forma solitária, subjetiva ou solipsista pelos magistrados; muito pelo contrário, o reconhecimento deste poder atribui grande atenção às atividades das partes e causa um aumento expressivo da responsabilidade social, econômica e jurídica dos julgadores.

Embora haja posicionamento que defenda o prevalecimento da teoria declaratória⁹, o que importa elucidar é que, independentemente da teoria da jurisdição adotada, o valor conferido aos juízes e aos precedentes é marcante na *common law*. Nesse sentido, registre-se que os precedentes eram vistos como parte da experiência e, por isso, eram utilizados na fundamentação de outras decisões, embora ainda não houvesse uma obrigatoriedade de segui-los – o que só surgiu no final do século XIX, com a doutrina do *stare decisis* (MACÊDO, 2017, p. 51).

Nessa toada, percebe-se que, na *common law*, ainda que os precedentes não fossem tidos como vinculantes, era prática comum sua observância pelos juízes subsequentes, “diante da inexistência ou falta de clareza das normas jurídicas substanciais e da preocupação com a segurança jurídica e a uniformidade da jurisprudência” (MACÊDO, 2017, p. 51).

Portanto, antes mesmo da adoção da doutrina do *stare decisis*, já havia a ideia de que os magistrados deveriam seguir precedentes, fundada na premissa de que casos iguais devem ser tratados da mesma maneira (*treat like cases alike*). Aliás, como dito alhures, a utilização de precedentes é comum nos sistemas jurídicos ocidentais, na medida em que tal prática atende aos princípios da segurança jurídica, igualdade de tratamento e eficiência, princípios estes indispensáveis à unidade de qualquer ordenamento jurídico (MACÊDO, 2017, p. 50).

⁹ Marinoni (2016, p. 28), expondo o entendimento de MacCormick, aduziu que “o convite de Austin não foi aceito. É que os juízes se sentiam confortáveis ao declarar e não queriam assumir a responsabilidade de criar o direito e de revogar os precedentes. Assim, é realmente possível dizer que os juízes tiveram boas razões para manterem-se presos à teoria declaratória, permitindo-lhe uma longa sobrevida, especialmente por se livrarem do peso de decisões retroativas que poderiam ser ditas não democráticas”.

3 *RATIO DECIDENDI*

A doutrina do *stare decisis* se funda na ideia de segurança jurídica, previsibilidade e isonomia, de modo a promover a confiança dos jurisdicionados no sentido de que casos iguais posteriores serão tratados da mesma forma que os anteriores (*treat like cases alike*). Os precedentes, então, passam a orientar as condutas da sociedade, a partir dos valores e normas que restam estabelecidos pelo Judiciário.

Ocorre que a aplicação do precedente judicial perpassa, necessariamente, pela identificação de sua tese jurídica, conhecida como *ratio decidendi*. Isto porque, “apenas a *ratio decidendi* do julgado possui força obrigatória, tendo em vista que se trata do ‘ponto nevrálgico’ da decisão, donde se extrai a norma jurídica ali estabelecida” (CARNEIRO JÚNIOR, 2014, v. 2, p. 71).

Assim sendo, a utilização dos precedentes busca associar e distinguir casos, com vistas a definir a regra jurídica emergente de determinada decisão, sendo imprescindível, portanto, saber distinguir os elementos que formam um precedente.

Esta, porém, não é uma tarefa simples. Como bem adverte Marinoni (2016, p. 163), “não há sinal de acordo, no *common law*, acerca de uma definição de *ratio decidendi* ou mesmo de um método capaz de permitir sua identificação”.

Diante da relevância do tema, neste capítulo serão tratados os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, os métodos de identificação da *ratio decidendi* e as técnicas de aplicação e superação do precedente.

3.1 CONCEITO DE *RATIO DECIDENDI*

Para os países adeptos da *common law*, a *ratio decidendi*, expressão mais utilizada pelos ingleses, ou *holding*, para os norte-americanos, corresponde às razões de decidir ou aos fundamentos jurídicos que embasam uma decisão, evidenciando “a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido decidida como foi” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 442).

No julgamento de um caso, o magistrado constrói duas normas jurídicas, uma geral e abstrata, obtida a partir da interpretação dos fatos e do Direito posto, e outra individual e concreta, dirigida apenas para as partes do caso concreto. A

norma geral e abstrata consiste na *ratio decidendi* do precedente judicial e, como tal, será a parcela vinculante do precedente, aplicável quando do julgamento de casos posteriores semelhantes¹⁰.

Portanto, quando se pretende aplicar um precedente judicial, é imprescindível perscrutar as razões que levaram o magistrado a decidir de determinada maneira, a fim de extrair a norma jurídica daquele caso. Para tanto, o precedente deve ser analisado em sua integralidade, ou seja, não se pode dispensar a análise do relatório e do dispositivo da decisão, embora a norma jurídica seja encontrada principalmente na fundamentação do precedente (MARINONI, 2016, p. 162).

Contudo, conforme alerta Lucas Buril de Macêdo (2017, p. 233), a *ratio decidendi* transcende ao precedente judicial do qual emana, de modo que sua interpretação não está adstrita ao significado que o magistrado lhe atribuiu ou quis atribuir.

Nesse sentido, o jurista afirma que, ainda que a norma jurídica possa ser extraída de um precedente através de uma interpretação literal, esta não deve prevalecer como único meio interpretativo, haja vista que a norma do precedente não se reduz ao texto do precedente (MACÊDO, 2017, p. 233).

A norma do precedente judicial, portanto, transcende à fundamentação, de modo que os juízes dos casos posteriores, ao distinguirem os casos, acabam delimitando os contornos e a extensão da *ratio decidendi* do precedente.

Neste ponto, cumpre destacar que, embora a *ratio decidendi* seja tratada como norma jurídica, ela possui um inegável viés fático, na medida em que deve haver uma análise conjunta de todos os elementos da decisão, tais quais: “a) as circunstâncias fáticas relevantes relatadas; b) a interpretação dada aos preceitos normativos naquele contexto; c) e a conclusão a que se chega” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 447).

Outrossim, convém anotar que não cabe ao órgão prolator da decisão indicar expressamente a *ratio decidendi*, cabendo ao juiz posterior, quando da análise do precedente, extrair a norma jurídica através de um processo

¹⁰ Embora este trabalho aborde os precedentes judiciais obrigatórios, com ênfase na *ratio decidendi*, valer ressaltar a existência dos precedentes persuasivos no ordenamento jurídico brasileiro. Um precedente é considerado persuasivo quando o magistrado do caso posterior não está obrigado a segui-lo, mas o segue por estar convencido de sua correção. E o grau de convencimento pode decorrer da correção da *ratio decidendi*, da posição hierárquica do tribunal prolator do precedente, da data da decisão, se foi unânime ou não etc. (SOUZA, 2017. p. 8).

interpretativo, a fim de investigar se ela é ou não aplicável ao caso que lhe fora submetido a julgamento (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 447-448).

3.2 *OBITER DICTUM*

O *obiter dictum*, por sua vez, é o argumento incidental que acompanha as razões da decisão, feito de passagem na fundamentação, mas que não possui importância para a solução do caso, de modo que, ainda que faça parte do precedente, não pode ser considerado para fins de construção da sua norma.

Trata-se, portanto, segundo os ensinamentos de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 444), de uma “colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação ou conclusão da decisão”, mas que venha a prestar certo suporte a motivação e raciocínio desenvolvidos, embora de forma não essencial ou imprescindível. Diante disso, o *obiter dictum* é costumeiramente identificado através da exclusão: é toda aquela proposição ou argumento jurídico que não se configura como *ratio decidendi* (MACÊDO, 2017, p. 253).

No sistema jurídico brasileiro, especificamente, os *obiter dicta* (plural de *obiter dictum*) podem ser identificados como “os fundamentos que se refiram a pedidos não realizados e a causas de pedir não formuladas” (MACÊDO, 2017, p. 254), vez que extrapolariam a ação em questão. Esses fundamentos se perfazem na decisão *extra petita* ou *ultra petita* que, seguindo o raciocínio, não podem ser utilizadas para fins de precedente. Isto pois o *obiter dictum* pode não ser fruto dos fundamentos levantados e debatidos em contraditório, não gerando, pois, vinculação de obrigatoriedade às partes. Assim, conclui-se que as questões que não foram objeto de argumentação das partes são apenas *dicta*, já que a atividade colaborativa entre os litigantes é essencial para a formação do precedente (MACÊDO, 2017, p. 254).

A ineficácia do *obiter dictum*, portanto, possui respaldo no ordenamento jurídico, vez que não cabe ao Judiciário criar normas, mas sim ao poder legislativo. Caso contrário, estar-se-ia diante de atuação imprópria que feriria a separação dos três poderes, e permitiria ao Judiciário decidir sobre os mais variados temas independentemente de provocação. Cabe neste ponto ressaltar que o precedente, especificamente a *ratio decidendi* como norma jurídica criada no âmbito do Judiciário, não fere a discutida separação, tendo em vista que, conforme explica

Macêdo (2017, p. 254), “a construção das normas jurisprudenciais é legitimada pelas virtudes passivas dos juízes, devendo eles decidir apenas os pontos realmente postos à jurisdição, em atividade dialeticamente colaborativa com as partes”. Nesta senda, pode-se afirmar que os argumentos *obiter dicta* evitam a construção de normas jurisprudenciais ilegítimas, nas quais não haja a participação das partes, em obediência ao devido processo legal.

Os fundamentos *obiter dicta* são identificados, a título de exemplo, naqueles casos em que um tribunal sugere como resolveria uma determinada questão hipotética, em menção a referenciais normativos impertinentes e inaplicáveis, ou mesmo no voto vencido em decisão colegiada, dentre outros (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 445).

Vale ressaltar, entretanto, que apesar de não possuir eficácia como precedente, o *obiter dictum* possui eficácia persuasiva de forma variável. Isto é, apesar de não serem obrigatórios, dependendo do tribunal do qual emanou, do seu acolhimento pela doutrina, da argumentação desenvolvida, das características da sua formação e até mesmo da autoridade do julgador, os argumentos *obiter dicta* podem influenciar em maior ou menor grau o magistrado subsequente (MACÊDO, 2017, p. 255).

Além disso, é possível que o *obiter dictum* venha a ser transformado em *ratio decidendi* no julgamento de casos posteriores. Dessa maneira, hipóteses discutidas em um caso específico anterior poderão tornar-se objeto de discussão da ação e, neste cenário, o julgador posterior toma esses argumentos antes incidentais e os eleva ao *status* de *ratio decidendi*.

O contrário, entretanto, é considerado *error in judicando*, pois, em acordo com os ensinamentos de Macêdo (2017, p. 256), entender a *ratio decidendi* de uma decisão anterior como *obiter dictum*, e, portanto, rebaixá-la ao *status* de não obrigatória em decisão posterior cujo objeto seja semelhante, abriria espaço para uma relativização indevida da *ratio* e geraria insegurança jurídica.

Após essa diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, cumpre estudar os métodos de identificação da *ratio*.

3.3 MÉTODOS DE IDENTIFICAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI*

Como visto, na tradição da *common law* restou sedimentada a concepção de

ratio decidendi como norma jurídica, conceito essencial para a aplicação de precedentes judiciais. Entretanto, a identificação da *ratio decidendi* é tarefa tormentosa, figurando com uma das maiores dificuldades para operar, na prática, o efeito vinculante do precedente judicial.

De fato, a identificação da *ratio decidendi* é um dos grandes problemas teóricos da *common law*. Diversos estudiosos desenvolveram métodos com a finalidade de identificá-la, porém não há um consenso quanto ao mais correto ou mais utilizado pelos tribunais. Todavia, entre aqueles que ganharam maior notoriedade, despontam os métodos criados por Wambaugh, Oliphant e Goodhart, além das contribuições teóricas de Rupert Cross e MacCormick.

O norte-americano Eugene Wambaugh, cujo método restou difundido no final do século XIX, propõe a realização de um teste para encontrar a *ratio decidendi*. Segundo o jurista, primeiro deve-se elaborar um enunciado jurídico e, em seguida, inserir neste enunciado uma palavra que inverta seu significado. A partir daí, é preciso questionar se, caso o tribunal tivesse admitido este novo enunciado e o considerado quando do julgamento do caso, a decisão teria sido a mesma. Se a nova proposição jurídica alterar a decisão, a proposição original será a *ratio decidendi* do julgado. De maneira inversa, caso a proposição com sentido invertido não seja capaz de infirmar a decisão, o enunciado original será mero *obiter dictum*. Portanto, para Wambaugh, a *ratio decidendi* consiste na norma jurídica sem a qual o julgador não teria chegado à decisão (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 448-449; MARINONI, 2016, p. 163-164).

O teste de Wambaugh, contudo, é alvo de críticas, principalmente por sua falibilidade quando a decisão possui mais de uma *ratio decidendi*. É certo que os tribunais e juízes podem decidir com base em dois fundamentos, cada qual suficiente para, isoladamente, levar à mesma conclusão. Todavia, a aplicação do teste de Wambaugh a essa decisão não permitiria identificar a *ratio decidendi* do caso, na medida em que, invertido o sentido de uma proposição jurídica, a outra seria suficiente para manter a solução. Nessa situação, estar-se-ia diante de duas proposições *obiter dicta*, pois nenhuma delas seria necessária para a decisão (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 449; MARINONI, 2016, p. 164).

Já para Herman Oliphant, realista norte-americano, a identificação da *ratio decidendi* é uma tarefa fadada ao fracasso, visto que o órgão julgador, ao proferir uma decisão, não expressaria suas verdadeiras razões de decidir, o que

inviabilizaria o caráter cogente das razões expostas no julgado. Para Oliphant, os tribunais produzem uma série de generalizações, mais particulares ou mais abstratas, cuja gradação dependeria da atuação dos magistrados dos casos posteriores, o que impediria a definição precisa da *ratio decidendi* (MACÊDO, 2017, p. 236).

Goodhart, por sua vez, desenvolveu um método que atribui maior importância aos fatos da causa. Sustenta que a *ratio decidendi*, comumente chamada pelo jurista de “*principle of a case*”, “não se encontra nas razões ou opinião do julgador” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 449), devendo ser determinada a partir dos fatos tidos como materiais ou fundamentais no precedente, vale dizer, os fatos reconhecidos como relevantes para a decisão. Para tanto, propõe que se considerem todos os fatos aduzidos pelo julgador e, em sequência, sejam identificados os fatos que o juiz considerou como fundamentais para a decisão. Todavia, a *ratio decidendi* será determinada não só pela análise dos fatos tidos como materiais, mas também pelo exame da decisão que se fundou nestes fatos (MARINONI, 2016, p. 154-164).

Segundo Duxbury (apud DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 449), o método de Goodhart prestigia o princípio de que casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento (*treat like cases alike*). Assim, verificado que o caso concreto possui a mesma base fática fundamental do precedente, a sua *ratio decidendi* deve ser aplicada. Se, ao revés, o caso subsequente apresentar outros fatos fundamentais ou estiverem ausentes alguns dos fatos fundamentais do precedente, este não vincula o caso concreto sob julgamento (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 449; MARINONI, 2016, p. 165).

Rupert Cross também contribuiu significativamente para o estudo da identificação da *ratio decidendi*, ao identifica-la, no célebre “*Precedent in English law*”, como “qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo julgador como um *passo necessário* para alcançar sua conclusão, considerando a linha de fundamentação adotada por ele” (CROSS apud MACÊDO, 2017, p. 236) e, ainda, tomando por base os fatos substanciais do precedente. Nesse sentido, a *ratio decidendi* deve ser extraída a partir da identificação dos fatos fundamentais à decisão e dos motivos jurídicos determinantes que levaram à solução do caso, o que, segundo Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 450), faz com que a proposição de Cross reúna os métodos de Wambaugh e Goodhart, formando um

verdadeiro método eclético.

A principal crítica à identificação da *ratio decidendi* proposta por Rupert Cross foi feita pelo jurista escocês Neil MacCormick, que a considerou bastante abrangente. Para demonstrar seu ponto de vista, MacCormick explicou que, ao levar em consideração uma lei que está sendo aplicada ou interpretada em dado julgamento, a lei em si, ou um artigo dela, equivale à regra jurídica sem a qual a decisão não poderia ter sido proferida naquele sentido, contudo, a lei não pode ser considerada a *ratio* da decisão. Diante disso, propõe que a *ratio decidendi* seja definida como a solução dada pelo juiz, de modo que, ao interpretar determinada lei, a *ratio* compreende a interpretação desta (MARINONI, 2016, p. 167-168; MACÊDO, 2017, p. 237).

Ademais, MacCormick critica a ideia de que a *ratio decidendi* seja tratada como “passo necessário” à decisão, pois o termo necessidade pode apresentar ampla gama de significados. Para o escocês, a *ratio* deve ser a norma suficiente para a solução da questão (MARINONI, 2016, p. 168).

Apesar da importância de cada método apresentado para o desenvolvimento da teoria dos precedentes judiciais, é importante repisar que não há um método tido como mais correto ou adequado ao manejo dos precedentes, o que se justifica quando se leva em consideração que a *ratio decidendi* é expressa por um texto normativo que, como tal, pode ser interpretado de diversas maneiras. Ora, se a hermenêutica jurídica aponta a existência de diversos métodos para interpretar textos legais, não poderia se esperar que a *ratio decidendi*, que também é texto, fosse interpretada a partir de um método único.

Neste sentido, o estudo dos métodos mostra-se aconselhável para que haja um controle racional da fundamentação da decisão judicial, de maneira que a escolha de um método não pode configurar, de forma alguma, um instrumento de controle *a priori* das decisões, uma vez que elas dependem sempre das circunstâncias concretas do caso sob julgamento (MACÊDO, 2015, p. 241).

Assim, ao invés de intentar uma busca incessante pelo método correto, faz-se necessário observar que a identificação da *ratio decidendi* possui um viés eminentemente fático, pressupondo a análise da questão jurídica e das normas possivelmente aplicáveis dentro do contexto de fatos e provas do caso analisado. Vale dizer, para que a *ratio decidendi* de um precedente seja extraída, é preciso que se analise todos os elementos da decisão, e não apenas a solução jurídica

encontrada pelo órgão julgador. Para tanto, serão analisados os seguintes elementos: “i) os fatos relevantes, ii) a questão jurídica posta em juízo, iii) os fundamentos da decisão e iv) a solução determinada pela corte” (MELLO; BARROSO, 2017, p. 22).

3.4 TÉCNICAS DE JULGAMENTO NA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES

3.4.1 *Distinguishing*

É certo que a aplicação de um precedente judicial, vale dizer, a aplicação da *ratio decidendi* de um precedente a um caso posterior, pressupõe que o órgão julgador compare o caso que originou o precedente e o caso que lhe foi submetido a julgamento, com vistas a aferir se os casos possuem uma base fática fundamental semelhante que permita, por consequência, a adoção da mesma conclusão.

Nesse processo comparativo, é possível que o julgador demonstre que os fatos materiais do precedente não são análogos aos fatos materiais do caso subsequente, realizando o *distinguishing* (distinção) dos casos. Nesse sentido, o *distinguishing* compreende duplo significado: pode referir-se à técnica de comparação entre o precedente judicial e o caso sob julgamento (*distinguish-método*); ou pode dizer respeito ao resultado da distinção, isto é, quando fica evidente que não há similitude fática suficiente para que o precedente judicial seja aplicado no julgamento do caso posterior, de modo que a *ratio decidendi* não se amolda aos fatos do caso sob julgamento (*distinguish-resultado*) (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 491).

Neste ponto, faz-se necessário esclarecer que não se exige, para aplicação do precedente, que haja identidade absoluta entre os elementos fáticos do precedente e do caso posterior, até porque dois eventos nunca são exatamente idênticos. Assim, ainda que haja alguma peculiaridade que diferencie o julgado paradigma do caso concreto ulterior, é possível que se aplique a *ratio decidendi* daquele no julgamento deste, desde que haja semelhança fática entre os fatos que foram determinantes para a decisão do precedente e os fatos da demanda sob exame (CROSS apud MACÊDO, 2017, p. 264).

Nessa esteira, é correto afirmar que não é qualquer distinção fática que permite realizar o *distinguishing*. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam

casos desiguais para fins de *distinguishing*. Conforme ensina Marinoni (2016, p. 232), é preciso que o magistrado ou tribunal demonstre que a distinção fática é material e, portanto, há justificativa eloquente para afastar a incidência da *ratio decidendi* do precedente no caso concreto, até mesmo para evidenciar que o julgador não está sendo arbitrário ao afastar o precedente.

Importante ressaltar que a não aplicação de um precedente judicial em razão do *distinguishing* não significa que o precedente é incorreto ou ultrapassado, mas apenas que a *ratio decidendi* deste não é adequada à solução do caso subsequente. Entretanto, quando a não aplicação do precedente se torna habitual, isto pode sinalizar que a comunidade jurídica não está mais aceitando o seu conteúdo, perdendo o precedente “naturalmente a sua autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished*” (MARINONI, 2016, p. 233).

Por outro lado, é possível que o precedente seja aplicado ao caso sob julgamento, ainda que este apresente fatos não considerados no julgado tido como paradigma. Neste caso, tem-se um incremento da *ratio decidendi*, ou, segundo Neil Duxbury, citado por Marinoni (2016, p. 233), uma forma sutil de *distinguishing*, na qual o julgador, em virtude da presença de um maior número de fatos materiais, edita uma regra particular, uma nova *ratio decidendi*, aplicável a um número reduzido de casos. Essa modalidade de *distinguishing* apenas ocorre “quando o novo fato não é incompatível com o resultado a que se chegou no precedente” (MARINONI, 2016, p. 234).

De maneira inversa, pode o órgão julgador limitar a incidência de um precedente, “quando se tomar em conta situação não tratada no precedente e entendimento posterior, capaz de justificar a não aplicação do precedente à hipótese que, precisamente, dá configuração a caso distinto” (MARINONI, 2016, p. 234). Tal situação ocorrerá quando o resultado do precedente for incompatível com o novo caso.

Assim, a questão do alcance da *ratio decidendi* está intimamente ligada à comparação do precedente com os casos subseqüentes, haja vista que somente após a análise de ambos os casos será possível saber se a *ratio decidendi* deve ser estendida ou restringida no caso concreto, adequando-se à solução de situações distintas.

E, sob esse viés, percebe-se que o sistema de precedentes, através da técnica do *distinguishing*, é capaz de contribuir para o desenvolvimento do direito, na

medida em que abarca a solução de novas realidades, sem que haja o rompimento ou revogação dos precedentes judiciais, preservando-se a estabilidade do direito.

3.4.2 *Signaling*

Em dadas situações, o órgão julgador entende que o conteúdo do precedente é equivocado ou ultrapassado, porém, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da previsibilidade, tão caros ao sistema de precedentes, resolve não revogá-lo, optando por sinalizar para sua futura revogação.

Neste caso, não há *distinguishing*, porque a solução que se pretende dar à questão sob julgamento não guarda compatibilidade com a *ratio decidendi* do precedente judicial, sendo certo que “a exceção que derivaria do *distinguishing* não guardaria lógica com a manutenção do precedente” (MARINONI, 2016, p. 238).

Ao sinalizar para a futura revogação do precedente, o julgador deixa claro o seu posicionamento, a fim de evitar que os jurisdicionados continuem atuando em conformidade com o precedente. Importante notar que não há qualquer prejuízo para as partes do caso em que há a sinalização, uma vez que a *ratio* do precedente em vias de revogação é aplicada na decisão.

Ao contrário do que se possa pensar, a doutrina e a jurisprudência de outros tribunais também podem apontar a insubsistência da tese do precedente, corroborando a ideia de que o precedente perde sua força e, nesta condição, não deve mais pautar as atividades dos jurisdicionados. Nesse contexto, para que haja a manutenção da previsibilidade do sistema jurídico, a percepção dos advogados quanto à força dos precedentes é fundamental, pois eles, “a partir da doutrina e das decisões dos tribunais, podem analisar um precedente, passando aos seus clientes o grau de confiança que está a merecer e, dessa forma, as perspectivas que se tem ao observá-lo” (MARINONI, 2016, p. 240).

Assim como o *distinguishing*, a técnica da sinalização promove a evolução do direito. Se um precedente não se coaduna com as mudanças sociais, ele se torna incompatível com a realidade e com o sistema jurídico, motivo pelo qual não se pode conceber que a autoridade ou a força do precedente sejam imutáveis.

Diante do exposto, surge interessante questionamento: se a técnica da sinalização tem a finalidade de tutelar as situações jurídicas que se formaram com base no precedente, de que maneira esta técnica difere do *overruling* com efeitos

prospectivos? Para Marinoni (2016, p. 244), não importa saber se há equivalência entre as técnicas, mas sim qual delas é mais adequada ao caso concreto. Nesse sentido, elucida que:

Quando é difícil saber, diante das particularidades das relações que se basearam no precedente, se o imediato *overruling* com efeitos prospectivos é suficiente para garantir a justificada confiança, torna-se prudente apenas sinalizar para a revogação futura, dando aos advogados tempo para preparar os seus clientes no sentido de que não mais poderão se pautar no precedente.

3.4.3 Transformation

Situação diversa ocorre quando o tribunal transforma o precedente, principalmente diante da consideração dos argumentos de passagem (*obiter dicta*) como relevantes, mas não o revoga expressamente. Através da *transformation*, o órgão julgador não concorda com o conteúdo do precedente, e por isso tenta compatibilizar o precedente reconfigurado com o resultado obtido no julgamento do caso subsequente.

Desta feita, a *transformation* revela que a *ratio decidendi* do precedente resta superada, embora não o faça formalmente. Neste ponto, importa ressaltar que, não obstante se reconheça, através da *transformation*, o equívoco na fundamentação do precedente e das decisões tomadas com base neste, apenas o *overruling* declara que houve erro de julgamento (MARINONI, 2016, p. 245).

Em razão dessa ausência de clareza quanto ao equívoco do precedente judicial, não é raro que os juízes, no julgamento de casos subsequentes, continuem aplicando a *ratio decidendi* do precedente, por não ser possível compreender os contornos da decisão em que ocorreu a *transformation*.

Por outro lado, a *transformation* pode favorecer a prolação de diversas decisões, cada qual com um novo sentido para a mesma questão jurídica, o que é benéfico quando a Corte entende que há necessidade de debater a questão jurídica antes de defini-la, por meio do *overruling*.

3.4.4 Overriding

Por sua vez, o *overriding* configura uma revogação parcial e não expressa

do precedente, na medida em que o tribunal deixa de aplicar um precedente judicial a um caso subsequente análogo, por haver entendimento posterior que é incompatível com o precedente. Assim, embora o caso sob julgamento seja substancialmente análogo ao analisado para a prolação do precedente, um novo entendimento adotado no meio jurídico impede que se aplique o precedente.

Frise-se que, ainda que se fale em revogação parcial, o *overriding* não opera a revogação do precedente, embora possa, em certos casos, afastar por completo o entendimento adotado no precedente, implicando, assim, uma revogação implícita do precedente, conhecida como *implied overruling* ou revogação implícita.

3.4.5 Overruling

Por fim, o *overruling* consiste na técnica de superação do precedente judicial, através da qual o precedente perde sua força vinculante e é substituído por um novo precedente.

Nestes termos, o *overruling* acarreta a eliminação da *ratio decidendi* do ordenamento jurídico, substituindo-a por outra. Contudo, se o precedente possuir mais de uma *ratio*, a superação de uma delas não influi na outra, de modo que o precedente subsiste em relação a esta (MACÊDO, 2017, p. 289).

Ademais, a superação de um precedente pode ser expressa ou implícita. A superação expressa (*express overruling*) ocorre quando o tribunal expressamente abandona o precedente e sua norma, adotando uma nova orientação. Por sua vez, a superação implícita ou tácita (*implied overruling*), com já exposto no tópico anterior, ocorre quando o tribunal adota uma nova norma, embora não declare expressamente a superação do precedente.

Sabe-se que a superação dos precedentes é medida necessária à adequação do direito à realidade social, o que, no entanto, requer o preenchimento de certos requisitos para preservar, na medida do possível, a segurança jurídica.

Primeiro, a superação do precedente deve ocorrer em último caso, quando haja razões substanciais que exijam uma mudança da *ratio decidendi* até então vigente. Como os precedentes obrigatórios são instrumentos para garantir a segurança jurídica em dado ordenamento, isto através da estabilidade das normas jurídicas, a sua superação “envolve uma colisão de princípios: o *stare decisis* de um lado, que determina a continuidade da *ratio decidendi*, e ao menos um princípio

substancial de outro, que exige a mudança” (MACÊDO, 2017, p. 291-292).

Essas razões substanciais que exigem a mudança devem preponderar sobre as razões para preservar a *ratio decidendi*, não bastando que se mostre a inadequação do regramento anterior. Para fins de *overruling*, é preciso demonstrar a necessidade de uma nova *ratio decidendi*, a qual se adequa melhor à realidade social, política, econômica ou moral, ou, ainda, representa uma melhor interpretação de determinado dispositivo legal anteriormente interpretado (MACÊDO, 2017, p. 293).

Ademais, é necessário que o órgão julgador atente para a confiança que os jurisdicionados têm em relação ao precedente superado, isto é, o *overruling* poderá prejudicar os jurisdicionados que agiam em conformidade com o precedente, na medida em que eles tinham uma legítima expectativa de que as relações jurídicas continuariam a ser regidas pela norma jurídica firmada no julgado paradigma. Desse modo, para evitar prejuízos injustos, o tribunal poderá aplicar o *prospective overruling* (MACÊDO, 2017, p. 295).

Antes de falar em *prospective overruling*, é importante registrar que os precedentes geralmente têm efeito retroativo, de modo que a norma jurídica definida no precedente se aplica às situações que ocorreram anteriormente à prolação da decisão que a gerou, mas que ainda estão sujeitas a julgamento definitivo.

Assim, a partir da técnica da *prospective overruling*, ou superação prospectiva, o tribunal, deixando de seguir a regra da retroatividade, determina que a situação submetida a julgamento será exercida pela norma superada. A superação prospectiva pode ocorrer quando o tribunal determina que a norma jurídica não é aplicada ao caso em que o precedente é superado, incidindo apenas nos casos subsequentes (*pure prospective overruling*), ou pode, além de não ser aplicada no caso concreto que determina o *overruling*, aplicar-se somente a partir de determinada data ou evento futuro (*prospective prospective overruling*).

Finalmente, vale registrar acerca da existência da técnica da *anticipatory overruling* (superação antecipada), através da qual o tribunal intermediário, sujeito ao precedente da Corte Superior, evita a aplicação do precedente, por prever que o tribunal prolator deste não irá mais segui-lo, antecipando, assim, a ação do tribunal competente para superá-lo.

4 A CONCEPÇÃO DE *RATIO DECIDENDI* NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 – resulta da necessidade de renovação da legislação processual civil, ante o descontentamento geral da população brasileira com a distribuição da justiça. Conforme já dito, a prolação de decisões conflitantes para resolver casos que merecem o mesmo tratamento jurídico gera uma situação de insegurança jurídica e desprestígio do Poder Judiciário, de modo que os jurisdicionados não têm uma legítima expectativa quanto ao direito pleiteado.

Essa situação de instabilidade não pode ser uma constante no ordenamento jurídico pátrio, tampouco ser considerada como uma decorrência natural do princípio do livre convencimento do juiz – o qual, ressalte-se, não encontra guarida no novo diploma processual civil. É preciso que haja previsibilidade do Direito, igualdade de tratamento e segurança nas relações jurídicas, o que permitirá que a sociedade possa pautar suas condutas nos valores e normas definidos nas decisões judiciais, adquirindo confiança na atividade jurisdicional.

Atento a essa necessidade, o Novo Código de Processo Civil traz a proteção da segurança jurídica como uma de suas principais diretrizes, não sendo difícil perceber que diversos institutos foram pensados para que as decisões judiciais possam funcionar como verdadeiro instrumento de concretização desse princípio. A título exemplificativo, vale citar o incidente de resolução de demandas repetitivas, o novo regime dos recursos especial e extraordinário repetitivos e o sistema de precedentes obrigatórios, instituído nos arts. 926 e 927 do Novo Códex.

No tocante ao sistema de precedentes judiciais, assunto objeto deste trabalho, vale ressaltar que, embora os arts. 926 e 927 do Novo Código de Processo Civil quase não façam menção ao termo “precedente”, é certo que ambos alicerçam a adoção da doutrina do *stare decisis* no Brasil, pois os comandos neles insertos estabelecem o dever de seguir precedentes, como se mostrará a seguir.

O art. 926, *caput*, do CPC/2015 determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, o que impõe ao Estado-juiz, além dos deveres expressamente elencados – uniformização da jurisprudência, estabilidade, integridade e coerência –, um dever implícito de garantir

a segurança jurídica no exercício da prestação jurisdicional (MACÊDO, 2017, p. 328-329).

O dever de uniformização da jurisprudência traduz a ideia de que o tribunal, mesmo dividido em vários órgãos, é uno e indivisível, razão pela qual não poderá tolerar que haja mais de uma orientação simultânea para solucionar a mesma questão jurídica. Assim, caso haja posicionamentos divergentes sobre determinada questão jurídica no âmbito de um mesmo tribunal, é certo que a Corte poderá, através de um precedente, firmar o entendimento que prevalecerá a partir de então (MACÊDO, 2017, p. 329-330).

Por sua vez, o dever de estabilidade está intimamente ligado à superação dos precedentes, uma vez que a variação constante do entendimento adotado por um tribunal cria confusão quanto à orientação a ser seguida pelos jurisdicionados. Quando um tribunal julga determinado caso, estatuinto uma *ratio decidendi*, esta passa a orientar o comportamento da sociedade, de modo que apenas poderá ser superada por uma decisão devidamente fundamentada. Desta feita, o dever de estabilidade “exige que se pese a força da segurança quando o tribunal cogite desviar de posicionamento assumido em um precedente” (MACÊDO, 2017, p. 330).

No que tange ao dever de integridade, é possível relacioná-lo à fundamentação das decisões judiciais, na medida em que estas não devem tratar as mesmas questões jurídicas de maneira distinta, tampouco ser proferidas desconsiderando-se o posicionamento anteriormente adotado em precedente judicial. Nestes termos, tanto a manutenção do posicionamento de um tribunal quanto a sua modificação devem ser justificadas de forma fundamentada, atentando-se para o anteriormente decidido, conferindo a ideia de unidade do Direito (MACÊDO, 2017, p. 330-331).

O dever de coerência também está associado à fundamentação das decisões judiciais, porém há um maior enfoque quanto à unidade do Poder Judiciário. Desse modo, não se permitem disparidades internas nas decisões de um órgão prolator, nem externas, advindas de órgão diverso. Considerando que o precedente é pronunciamento judiciário voltado a nortear o comportamento da sociedade sobre determinada questão de direito, é notório que tal pronunciamento deve ser coerente, transparecendo a coerência na atuação dos juízes (MACÊDO, 2017, p. 332).

Mencionados deveres, no entendimento de Macêdo (2017, p. 330),

consagram no ordenamento jurídico pátrio conteúdo normativo suficiente para a criação institucional dos precedentes obrigatórios, o que, a seu ver, é contraditório em relação ao comando definido no § 1º do art. 926, que trata sobre a criação de súmulas pelos tribunais. Isto porque, se houver uma efetiva implantação de um sistema de precedentes obrigatórios, a edição de súmulas perde importância, visto que “bastaria uma única decisão que formasse o precedente para que se tenha a eficácia obrigatória, desimportante, portanto, sua consolidação em um enunciado curto e abstrato” (MACÊDO, 2017, p. 333).

Por seu turno, o art. 926, § 2º, cria uma espécie de requisito de validade da súmula, ao estabelecer que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Assim, as súmulas serão válidas quando guardarem correspondência com os precedentes, pois a elaboração de enunciado dissociado dos limites fáticos do precedente implica na livre criação judicial do direito, em patente violação ao devido processo legal e à separação dos poderes (MACÊDO, 2017, p. 335).

Por óbvio, as súmulas, além de estarem alinhadas ao contexto fático dos precedentes que as geraram, devem igualmente estar de acordo com as *rationes decidendi* destes precedentes. Essa correspondência entre os precedentes e as súmulas é tão importante que, caso ausente, poderá acarretar o cancelamento do enunciado sumular, através de procedimento que demonstre a divergência entre a *ratio decidendi* dos julgados que originaram a súmula com o enunciado desta (MACÊDO, 2017, p. 337).

Em sequência, o art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 define um rol de precedentes obrigatórios, *in verbis*:

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 (BRASIL, 2015).

Veja-se que os precedentes previstos neste dispositivo serão os meios pelos

quais o Judiciário concretizará os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência insertos no art. 926 e, conseqüentemente, velará pela segurança almejada pelo Novo Códex.

Ademais, observa-se que, enquanto alguns dos precedentes listados já eram amplamente utilizados no direito brasileiro, tais quais as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes, o inciso III inova ao prever os institutos do incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas.

O inciso V, porém, é aquele que representa um autêntico sistema de precedentes obrigatórios, ao instituir que os julgadores vinculam-se às teses firmadas pelo plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados. A interpretação deste inciso, segundo Lucas Buril de Macêdo (2017, p. 339), deve ser feita de forma extensiva, de modo que os juízes de primeiro grau “estejam vinculados aos plenos ou órgãos especiais tanto do tribunal intermediário do qual fazem parte como também ao pleno do STF e à Corte Especial do STJ”. Contudo, o jurista faz uma ressalva quanto aos precedentes provenientes do Superior Tribunal de Justiça, defendendo que, embora o dispositivo legal fale em orientação do órgão especial, uma interpretação conforme a Constituição deve permitir que as orientações das Seções Especializadas do Tribunal da Cidadania também sejam assim tidas como precedentes, pois alguns assuntos são tratados apenas por essas Seções, dificilmente chegando à Corte Especial.

Além do rol de precedentes obrigatórios, o art. 927 estabelece regras relativas ao sistema de precedentes. No § 1º, resta definido que “Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”. Segundo este parágrafo, para que um juiz possa aplicar um precedente judicial, é necessário que o faça de forma fundamentada e, ainda, permitindo que as partes se manifestem sobre o teor do precedente, evitando, assim, uma decisão-surpresa pela ausência do contraditório. O dever de fundamentar também está presente no § 4º¹¹ do art. 927.

Por sua vez, o § 2º do citado dispositivo determina o seguinte:

¹¹ § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 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 (BRASIL, 2015).

Este parágrafo trata sobre a ampla participação na modificação ou superação de um precedente judicial, porém foi redigido de forma bastante limitada. Primeiro, porque refere-se apenas à “alteração da tese jurídica”, quando seria mais adequado tratar não só da modificação e superação do precedente, assim como da formação deste. Isto porque a participação dos sujeitos interessados e de órgãos e entidades é tão importante para firmar uma *ratio decidendi* quanto para alterá-la ou superá-la. Ademais, não obstante o parágrafo refira-se apenas a enunciado de súmula e a recursos repetitivos, seria mais adequado que dispusesse sobre os precedentes obrigatórios em geral (MACÊDO, 2017, p. 344-345).

Em suma, a correta interpretação do § 2º deve compreender a ampla participação na formação, modificação e superação de enunciado de súmula ou de precedente obrigatório, pois a definição da *ratio decidendi*, seja pela formação, modificação ou superação, influenciará de forma significativa as relações jurídicas da sociedade, daí a importância de se analisar uma maior quantidade de argumentos com vistas a embasar a tese jurídica firmada, o que ocorrerá mediante a ampla participação de pessoas, órgãos ou entidades na discussão da matéria e da realização de audiências públicas.

Por seu turno, o § 3º¹² trata da superação prospectiva do precedente, o que nada mais é do que a concretização do princípio da segurança jurídica, que estaria seriamente comprometido caso houvesse a possibilidade indiscriminada de que a superação de precedentes atingisse situações pretéritas.

Por fim, o § 5º estabelece que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. A publicidade consiste em requisito de eficácia do precedente judicial, e não poderia ser de outra forma. Se os jurisdicionados não têm acesso a determinado precedente, não é lógico que este obrigue ou paute o comportamento de quem quer que seja. Assim, os precedentes apenas vincularão após a publicação do caso paradigmático.

¹² § 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.

Desta feita, observa-se que o Novo Código de Processo Civil buscou implementar a doutrina do *stare decisis* no Brasil, estabelecendo regras e instrumentos processuais necessários para a uniformização da jurisprudência e estabilidade do direito. Para garanti-las, no entanto, será primordial a construção de um sistema de precedentes obrigatórios, tema este que demandará intensos debates jurídicos quanto à correta interpretação do CPC/2015.

4.2 *RATIO DECIDENDI* COMO SINÔNIMO DE TESE JURÍDICA: **a problemática da fixação da tese jurídica ao final de cada julgamento**

Como já demonstrado no capítulo anterior, a correta identificação da *ratio decidendi* é fundamental para a aplicação de um precedente judicial, haja vista ser essa a parte da decisão que vincula os juízes quando do julgamento de casos análogos subsequentes. Diante disso, neste tópico será evidenciada a maneira como o Supremo Tribunal Federal tem construído e/ou identificado a *ratio decidendi* em seus julgados, o que se mostra relevante para compreender a tendência da Suprema Corte quanto ao manejo dos precedentes¹³.

Para tanto, faz-se necessário, primeiro, perscrutar o entendimento do STF sobre o conceito de *ratio decidendi*.

Segundo Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, em artigo elaborado em coautoria com Patrícia Perrone Campos Mello, a *ratio decidendi* consiste na tese jurídica extraída de um precedente, vale dizer, “a descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão” (MELLO; BARROSO, 2017, p. 22).

Nesse sentido, o Ministro esclarece que a tese jurídica não pode ser confundida com os fundamentos aprovados pela maioria para decidir, e cita o julgamento da ADI 4697 para demonstrar a aludida distinção:

Essa diferença sutil foi objeto dos debates travados durante o julgamento da ADI 4697, quando parte do pleno do Supremo Tribunal Federal inclinou-se a aprovar, como tese afirmada no julgamento, a proposição segundo a qual é constitucional a lei que delega a fixação da anuidade aos Conselhos Profissionais, desde que determine o seu limite máximo e defina parâmetros para a sua gradação. No caso, o fundamento da decisão era a

¹³ Escolheu-se abordar a visão do Supremo Tribunal Federal em razão da posição hierárquica que a Corte ocupa no ordenamento pátrio e do posicionamento já exarado por alguns ministros desse tribunal quanto ao assunto.

compatibilidade da delegação da competência para definir tal anuidade com o princípio da legalidade, na medida em que a lei delimitava ao menos seu teto e critérios mínimos de escalonamento (MELLO; BARROSO, 2017, p. 22).

O entendimento de que a *ratio decidendi* é a tese jurídica de um precedente parece ganhar força no âmbito do STF. No julgamento do Recurso Extraordinário 655.265 – Distrito Federal, restou consignado, na ementa do acórdão, que “reafirmam-se as conclusões (*ratio decidendi*) da Corte na referida ação declaratória”.

Aliás, a adoção desse posicionamento pelo STF parece ter tido influência direta do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual, desde o seu ingresso na Suprema Corte, em 26 de junho de 2013, vem defendendo que “a Corte, ao final de todo julgamento, proclame de modo expresso a tese jurídica que embasou a decisão. A ideia tem ganho adesões” (MELLO; BARROSO, 2017, p. 22).

A razão de se estabelecer a tese jurídica ao final de cada julgamento encontra justificativa, segundo Barroso, no próprio efeito vinculante atribuído à *ratio decidendi*. Se a *ratio decidendi* é a parte vinculante do precedente, é “imprescindível que ela, como tese de julgamento, fique inequívoca para quem tenha de aplicá-la aos demais casos” (MELLO; BARROSO, 2017, p. 23).

Sob esse viés, chega-se a duas conclusões quanto à identificação da *ratio decidendi* no Supremo Tribunal Federal: (a) a *ratio decidendi* de um precedente consiste na própria tese jurídica dele extraída; e (b) a *ratio decidendi* deve estar expressamente identificada pelo tribunal prolator do qual o precedente emana (no caso, o Supremo Tribunal Federal).

A partir dessas explanações iniciais sobre a identificação da *ratio decidendi* pelo STF, cumpre tecer algumas considerações sobre o tema.

(i) problemas na formação da *ratio decidendi*

Primeiro, a opção por fixar a tese jurídica ao final de cada julgamento parece uma alternativa encontrada pelo Supremo Tribunal Federal para mascarar um problema inerente à formação da própria *ratio decidendi*, qual seja a existência de fundamentos diferentes que convergem na formação de uma única *ratio*.

De fato, não é incomum que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao proferirem os votos quando do julgamento dos casos que lhes são submetidos, adotem posicionamentos divergentes quanto à determinada questão de direito,

embora cheguem a uma mesma conclusão.

Nesta toada, vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal adota um modelo seriado (*seriatim*), no qual cada Ministro profere um voto em separado, sem qualquer diálogo com os demais, os quais são somados para se tentar extrair uma conclusão em comum.

Essa situação, decerto, consiste em um óbice para a correta identificação da *ratio decidendi*. Isto porque, consoante já demonstrado alhures, a *ratio decidendi* é extraída, principalmente, da fundamentação da decisão, embora com ela não se confunda. Nesse diapasão, para que se possa compreender a amplitude e o sentido da *ratio decidendi* de determinado precedente, é imprescindível examinar as razões que levaram determinado tribunal a decidir de certa maneira.

Entretanto, se há disparidade entre os fundamentos de uma decisão judicial, a identificação de uma única *ratio decidendi*, como pretende o Supremo Tribunal Federal, resta prejudicada. Afinal, se a *ratio decidendi* é delimitada principalmente a partir da fundamentação do julgado, a falta de coerência interna na fundamentação acaba por obstaculizar a correta formação da *ratio decidendi*.

Nesse espeque, é possível afirmar que o modelo de julgamento seriado adotado no âmbito do Supremo Tribunal Federal carece de racionalidade, na medida em que a prolação de decisões fragmentadas não permite a identificação clara e inequívoca quanto aos fundamentos determinantes do julgado.

Aliás, o próprio Ministro Luís Roberto Barroso parece admitir que o modelo seriado do STF cria óbices à correta formação da *ratio decidendi*, ao afirmar que a fixação da tese jurídica ao final de cada julgado apenas seria “necessária” em virtude da forma como as decisões do Supremo Tribunal Federal são proferidas:

Nos Estados Unidos, embora as decisões da Suprema Corte contenham um *syllabus*, a providência de explicitação da tese jurídica do julgamento é menos necessária. Isto porque o modelo de decisão naquele país é *deliberativo*: os *justices* se reúnem reservadamente, *in conference*, e produzem uma decisão unânime ou majoritária. Em seguida, um dos que figuraram na maioria ficará incumbido de redigir o acórdão, enunciando as razões que embasaram a posição vencedora. Já no Brasil, a deliberação é pública e por um método agregativo: cada Ministro profere o seu voto. Mas a formação da maioria quanto à conclusão do acórdão não quer dizer que os fundamentos de decidir tenham sido comuns. Daí a necessidade de se fixar uma tese, que figure como denominador comum das razões de decidir (MELLO; BARROSO, 2017, p. 23).

A problemática gerada pela falta de coerência interna das decisões

prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal não passa despercebida pelos juristas. Tanto que aos Ministros desta Corte foi atribuída a alcunha de “onze ilhas”, por Conrado Hübner Mendes (NONATO, 2016). Criticando a prolação de decisões fragmentadas, o professor elucida que:

O STF se manifesta como “onze ilhas” pelo menos de duas maneiras. Em primeiro lugar, quando suas decisões colegiadas correspondem a nada mais do que a soma de votos individuais, sem maiores interações comunicativas entre eles. São decisões fragmentadas, com argumentos diversos, que dificultam a identificação de um fundamento comum. Uma colcha de retalhos. É verdade que, estatisticamente, a maior parte das decisões colegiadas é composta de decisões unânimes, nas quais se segue o voto do relator (aparentemente, o contrário das “onze ilhas”). Isso acontece, sobretudo, nos acórdãos das Turmas. Porém, se olharmos mais atentamente para esses números, percebemos que, quando o caso é controverso e de maior exposição pública do Plenário, a regra é o modelo fragmentado. Praticamente, nenhum ministro do STF resiste à tentação de se expressar com sua própria voz quando está sob os holofotes, mesmo se concorda com a linha de outro voto, ou se o que tem a dizer for, no limite, redundante. Ninguém abre mão da vaidade autoral, nem quando isso teria potencial para estimular uma Corte melhor, que toma decisões melhores. Em segundo lugar, o Supremo Tribunal Federal se manifesta como “onze ilhas” na pura e simples ausência do colegiado em 90% das decisões que a Corte toma. O STF é, na maior parte do seu tempo, um “tribunal monocrático”. Um ministro pode individualmente tomar decisões liminares que consumam efeitos irreversíveis, engavetar casos e jogá-los para um futuro indefinido, desengavetar casos que estavam aguardando julgamento há muitos anos ou poucos meses. O STF é refém dos caprichos de cada um dos seus ministros. Nada melhor define as “onze ilhas”.

De outro modo, a diversidade de fundamentos constante dos votos dos Ministros poderia levar à configuração de uma “cultura individual de precedentes”, conforme explicado a seguir:

O resultado mais comum dessa tendência pode ser o desenvolvimento de uma cultura individualista de precedentes, em que os magistrados acabam seguindo apenas seus próprios argumentos, isto é, os posicionamentos pessoais estabelecidos em votos individuais, de modo que também as técnicas do *distinguishing* e do *overruling* são aplicadas de forma individual, quando um determinado Ministro resolve distinguir ou revisar/superar suas posições pessoais fixadas em decisões anteriores (um *overruling* pessoal) (VALE, 2015).

Resta evidente, portanto, que a opção por fixar a *ratio decidendi* ao final de cada julgamento visa dirimir os problemas ínsitos à própria formação da decisão no âmbito do STF.

Para que seja possível a construção de um sistema de precedentes judiciais no Brasil, é imprescindível que o Judiciário brasileiro atente para a correta formação

da *ratio decidendi*, antes mesmo de preocupar-se com a identificação desta. Conforme preceitua o art. 926 do Novo Código de Processo Civil, “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Contudo, parece inconcebível que a prolação de decisões a partir de opiniões pessoais dos magistrados, com a mera agregação de votos divergentes, conduza à coerência e integridade intentada pelo citado dispositivo.

Nesse ínterim, seria esperado que o Supremo Tribunal Federal adotasse uma postura mais racional na fundamentação de seus julgados, buscando a construção de decisões que evidenciassem o “pensamento do Tribunal”, de modo que as decisões resultariam de verdadeira deliberação da Corte, e não de votos com fundamentações divergentes. No entanto, essa não parece ser a tendência adotada pelo STF. Ao optar por fixar a tese jurídica ao final de cada julgamento, a Corte Suprema transparece que pretende continuar julgando da mesma maneira, porém, para evitar maiores problemas quanto à identificação da *ratio decidendi*, prefere fixá-la ao final do julgado.

(ii) Relevância das decisões judiciais posteriores ao precedente

Lado outro, a fixação expressa da tese jurídica pelo tribunal do qual o precedente emana, a fim de que esta seja adotada como *ratio decidendi* nos casos análogos posteriormente submetidos à apreciação do Judiciário, parece não apresentar afinidade com a aplicação dos precedentes na *common law*. Isto na medida em que desconsidera o relevante papel exercido pelas decisões judiciais posteriores ao precedente para delimitar o alcance da *ratio decidendi*.

Para elucidar a importância de se levar em consideração os julgados posteriores, Marinoni (2016) faz breve exposição sobre a interpretação conferida ao caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank* para o julgamento do caso *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*

Segundo o jurista, em *Barwick v. The English Joint Stock Bank* discutiu-se a questão da responsabilidade do empregador pelos atos praticados pelo seu empregado durante o serviço, na medida em que o caso versava sobre a responsabilidade do banco por fraude perpetrada por gerente, fraude esta que causou prejuízos ao cliente (MARINONI, 2016, p. 178-179).

Neste julgado, restou declarado, por Willes J., que, em regra, o empregador é responsável pelas faltas cometidas por empregado ou agente durante o serviço e *para o benefício do empregador*, ainda que não haja provas de que o empregador

deu ordem expressa ao empregado para assim agir (MARINONI, 2016, p. 179).

Posteriormente, no julgamento do caso *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, discutiu-se questão semelhante, porém o empregador deste caso alegava que o ato fraudulento provocado por seu empregado não lhe causou nenhum benefício. Dessa maneira, era essencial delimitar a exata extensão da *ratio decidendi* do caso *Barwick*, pois era necessário saber se a *ratio decidendi* deste precedente limitava-se a responsabilizar o empregador pelos atos fraudulentos cometidos pelo empregado, mas em seu benefício, ou se era mais abrangente, declarando a responsabilidade do empregador pela fraude praticada pelo empregado durante o serviço (MARINONI, 2016, p. 179).

Pois bem. No caso *Lloyd*, a primeira instância decidiu em favor do empregador, tendo a Corte de Apelação reformado a sentença. Por fim, a *House of Lords* decidiu em favor da vítima, declarando que o empregador é responsável pelos atos praticados por seu empregado, no exercício das funções. Para tanto, interpretou as declarações de Willes J., no caso *Barwick*, e concluiu que o fato de o ato fraudulento ter beneficiado o banco não integra a *ratio decidendi* do precedente, tendo sido declarado apenas de forma incidental. Ademais, a *House of Lords* analisou os julgamentos posteriores ao caso *Barwick*, a fim de compreender o significado conferido às declarações do precedente (MARINONI, 2016, p. 180).

Nesse ínterim, verifica-se que a adequada delimitação da *ratio decidendi* de um precedente requer a análise dos fatos, da questão jurídica debatida, bem como o exame da interpretação conferida ao precedente por decisões posteriores que já aplicaram o precedente (e até mesmo das decisões anteriores ao precedente). Só assim será possível aplicar um precedente de maneira correta, atendo-se a todos os elementos que possam influir na adoção de determinada *ratio decidendi* (MARINONI, 2016, p. 180).

Este, porém, será mais um aspecto ignorado pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à aplicação dos precedentes. Isto quando se considera que a fixação da tese jurídica ao final de cada julgamento induz o magistrado a aplicar o entendimento da Corte Suprema, sem realizar um exame acurado sobre a forma como aquele precedente vem sendo interpretado e aplicado pelos demais membros do Judiciário.

Por outro lado, na *common law*, a relevância de se analisar as decisões posteriores se observa quando novas questões de direito referentes à matéria objeto

do precedente judicial, porém não enfrentadas por este, são submetidas ao Judiciário, na medida em que os “julgamentos posteriores poderão agregar novo conteúdo à *ratio decidendi*, dando-lhe outro delineamento” (KREBS, 2015, p. 254). É nesse sentido que Marinoni (2016, p. 180-181) fala em formação paulatina da *ratio*. Nesta situação, não se vislumbra a necessidade de esclarecer a *ratio decidendi* do precedente, mas sim de complementá-la, atribuindo um novo significado, podendo ampliar ou reduzir a *ratio* primitiva, o que, todavia, não implica na revogação desta. Portanto, a complementação da *ratio* não provoca a perda da autoridade da *ratio*.

As decisões judiciais também são consideradas quando da prolação de novas decisões, segundo a metáfora do romance em cadeia. Baseado no conceito de integridade de Dworkin¹⁴, defende-se através dessa metáfora que os casos controversos do direito seriam decididos a partir de um exercício literário, tal qual a formação de um romance por diversos artistas. Dworkin supõe uma situação na qual um grupo de romancistas é contratado para escrever uma obra literária, e cada um fica encarregado de escrever um capítulo. Assim, expõe que, após o capítulo de abertura, os demais romancistas devem interpretar os capítulos anteriores a fim de criar um novo capítulo, coerente ao resto da obra.

Tratando sobre a metáfora do romance em cadeia no âmbito do processo decisório, Dworkin (2007, p. 291 apud SILVA, 2014, v. 2, p. 1255-1256) explica que:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. [...] 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 alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o propósito ou o tema da prática ou o tema da prática até então.

A partir da metáfora do romance em cadeia, admite-se que a decisão judicial deve ser construída a partir de um processo interpretativo no qual as decisões

¹⁴ Para Dworkin, a integridade seria uma virtude política que, ao lado da justiça e do devido processo legal, faz com que o governo atue de modo coerente e fundamentado em princípios, com vistas a estender padrões de justiça e equidade a todos os cidadãos. “Para sua realização, a integridade política supõe uma personificação profunda da comunidade. Pressupõe que esta se engaje na fomentação dos princípios de equidade, justiça e devido processo legal, e que honre essas virtudes. A idéia de integridade política personifica a comunidade como um agente moral, atuante, pressupondo que a comunidade pode adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos” (DMITRUK, 2017).

anteriores devem ser levadas em consideração, a fim de demonstrar que, mais do que simplesmente atribuir um significado a um texto, ela deve evidenciar a coerência do Direito.

(iii) Cortes de Precedentes

Ainda quanto à fixação da tese jurídica pelo tribunal do qual o precedente emana, cumpre analisa-la sob a perspectiva da interpretação e aplicação de precedentes no sistema jurídico brasileiro, motivo pelo qual passa-se a expor as considerações feitas por Lenio Streck quanto ao tema, o que se revela aconselhável por ser este um dos maiores críticos à adoção do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro.

Para o jurista, consoante excelente exposição no conjunto de colunas intitulado de “tetralogia sobre o ‘sistema brasileiro de precedentes’”, considerável parte dos doutrinadores pátrios defende que o Código de Processo Civil de 2015 instituiu um “sistema” de precedentes e teses que busca, em verdade, substituir o direito posto (leis e Constituição Federal) por teses jurídicas vinculantes. Ou, nas palavras de Streck (2016a), “em vez de interpretação de leis e de casos, tudo se resumirá à aplicação de teses feitas por Cortes de Vértice”.

O cerne da crítica pode ser assim contextualizado: diante da ausência de racionalidade na aplicação das leis, de problemas na fundamentação das decisões e, conseqüentemente, da multiplicidade de demandas no Judiciário, parcela dos juristas defende uma espécie de *commonlização* do direito brasileiro para resolver os problemas numéricos-quantitativos dos tribunais, vale dizer, defendem um sistema jurídico no qual as Cortes de Precedentes (Cortes de Vértice) têm a função de formular teses em abstrato ou generalizantes com eficácia vinculante (STRECK, 2016a).

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são apontados como as aludidas Cortes de Precedentes, tornando-se verdadeiros tribunais de julgamento de teses. As teses, identificadas por Streck como os próprios precedentes, serão fixadas pelo STJ e STF e “valerão por terem autoridade e não pelo seu conteúdo” (STRECK, 2016a).

Nesse contexto, percebe-se que a crítica de Lenio Streck recai sobre a própria definição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes de Precedentes.

Para tratar sobre o tema, necessário perquirir, ainda que brevemente, sobre

o papel dos tribunais brasileiros, a fim de entender a controvérsia quanto à concepção destes como Cortes Superiores e Cortes Supremas.

Pois bem. Sabe-se que a Constituição Federal define uma estrutura organizacional hierárquica dos tribunais pátrios, atribuindo-lhes competências originárias e recursais (OLIVEIRA, 2016, p. 36).

No tocante às competências recursais, cumpre aos tribunais rever as matérias já decididas nas instâncias inferiores. Contudo, a reanálise feita pelos tribunais varia de acordo com a função por eles assumida (OLIVEIRA, 2016, p. 36).

Os tribunais que atuam como Cortes de Justiça, a saber os tribunais de justiça estaduais e os tribunais regionais, são verdadeiras instâncias revisoras, reexaminando fatos e provas de forma detida, a fim de promover o adequado enquadramento jurídico do caso e, por conseguinte, a tão almejada justiça do caso concreto (OLIVEIRA, 2016, p. 37).

Por seu turno, os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal possuem uma atuação mais limitada em comparação às Cortes de Justiça já referidas, funcionando como Cortes de uniformização na interpretação do Direito. Desse modo, buscam dirimir eventuais divergências de entendimento existentes entre os tribunais inferiores, a fim de conferir unidade à aplicação do Direito (OLIVEIRA, 2016, p. 37).

Essas Cortes de uniformização na interpretação do Direito, por sua vez, podem atuar de duas maneiras distintas, consoante sejam identificadas como um modelo de Cortes Superiores ou de Cortes Supremas. Esta classificação, longe de ser despreziosa, poderá influenciar a formação de um sistema de precedentes judiciais brasileiro (OLIVEIRA, 2016, p. 38).

As Cortes Superiores atuam através de um processo formalista de interpretação jurídica, segundo o qual a Corte deve solucionar o caso concreto a partir da aplicação de uma norma legal preexistente. Assim, é notório que esse modelo se alinha ao positivismo jurídico e à teoria declaratória da jurisdição, cabendo a elas controlar a legalidade das decisões proferidas nas instâncias inferiores (OLIVEIRA, 2016, p. 38).

Neste modelo de Corte, as decisões estão voltadas aos litigantes, isto é, a partir de recursos baseados no direito subjetivo das partes, a Corte Superior decide o caso concreto, cuja eficácia fica restrita àquele processo, não se prestando, portanto, à formação de um precedente judicial (OLIVEIRA, 2016, p. 38).

Destaca-se, ainda, a falta de autonomia das Cortes Superiores para definir sua pauta, não podendo escolher entre as causas de maior relevância social, o que contribui para a interposição de uma quantidade absurda de recursos (OLIVEIRA, 2016, p. 38).

Por sua vez, às Cortes Supremas cabe a atribuição de significado a um texto legal, de modo que, ao decidirem o caso concreto, conferem a interpretação que orientará a sociedade e a comunidade jurídica a partir daquele momento. Assim sendo, é inconteste que o caso concreto é usado como meio para alcançar a interpretação do Direito e, consequentemente, a unidade deste (OLIVEIRA, 2016, p. 39).

E é nesse sentido que se fala em Cortes de Precedentes. Tratando sobre o tema, elucida Oliveira (2016, p. 40), ao estudar a obra de Daniel Mitidiero:

Ostentando o patamar de verdadeira Corte de Precedentes, os tribunais ganham autonomia para gerir sua agenda, de acordo com a relevância dos casos submetidos à sua jurisdição. As questões de Direito a serem decididas são marcadas por seu caráter geral e transcendente, motivo pelo qual as razões da decisão se irradiam, possuindo esta uma eficácia para além das partes e vinculante em relação a casos futuros submetido a julgamento. Por esses motivos a violação do precedente é tido como algo grave, que o sistema não admite, já os mecanismos de evolução do Direito são decorrentes da aplicação das técnicas de julgamento da distinção e da superação do precedente.

Portanto, para aqueles que defendem a configuração dos Tribunais Superiores em Cortes Superiores e Cortes Supremas, apenas estas últimas são adequadas a um sistema de precedentes judiciais, cujas decisões vinculam os juízes e tribunais inferiores.

Neste contexto, é de se notar que o Supremo Tribunal Federal, ao fixar teses jurídicas de forma expressa em seus julgados, pretende ser enquadrado como verdadeira Corte de Precedentes, conferindo interpretação ao texto constitucional.

Criticando esse entendimento, Lenio Streck defende que a atribuição de conferir sentido ao direito às Cortes de Vértice configuraria afronta à Constituição, na medida em que apenas ela estabelece as competências para os poderes, bem como define a estrutura, composição e forma de funcionamento de cada tribunal.

Assim, argumenta que a Constituição Federal, nos artigos 102 e 105, estabelece que “os recursos extraordinários são impugnações para o julgamento de causas”, [...], “e nunca poderão ser interpretados como uma autorização de formar

teses como comandos gerais e abstratos para resolução de casos repetitivos” (STRECK, 2017).

Contudo, à primeira vista, não parece que a Constituição Federal impede que os Tribunais Superiores atribuam sentido à legislação, seja ela federal (no caso do STJ), seja ela constitucional (no caso do STF), por meio da interpretação do texto legal.

Como é cediço, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de sua competência recursal, não são tribunais de terceira instância, mas verdadeiros guardiões da interpretação da legislação federal e constitucional, respectivamente, atuando como uniformizadores de jurisprudência.

A problemática surge, contudo, em relação à forma como se pretende identificar a *ratio decidendi* nesses tribunais, principalmente diante da fixação da tese jurídica pelo Supremo Tribunal Federal.

Isto porque a elaboração de “teses” com pretensão vinculante pode acabar deturpando o papel das Cortes Superiores pátrias, ao permitir que estas atuem como verdadeiro legislador. Nesse sentido, Lenio Streck (2017), ao citar artigo escrito pelos professores Hermes Zanetti e Carlos Pereira, afirma que estes:

Sem que eles percebam, acabam atribuindo ao judiciário um papel de *criar “normas gerais e concretas” com aptidão e conformar situações futuras de maneira vinculante como se lei fossem*. Minha discordância com Zanetti reside justamente na ideia de que decisões vinculantes possam ser catalogadas, indistintamente, como normas gerais para o futuro e como precedentes, fazendo com que a jurisprudência possa, como ele diz, *ser alçada à condição de fonte primária do direito junto à legislação*.

Repise-se que o problema está na forma como a norma geral é identificada pelo próprio tribunal prolator do precedente. Como visto alhures, a *ratio decidendi* consiste na regra jurídica do precedente, que possui aptidão para solucionar casos semelhantes ao decidido anteriormente.

Contudo, a identificação da *ratio decidendi* fica a cargo dos juízes que aplicarão o precedente, os quais, a partir de uma análise detida da questão jurídica, dos fatos determinantes do caso, da fundamentação da decisão e da conclusão a que se chegou, extraem a norma jurídica do precedente.

Ocorre que a elaboração de uma tese vinculante pelo próprio Supremo Tribunal Federal, com a consequente fixação ao final do julgamento, em muito se parece com o comando geral e abstrato da lei, o que pode fazer com que os

Ministros acabem legislando, mesmo que não seja esse o fim intentado por eles.

Aliás, a fixação da *ratio decidendi*, de forma expressa, pelo Supremo Tribunal Federal, poderá perpetuar um problema corrente no sistema jurídico pátrio, qual seja a aplicação descontextualizada da norma jurídica.

Ora, não há dúvidas de que a atual aplicação de precedentes no país é desprovida de técnica, de sorte que os operadores do direito se limitam a transcrever ementas com vistas a sustentar determinado posicionamento jurídico.

Não se nega a importância da ementa para a aplicação de precedentes judiciais, posto que, na qualidade de ferramenta de pesquisa, possibilita “a catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação nela contida” (RAMIRES apud ROSA, 2017. p. 93), o que simplifica a pesquisa dos precedentes tanto por parte dos juízes subsequentes quanto dos advogados.

Contudo, não se admite a utilização da ementa de forma temerária, como se ela própria fosse o precedente, na medida em que a ementa, por consubstanciar um resumo do julgado, não se atém às particularidades do caso concreto, nem evidencia de forma detida a construção do raciocínio jurídico do precedente, o que acarreta, muitas vezes, a utilização descontextualizada do precedente.

Como restou consignado alhures, é imprescindível que se analise devidamente os contornos fáticos do precedente. A fixação da tese jurídica pelas Cortes de Vértice, segundo Streck (2016c), se afasta dessa análise, senão veja-se:

Uma das coisas que impede que os tribunais estabeleçam precedentes (como respostas antes das perguntas e/ou imitação do pandectismo) no Brasil é o seu alheamento dos casos concretos, a resistência em analisar a prova e as minúcias de fato, que são os elementos definidores de um sistema de precedentes e sua insistência de que é possível resolver casos não a partir de casos, mas de *temas*. [...]

Com essa “técnica” de construção de teses (porque, na prática, precedentes são razões generalizadas, como, aliás, afirmam vários precedentalistas), esquece-se uma questão fundamental: a *de que são justamente os elementos que ficam de fora que possibilitariam os juízos de identificação e distinção entre casos pretéritos e casos presentes* (o que a doutrina anglófona chama de “*case-by-case formulation and reformulation*”). Vejam como a incorporação dos institutos do *common law* é artificial no Brasil: enquanto lá os precedentes são tratados como casos, com a menção às partes nele envolvidas, como, por exemplo, *London Tramways v. London County Council*, *Riggs v. Palmer*, etc., nós, aqui, nos referimos a precedentes como números de processos julgados pelos Tribunais. Aqui o “precedente” se transforma em um conceito sem coisa.)

Se, de fato, o precedente for elaborado com o único intuito de firmar uma

tese jurídica vinculante, sem atentar-se para o contexto fático-probatório que permeou a formação dessa tese, corre-se o risco de que haja o uso descontextualizado dos precedentes, a exemplo do que ocorre na atualidade, conforme asseverado anteriormente.

4.3 PRECEDENTE COMO SINÔNIMO DE TESE JURÍDICA

Na linha do que foi desenvolvido no tópico anterior, é possível notar importante ressalva feita por Lenio Streck: o Supremo Tribunal Federal considera que o precedente judicial é a tese jurídica.

Esta, aliás, parece ser uma visão geral dos tribunais brasileiros. Não é raro deparar-se com decisões no bojo das quais os desembargadores aduzem que, no caso concreto, a questão de direito é resolvida conforme determinada tese jurídica e, para fundamentar o *decisum*, apenas afirmam que essa é a regra adotada em diversos precedentes, transcrevendo as ementas desses julgados ou tão somente citando os dados básicos que identificam os precedentes (número do processo, relator, turma, data de julgamento e data de publicação).

Em casos tais, percebe-se que os julgadores, muitas vezes, não têm o cuidado de demonstrar em que medida a *ratio decidendi* do precedente é adequada à solução do caso concreto, uma vez que não se debruçam sobre as semelhanças fáticas porventura existentes entre os casos, limitando-se a aplicar a tese jurídica do precedente sem maiores esclarecimentos. E é justamente em decorrência dessa maneira de se aplicar os precedentes que se conclui que há uma forte tendência por parte dos tribunais pátrios em considerar o precedente como a tese jurídica.

Entretanto, por tudo o que foi exposto até o presente momento, não parece correto concluir que o precedente possa ser reduzido à tese jurídica dele extraída.

Com efeito, demonstrou-se, nos capítulos anteriores, que o precedente consiste em uma decisão judicial na qual o magistrado, após analisar os argumentos suscitados pelas partes, decide uma questão de direito, estabelecendo uma norma que corresponde à tese jurídica (*ratio decidendi*).

Restou claro, ademais, que o precedente é formado não só pela *ratio decidendi*, como também pelos demais argumentos feitos de passagem, conhecidos como *obiter dicta*.

Assim sendo, embora seja possível identificar, no precedente judicial, uma

norma geral e abstrata ou uma “tese jurídica”, como defendido pelo Supremo Tribunal Federal, o precedente judicial não se reduz a isso¹⁵.

Isto porque “reduzir o precedente à norma consiste em excluir os elementos do julgado que lhe dão nota de identidade na própria ordem jurídica, e que os torna relevante para o Direito ao lado das normas legislativas e constitucionais” (LOPES FILHO, 2016, p. 155).

É certo que o órgão julgador, ao proferir uma decisão, deve levar em consideração todos os aspectos que permeiam o caso concreto. Nesse sentido, deve analisar os fatos, os argumentos levantados pelas partes, a questão jurídica submetida a julgamento e as normas legais e constitucionais aplicáveis para resolver o caso, o que permitirá que, de forma devidamente fundamentada, chegue à melhor solução possível para aquele caso, estabelecendo uma norma jurídica.

Dessa forma, observa-se que o precedente consiste numa decisão judicial resultante de um processo dialético, no qual o enfrentamento do caso, com todas as suas nuances e particularidades, permite a formação de “uma resposta hermenêutica ao caso julgado”, nas precisas palavras de Lopes Filho (2016, p. 155).

Caso o precedente pudesse ser reduzido à norma jurídica dele emanada, o que o diferenciaria de um comando legislativo? Mesmo que o precedente interprete uma lei ou a Constituição para resolver determinado caso concreto, a norma nele fixada, se retirada do contexto fático-probatório do precedente, padecerá da mesma indeterminação e abstração da legislação.

Ora, não há dúvidas de que texto e norma não se confundem, e que o primeiro, por ser expresso através de uma linguagem, é caracterizado por certa abstração e indeterminação que permitem a realização de diversas interpretações, na busca de atribuir-se sentido ao texto. Nesse cenário, o magistrado desponta como intérprete da legislação, atribuindo significado ao texto através de um processo hermenêutico, construindo uma norma jurídica do precedente. Nesta senda, Lopes Filho (2016, p. 155) sustenta que o precedente deve revelar um ganho hermenêutico em relação às normas constitucionais ou legislativas.

No entanto, essa norma jurídica emanada do precedente também é texto e, se aplicada de forma mecânica e automática por outros juízes, sem que se atenham

¹⁵ Lopes Filho (2016, p. 154) explica que “Tal redução é típica de países cuja ideologia do estado legislativo foi determinante na formação do pensamento jurídico, algo que, por exemplo, não aconteceu nos países de tradição inglesa”.

às circunstâncias fáticas que levaram à construção daquela norma, “os precedentes cairiam nas mesmas insuficiências das normas dessa espécie (legislativas), limitações hermenêuticas estas que fizeram justamente emergir a importância dos precedentes para o Direito” (STRECK, 2016c).

Assim sendo, e levando-se em consideração as críticas de Lenio Streck registradas em tópico anterior, é indubitável que o precedente não pode se limitar a sua tese jurídica, face a importância do contexto fático que o permeia.

De outro modo, a importância de que o precedente não seja reduzido à tese jurídica transparece quando se leva em consideração que os argumentos *obiter dicta* do precedente podem ser enquadrados como *ratio decidendi* em casos posteriores, como ocorreu, por exemplo, com o conceito de vida, formulado na ADI 3510. Nesta ação, discutia-se a constitucionalidade da lei de biossegurança, questionando-se quando se inicia a vida constitucionalmente protegida. Após, o conceito de vida obtido naquela ação direta de inconstitucionalidade foi usado ulteriormente, como precedente, no julgamento da ADPF 54, que versava sobre a interrupção terapêutica de fetos anencéfalos (LOPES FILHO, 2016, p. 155).

Patente, pois, que os elementos constitutivos do precedente, embora não pareçam importantes à primeira vista, não podem ser desconsiderados pelos magistrados, já que poderão ser de extrema importância na solução de casos posteriores, a exemplo do que aconteceu no caso supracitado.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que se expôs, é possível concluir que o sistema jurídico brasileiro sofreu significativas mudanças com o advento do Código de Processo Civil de 2015, especialmente no que toca à adoção da doutrina dos precedentes judiciais vinculantes ou do *stare decisis*.

Nesse sentido, vale mencionar que a opção legislativa busca apenas dar efetividade à máxima *treat like cases alike*, segundo a qual casos semelhantes devem ser tratados de maneira semelhante, garantindo-se, assim, segurança jurídica, previsibilidade do direito e isonomia de tratamento aos jurisdicionados.

Considerando que segurança jurídica, previsibilidade e isonomia são preceitos imprescindíveis a qualquer sistema jurídico, é possível afirmar que o uso de precedentes judiciais não se restringe aos países adeptos da *common law*. Assim, embora a doutrina do *stare decisis* tenha se solidificado na Inglaterra, um dos maiores expoentes da *common law*, é certo que o manejo de precedentes vinculantes é perfeitamente possível nos países de tradição *civil law*.

Aliás, o precedente judicial consiste em importante fonte do direito, na medida em que o magistrado, ao julgar uma demanda, constrói uma norma jurídica geral e abstrata, que poderá ser aplicada a casos análogos subsequentes. Esta norma jurídica que exsurge do precedente é chamada de *ratio decidendi* e constitui o elemento vinculante do julgado.

Assim sendo, verifica-se que a aplicação do precedente judicial perpassa, necessariamente, pela identificação da *ratio decidendi*. Esta, porém, não é tarefa fácil, uma vez que não há consenso quanto à definição de *ratio decidendi* ou quanto ao método capaz de identificá-la.

Nos países adeptos da *common law*, a *ratio decidendi* corresponde às razões de decidir ou aos fundamentos jurídicos que embasam uma decisão, evidenciando, assim, a opção hermenêutica adotada pelo julgador para resolver o caso concreto. Importante notar que a *ratio decidendi*, embora consubstanciada em uma norma jurídica geral e abstrata, possui um nítido viés fático, de modo que o magistrado do caso posterior deve perscrutar o inteiro teor do precedente, para aferir o alcance da *ratio* e a semelhança fática do precedente com o caso ulterior.

No Brasil, parece haver uma tendência nos tribunais superiores, mormente no Supremo Tribunal Federal, para identificar a *ratio decidendi* como sinônimo de

tese jurídica, a qual, ressalte-se, não se confunde com os fundamentos para decidir. Há, inclusive, no âmbito do STF, a tendência de fixar a tese jurídica ao final de cada julgado. Esta opção, contudo, enseja uma série de problemas.

Primeiro, a identificação da tese jurídica ao final de cada julgamento transparece uma tentativa do Supremo Tribunal Federal para mascarar um problema anterior que diz respeito à formação da própria *ratio decidendi*, qual seja a existência de fundamentos diversos que convergem para a formação de uma única *ratio*. Ora, se a *ratio decidendi* é extraída principalmente da fundamentação do precedente, a existência de posicionamentos divergentes dificilmente ensejará a correta formação de uma única *ratio*. Parece clarividente que, para que se possa compreender a amplitude e o sentido da *ratio decidendi* de um precedente, é preciso examinar as razões que levaram o tribunal a decidir de certa forma, o que pressupõe uma coerência da fundamentação da decisão. Assim, a coerência interna do precedente merece maior atenção por parte da Corte Suprema de Justiça.

Outrossim, a fixação da *ratio decidendi* ao final de cada julgamento desconsidera preceito básico da aplicação dos precedentes na *common law*, a saber o papel das decisões judiciais posteriores para delimitar o alcance da *ratio decidendi*. Como visto, não cabe ao magistrado ou tribunal prolator da decisão fixar expressamente a *ratio decidendi* do precedente, sendo atribuição dos julgadores posteriores, que o farão a partir de uma atividade interpretativa. O sentido atribuído à *ratio* pelas decisões posteriores, inclusive, é importante para resolver novas questões de direito referentes à matéria que já foi objeto de precedente judicial, porém não enfrentadas por este, de modo que os julgamentos posteriores agregam novo conteúdo à *ratio*.

Ademais, a fixação da tese jurídica ao final de cada julgamento eleva os tribunais superiores à categoria de Cortes de Vértice, o que, no entanto, merece muito cuidado. Embora os tribunais superiores possam atribuir sentido ao direito, é certo que a fixação de tese jurídica por estes pode fazer com que atuem como verdadeiro legislador, posto que a prolação de norma jurídica geral e abstrata pelos juízes muito se aproxima da atividade legislativa. Nesse sentido, cumpre elucidar que o problema não está na prolação de uma norma jurídica geral e abstrata (*ratio decidendi*), mas sim na forma como o STF pretende identificar a *ratio* em suas decisões, exteriorizando-a de forma expressa, o que pode acarretar o problema anteriormente citado quanto ao papel dos juízes das instâncias inferiores. Além

disso, se o precedente for elaborado com o intuito de firmar uma tese jurídica vinculante, sem atentar-se para o contexto fático-probatório que permeou a formação da tese, corre-se o risco de que haja a perpetuação do uso descontextualizado dos precedentes, problema tão difundido no Judiciário brasileiro.

Nessa conjuntura, a fixação da tese jurídica expressamente pelo próprio tribunal prolator ao final de cada julgado confere a falsa impressão de que o precedente se reduz à *ratio decidendi*, entendimento que não pode vigorar. Precedente judicial é decisão resultante de um processo interpretativo, no qual o julgador, ao enfrentar o caso, examina todas as suas particularidades fático-probatórias para solucionar o caso da melhor maneira possível.

Desta feita, verifica-se que a opção por fixar a tese jurídica expressamente no julgado, a fim de que esta seja, desde logo, identificada como a *ratio decidendi* do precedente pelos magistrados posteriores, apresenta problemáticas que não podem ser ignoradas pelos operadores do direito.

Não obstante a recenticidade das mudanças no ordenamento jurídico pátrio quanto ao tema, não parece que permitir que os tribunais superiores fixem teses gerais e abstratas seja o melhor caminho para alcançar a unidade do Direito. Isto porque já é prática comum a aplicação de precedentes de forma mecânica e automática no âmbito do Judiciário brasileiro, através da reprodução da tese jurídica exposta nas ementas ou nas súmulas dos tribunais. A aplicação de precedentes judiciais exige uma atividade interpretativa cuidadosa por parte dos magistrados (e até mesmo dos advogados, ao sustentarem o prevalecimento de determinada norma na causa por si patrocinada), o que não é observado na prática jurídica.

Portanto, o estudo da identificação da *ratio decidendi* precisa ser incentivado e difundido, a fim de dirimir as problemáticas aqui apontadas e extirpar do ordenamento jurídico brasileiro o temerário uso dos precedentes, que, atualmente, baseia-se na mera reprodução de ementas e súmulas. Não se pode permitir a fixação indiscriminada de teses jurídicas pelos tribunais superiores, sem que se tenha em vista o papel fundamental desempenhado pelos magistrados na identificação da *ratio decidendi*, sob pena de deturpar o uso dos precedentes judiciais.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do *stare decisis*. **Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 67, p. 295-316, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1739-3318-1-sm.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2016**: Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. Parâmetros do Common Law para a elaboração de um novo sistema: necessidade de uma atitude de vanguarda. In: _____. **Direito Jurisprudencial**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DAVID, René. **Os grandes sistemas jurídicos do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. **Revista jurídica da Unifil**, ano 4, n. 4. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-11.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

HELLMAN, Renê Francisco. **Precedentes e decisão judicial no processo civil brasileiro**: a necessidade da busca pela resposta correta. 2015. Dissertação (Mestrado – Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2015. Disponível em: <<http://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/5994-rene-francisco-hellman/file>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A importância dos direitos fundamentais para o sistema de precedentes**. Dissertação (Mestrado – Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/135144/334392.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 7 maio 2017.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Novo Código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Coords.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 147-174. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3).

MACÊDO, Lucas Buril de. Afinal, o que é o precedente?. **Justificando**, 15 maio 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/05/15/afinal-o-que-e-um-precedente-2/>> Acesso em: 20 maio 2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica**: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>> Acesso em: 30 mar. 2017.

NONATO, Israel. Conrado Hübner Mendes: o STF refém do capricho de seus ministros [Entrevista]. **Os Constitucionalistas**. 8 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

OLIVEIRA, Clayton Barreto de. **A jurisdição a partir dos precedentes**: matriz constitucional e desafios de um processo decisório coerente e democrático no Brasil. 2016. 199 f. Dissertação (Mestrado – Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Natal, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/21713/1/ClaytonBarretoDeOliveira_DISSERT.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**: estudos de direito processual civil em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>> . Acesso em: 27 mar. 2017.

ROSA, Fernanda Néri. **Precedentes judiciais**: aspectos controvertidos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e o risco do discurso de fundamentação descontextualizado. 2016. 124 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em:

<<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13246/1/PrecedentesJudiciaisAspectos.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

SILVA, Thais Sampaio da. Escrevendo um romance em cadeia: pressupostos teóricos da teoria dos precedentes. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARININI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Direito jurisprudencial**, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Teoria geral dos precedentes e os precedentes no NCP. **ESMAFE 5ª Região**, mar. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes** – Parte II. 29 set. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Porque commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?**. 22 set. 2016a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>> Acesso em: 2 abr. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes IV**: final. Por que interpretar não é um ato de vontade. 13 out. 2016b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma tese política à procura de uma teoria do direito**: precedentes III. 06 out. 2016c. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>>. Acesso em: 2 abr. 2017.

VALE, André Rufino do. **Formato do acórdão é obstáculo à construção de uma cultura de precedentes**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-01/observatorio-constitucional-formato-acordao-obstaculo-construcao-cultura-precedentes>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

What is a Law Report? Disponível em: <<https://www.iclr.co.uk/archive/what-is-a-law-report/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.