

Lucas Buril de Macêdo

**PRECEDENTES
JUDICIAIS**
e o Direito Processual Civil



2.^a edição
Revista, atualizada
e ampliada

2017

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Um exemplo pode esclarecer bem a hipótese de colaboração criativa entre lei e precedente. A norma do art. 150, VI, alínea *d*, da Constituição Federal de 1988 estabelece a imunidade tributária para “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”. A CF, como se sabe, foi promulgada em um momento em que o livro digital não era uma realidade, ou ao menos era pouco comum, não tendo o poder constituinte originário se preocupado com esses objetos quando arquitetou o dispositivo normativo. Assim, para fins de imunidade tributária, estaria o livro digital incluso na imunidade albergada nessa norma, e, portanto, preencheria o conceito de “livro”? A questão foi concretamente posta ao crivo do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria.¹⁰⁸ O Ministro Relator do processo, Dias Toffoli, suscitou duas possibilidades. No sentido da não concessão da imunidade digital, tratou da corrente restritiva que preza por uma interpretação de viés mais literal, aduzindo que o legislador optou por conceder tal benefício apenas ao elemento material “papel”, uma vez que já existiam à época outros meios de propagação da informação e da cultura e mesmo assim sua vontade foi por trazer de maneira expressa o referido termo. Já os argumentos da corrente extensiva, que entende pela concessão da imunidade a essa espécie de livro, sustenta que, ao adotar-se uma interpretação sistemática e teleológica do artigo, a imunidade terá a finalidade de dar efetividade aos princípios constitucionais da livre manifestação de pensamento e da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, o que demonstra que o constituinte prezou pela difusão do livre acesso à cultura e à informação. Ora, a partir da geração desse precedente judicial ficará estabelecido se livro digital se encaixa ou não nos termos do art. 150, VI, *d*, da CF. A eficácia de precedente deste julgado determinará a aplicação da norma igualmente para todos os jurisdicionados nos casos subsequentes. Assim, após a formação desse precedente, caso a questão da imunidade do livro eletrônico ressurja em outro processo, a aplicação correta da norma constitucional será determinada pelo RE 330.817/RJ.¹⁰⁹

Acrescente-se que essa espécie de precedente é especialmente importante nas áreas do Direito em que a legalidade possui maior força, como é no penal, no tributário e no administrativo. Nestas searas a criação de normas a partir de princípios deve ser limitada, convindo que o âmbito de criação jurisdicional do Direito se limite ao fornecimento de parâmetros e critérios para a aplicação das normas legais, esclarecendo-as e, assim, garantindo maior segurança.¹¹⁰

Nos países de *civil law*, muitas vezes os precedentes determinativos são reconhecidos como vinculantes não por sua natureza de precedentes, mas por serem considerados a “interpretação correta” da lei, suprimindo a atividade judicial como referente normativo. Tais precedentes possuiriam, nesse sentido, uma força vincu-

108. BRASIL – STF – RE 330817 RG/RJ, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 20.09.2012, publicado no DJ em 28.09.2012.

109. Muito proveitosa, nesse sentido, é a perspectiva de que os precedentes seriam respostas a questões, e como tal, quando a mesma pergunta, ou alguma pergunta similar, é formulada, eles servem como parâmetros para a decisão. Essa é a contribuição de RAMÍREZ, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 125-130.

110. Nesse sentido: ENG, Svein. “Precedent in Norway”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 204.

lante indireta, pois seriam obrigatórios por causa da lei que lhes serve de base.¹¹¹ Não se admite esta concepção, justamente porque fundada em um esforço retórico desnecessário em negar a criatividade judicial, admitindo-se uma vinculação formal à lei, embora a vinculação substancial se dê efetivamente ao precedente.¹¹²

Finalmente, é possível que a criação do precedente seja colaborativa com uma norma de precedente anterior. Esse caso é muito similar ao último analisado, de colaboração entre norma legal e precedente, entretanto a norma originária foi criada por outro precedente, e não por lei. Dessa forma, existe um precedente originário ou criativo, no qual a norma foi enunciada, e o precedente posterior vem a clarificá-la ou determiná-la, mediante distinções ampliativas ou reduativas. Nesses casos, a *ratio decidendi* enunciada no precedente anterior é trabalhada, por meio de processos argumentativos, nos casos posteriores, dando maior determinação para o seu conteúdo. A hipótese é bastante comum no *common law*.¹¹³

Dessa forma, os precedentes judiciais podem ser classificados aproximadamente em três diferentes níveis no *stare decisis* brasileiro: 1) declaratórios, imprestáveis como fonte do direito, pois não há contribuição criativa para a determinação do ordenamento jurídico, eles se dão quando: 1.1) a norma legal for suficientemente densa para fundar a decisão ou 1.2) a norma do precedente paradigma seja suficiente para a decisão, sem qualquer construção adicional; 2) determinantes ou especificadores, nestes casos os precedentes são fonte do direito, mas se limitam a 2.1) especificar algum elemento da norma legal, referencial normativo mais forte e originário, ou 2.2) determinar algum elemento de uma *ratio decidendi* anterior, hipótese na qual o elemento criativo está predominantemente naquela; e 3) originários ou criativos, sendo estes os precedentes que criam normas jurídicas que não pertenciam ao ordenamento jurídico, institucionalizando-as a partir dos princípios.¹¹⁴

5.5. A COMPREENSÃO DA FORÇA VINCULANTE DO PRECEDENTE JUDICIAL

5.5.1. A bipartição entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*

Foi apontado que a decisão judicial possui um efeito anexo que lhe lança como fonte, passando, após adquirir estabilidade e ser publicada, a deter obrigatoriedade.

111. Outro problema comum, bastante corrente entre os processualistas, é entender que este – precedentes interpretativos ou determinantes – é o único tipo de precedente existente no direito brasileiro. Veja-se, por exemplo, este usual erro em: SALLES, Carlos Alberto de. Precedentes e jurisprudência no novo CPC: Novas técnicas decisórias? In: *O novo Código de Processo Civil: Questões controversas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 82-84.

112. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*, cit., p. 33.

113. Assim: BENDITT, Theodore M. *The rule of precedent*, cit., p. 103. ENG, Svein. *Precedent in Norway*, cit., p. 208.

114. Uma outra proposta, construída a partir de outras premissas, é a de definir as *rationes decidendi* conforme seu conteúdo criativo, o que é feito em três tipos: 1) *rationes* normativas, que equivaleriam aos precedentes criativos; 2) *rationes* interpretativas, que corresponderiam aos precedentes declarativos; 3) *rationes* qualificatórias, que seriam os precedentes especificadores (CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile*, cit., p. 176-179. Como fica fácil perceber, a proposta é substancialmente equivalente à realizada nesta obra.

Todavia, uma questão importante é o *que* realmente é vinculante no precedente? A diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* está pautada justamente em separar, respectivamente, a parcela obrigatória de um precedente da não obrigatória.¹¹⁵

Essa separação é de extrema relevância, pois serve como forma de regular a produção de Direito pelo Judiciário, o que é feito de acordo com o devido processo legal e com as “virtudes passivas” dos tribunais.¹¹⁶ Caso a separação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* fosse, de fato, excluída, além da grave ofensa ao *due process*, ter-se-ia uma quantia ilimitada de produção de normas jurídicas pelo Judiciário, não necessariamente ligada aos fatos da demanda, o que teria grandes chances de tornar a aplicação dos precedentes algo bastante confuso ou mesmo inexequível. Por essas razões, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é essencial para o *stare decisis*.¹¹⁷

Nos sistemas jurídicos de *civil law*, justamente por tradicionalmente não se atribuir eficácia obrigatória aos precedentes, não houve preocupação doutrinária de definir *ratio decidendi* ou *obiter dictum*.¹¹⁸ Isso ocorre no direito brasileiro.¹¹⁹

Todavia, a partir do momento que se opera com precedentes, a problematização do que é efetivamente vinculante no precedente passa a fazer sentido e, assim, a discussão sobre *ratio decidendi* torna-se uma das mais relevantes. Realmente, não é possível o funcionamento do *stare decisis* sem a identificação de qual elemento possui autoridade no precedente judicial.¹²⁰

Vale destacar que, para encontrar esses elementos dos precedentes, a fundamentação é essencial.¹²¹ É especialmente na fundamentação da decisão que os julgadores subsequentes devem pesquisar as razões de decidir (*ratio decidendi*) e os argumentos de passagem (*obiter dictum*), nada obstante seja também importante analisar o relatório, sobretudo para verificar a argumentação utilizada e a formação do precedente,

115. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*, cit., p. 40-41. O autor identifica essa distinção já no ano de 1673.

116. Propõe a superação da dicotomia, sem razão, pois não percebe as implicações do devido processo legal na formação da distinção *ratio decidendi* x *obiter dictum*. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 258-282.

117. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 90-91.

118. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. “Further general reflections and conclusions.” *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 537. Destacando a existência de preocupação do Tribunal Supremo da Espanha em distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum*, para “poder fundar el motivo de casación de la jurisprudencia”, ver MUÑOZ, Martín Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, cit., p. 198.

119. Inclusive, não se deve confundir nenhum dos conceitos brasileiros com o de *ratio decidendi*. Nesse sentido: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122-123.

120. MACCORMICK, Neil. “Why cases have rationes and what these are”. GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 156. Afirma o autor: “To be fully intelligible, any such doctrine must indicate in some way the element in precedents which is supposed to be binding (if any is) or persuasive in the strongest degree of persuasiveness admitted (...). Thus the identification of the binding or the specially persuasive element in decision is a matter of some importance”. No mesmo sentido: MARSHALL, Geoffrey. “What is binding in a precedent”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 507-509.

121. Destaque-se, entretanto, que esses conceitos não possuem objeto correlato no mundo sensível. Não é possível, consequentemente, falar-se em um *verdadeiro* significado de *ratio decidendi* ou de *obiter dictum*, ao menos ao se negar uma postura exacerbadamente metafísica. Por isso, o debate acerca de tais conceitos pauta-se em uma função prescritiva, de extrema importância, como se destacou acima, visto que esses conceitos, e sua divisão, tem um relevante fim prático, dogmático e decisório. Ver, sobre o ponto: CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile – Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 147.

e o dispositivo, nomeadamente relevante para a interpretação dos fundamentos e, ainda mais, para o estabelecimento de parâmetros para quantificações.¹²²

5.5.2. Ratio decidendi

5.5.2.1. A concepção de ratio decidendi

Nos sistemas jurídicos de *common law*, a *ratio decidendi*, terminologia adotada predominantemente no direito inglês, ou *holding*, termo mais utilizado no direito norte-americano, refere-se às razões de decidir ou razões para a decisão, e configura sinônimo de norma jurídica.¹²³ No direito brasileiro, o termo é utilizado como *razões de decidir* ou *motivos determinantes* pelo Supremo Tribunal Federal¹²⁴ e pelo Superior Tribunal de Justiça.¹²⁵

Assim sendo, ao se falar no dever de aplicar determinado precedente, quer se dizer, mais propriamente, o dever de aplicar a sua *ratio decidendi* ou a norma jurídica (*legal rule*) dele decorrente. Costuma-se definir, portanto, *ratio decidendi* como a parcela obrigatória do precedente judicial.¹²⁶ Por isso, as questões do “quando” e “por que” os juízes devem seguir os precedentes equivalem à questão da determinação de sua regra jurídica.¹²⁷

É costumeiro afirmar, deste modo, que a única “parte” do precedente que é formalmente vinculante é a *ratio decidendi* ou *holding*.¹²⁸ O ponto deve ser analisado com a devida cautela.

É importante perceber que a *ratio decidendi* transcende ao precedente do qual é compreendida. Em outras palavras, embora a *ratio* tenha o precedente como referencial *ad eternum*, seu significado não está adstrito ao que o juiz lhe deu ou quis dar.¹²⁹ Não há como se defender que a interpretação do precedente judicial que dá vazão à sua norma deve ser feita de forma canônica ou literal, muito embora possa ser corretamente realizada dessa forma em alguns casos.¹³⁰ Com efeito, deve-se perceber que a *norma do precedente* é diferente do *texto do precedente*, sendo equivocado

122. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 221.

123. “Ratio decidendi can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 67).

124. Confira: BRASIL – STF – Rd 5216 Agr/PA, Relator Ministro Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2012, publicado no DJ em 18.09.2012, utilizando o termo “motivos determinantes”. E: BRASIL – STF – RE 630705 Agr/MT, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 11.12.2012, publicado no DJ em 08.02.2013 e RE 578582 Agr/RS, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 27.11.2012, publicado no DJ em 18.12.2012, com “razões de decidir”.

125. BRASIL – STJ – MS 15920/DF, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14.11.2012, publicado no DJ em 05.02.2013, utilizando o termo “motivos determinantes”. Agr/RS no REsp 786612/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17.10.2013, publicado no DJ em 24.10.2013, utilizando o termo “razões de decidir”.

126. Assim, expressamente: BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. “Precedent in the United Kingdom”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 336.

127. BENDITT, Theodore M. *The rule of precedent*, cit., p. 94.

128. SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States* (New York State), cit., p. 370.

129. Aproximadamente: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 222-223.

130. Ver, sobre a questão: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 59-62.

reduzi-la à fundamentação ou qualquer combinação de elementos da decisão do qual advém – da mesma forma que não se deve reduzir a norma legal ao texto da lei.¹³¹

Realmente, há transcendência da *ratio* em relação à fundamentação. A norma do precedente é moldada e esclarecida nos casos posteriores, que delimitam melhor sua abrangência e seu consequente através de distinções, enquanto a fundamentação do precedente permanece intacta.¹³² A força da norma do precedente não está só na decisão, ela é construída como um comando geral que vai além da fundamentação da decisão.¹³³

A concepção de *ratio decidendi* como norma, entretanto, não tem sido bem notada no direito brasileiro, ocasionando algumas confusões. A própria nomenclatura utilizada pelo Supremo Tribunal Federal demonstra a equívocidade com que o tema é tratado no Brasil. Como se sabe, ao se abordar os precedentes obrigatórios o termo “eficácia transcendente dos motivos determinantes” vem sendo utilizado pela Corte, dando a clara ideia de que é a própria fundamentação que vincula, quando, na verdade, a vinculação é à norma do precedente, construída a partir da fundamentação, mas que com ela não se confunde. Por isso, a terminologia adotada pelo STF não é a melhor, pois imprime a noção de que é o próprio texto que vincula, o que é falso.¹³⁴

Ainda que se possa falar em *ratio decidendi* em sinônima a precedente judicial, em sentido improprio, tratando-se de uma metonímia, não se deve confundir *ratio* e precedente em sentido próprio. É possível que existam precedentes sem nenhuma *ratio decidendi* ou com várias; isso, por si só, já elimina a possibilidade de identidade. Para a formação do precedente com potencialidade normativa basta a decisão judicial estável e publicada, já para a construção da *ratio decidendi* é indispensável a interpretação da decisão pelos juízes subsequentes, requerendo um mínimo de uniformidade e clareza na fundamentação.

Finalmente, é importante destacar que o conceito de *ratio decidendi* pode ser utilizado independente de o precedente ser obrigatório ou persuasivo. Trata-se de questão pertinente aos precedentes em geral, e não à sua obrigatoriedade. Assim, embora deva se destacar que o conceito é claramente essencial para o funcionamento do *stare decisis*, ele pode muito bem ser utilizado em um sistema jurídico de precedentes persuasivos, destacando o elemento principal para a tomada de decisão e, por isso, dotado de maior eficácia persuasória.¹³⁵

5.5.2.2. O problema do método: uma exposição sobre a definição da *ratio decidendi* no common law

A ideia de *ratio decidendi* é utilizada para significar norma jurídica. Essa ideia é bastante sedimentada no common law. O termo foi utilizado primeiramente, já nesse

131. Nesse sentido: MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are*, cit., p. 165.

132. Cumpre esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individualizada pelo órgão que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*, cit., p. 123).

133. MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*, cit., p. 505.

134. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*, cit., p. 156-157.

135. Nesse sentido: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 91.

sentido, na década de 1830, nos *Lectures on jurisprudence* de John Austin. Desde então o termo repetiu-se em diversos textos acadêmicos e judiciais, sendo certo que se trata de um conceito chave para a operação com precedentes judiciais. Muito embora sua utilização generalizada, importa perceber que a forma de determinação da “*ratio decidendi*” dos precedentes judiciais foi descrita pelos juristas com grande variação e inconsistência.¹³⁶

Conquanto seja consideravelmente fácil determinar que a *ratio decidendi* é o produto do precedente que vincula, a definição concreta da *ratio decidendi* de um precedente é um dos grandes problemas teóricos dos países de common law.¹³⁷ Vários autores tentaram contribuir com a exposição de um método eficaz para, a partir do texto da decisão, extrair a *ratio decidendi* ou *holding*. Os métodos conhecidos são numerosos, apontam-se dezenas deles, e não há um único que se possa apontar como o mais utilizado nos tribunais ou como o considerado correto. A questão é, portanto, bastante controversa.¹³⁸

São, entretanto, os métodos mais tradicionais os criados por Wambaugh, Oliphant e Goodhart. Os traços gerais do método destes autores serão abaixo reportados. Além disso, são relevantes as contribuições de Maccormick, de Cross e Harris e de Michael Moore, que também serão analisadas abaixo. Finalmente, apontar-se-á a crítica e proposição de Melvin Eisenberg, que é muito relevante para as críticas realizadas neste trabalho, além de que, conforme será visto adiante, possui papel fundamental na construção de uma solução para o problema no direito brasileiro.

Uma proposta já clássica é a formulada por Eugene Wambaugh.¹³⁹ Para o jurista, a *ratio decidendi* é uma regra geral sem a qual o julgador não haveria chegado ao resultado alcançado, ou seja, à decisão. Para encontrar a *ratio*, em seu trabalho direcionado para o estudo de casos, o autor formula um interessante teste. Consoante defende Wambaugh, é preciso primeiramente formular cuidadosamente a suposta proposição jurídica. Em seguida, deve-se inserir na proposição formulada uma palavra que a reverta. Então, é preciso questionar se, caso o tribunal tivesse concebido a nova proposição alcançada, e a considerado na tomada de decisão, o resultado teria sido o mesmo. Caso a resposta seja afirmativa, a proposição original não é a *ratio decidendi* do precedente. Caso a resposta seja negativa, por outro lado, a proposição é a norma geral que se deve extrair do precedente judicial.¹⁴⁰ O teste de Wambaugh continua sendo ensinado e possui grande importância como método de definir, concretamente, as *rationes decidendi* dos precedentes.¹⁴¹

De reconhecida importância é a lição de Herman Oliphant, realista norte-americano descrente na possibilidade de determinar a *ratio decidendi*. Para ele,

136. MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*, cit., p. 511.

137. MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are*, cit., p. 156-157. Reportando disformidade quanto ao conceito também no direito italiano: CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile*, cit., p. 147-149.

138. LLEVELLYN, Karl N. *The common law tradition*. Boston: Little, Brown and Company, 1960, p. 77-89.

139. SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 126-127.

140. WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases – A course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1894, p. 8.

141. Para uma análise crítica acurada do teste de Wambaugh, ver: CROSS, Rupert. *Precedent in English law*, cit., p. 52-57.

procurar *rationes decidendi* é uma empresa fadada ao insucesso, especialmente porque as razões da decisão não são verdadeiramente expostas e não obrigam, por sua carência de formatação, a decisão dos juízes posteriores. As decisões dos tribunais constituem resposta ao estímulo das partes, baseadas em boas razões, mas que não configurariam as “razões reais” para a decisão.¹⁴² O realista destacou, ainda, que é possível ser erigida, com base na atuação do tribunal, uma grande série de generalizações, desde as mais particulares até as mais abstratas ou gerais. A graduação da generalização não pode ser definida antes mesmo de realizada, o que é feito pelos juízes posteriores. Isso, segundo Oliphant, impede a definição precisa da *ratio decidendi*.¹⁴³ A teoria realista de Goodhart vem a causar forte influência em vários autores posteriormente, guardando adeptos até os dias de hoje.¹⁴⁴

Método de muito prestígio é o de Arthur Goodhart.¹⁴⁵ Conforme Goodhart, para descobrir a *ratio decidendi*, chamada constantemente pelo jurista de “princípio do caso”, é imprescindível determinar quais fatos foram sustentados como *matérias*, é dizer, qual a categorização dos fatos que foi reconhecida pelo tribunal como relevante para a decisão. É necessário que o intérprete considere todos os fatos que foram observados pelo juiz para que, em seguida, identifique quais fatos foram substanciais para a decisão. Para determinar os fatos materiais são fornecidas várias formas de exames. O jurista acrescenta que todos os fatos que são expressamente considerados como materiais devem ser considerados materiais pelo julgador subsequente e que os fatos hipotéticos levam sempre a um *obiter dictum*. Dessa forma, a definição da *ratio* de um determinado precedente judicial é guiada pela identificação dos fatos substanciais para a prolação da decisão.¹⁴⁶

Já na proposta perpetrada por Rupert Cross, dotada de grande prestígio, identifica-se como *ratio decidendi* qualquer norma de direito expressa ou implicitamente tratada pelo julgador como um *passo necessário* para alcançar sua conclusão, considerando a linha de fundamentação adotada por ele.¹⁴⁷ Além da proposta, Cross destaca que a definição da *ratio* deve ser realizada à luz dos *fatos substanciais* da decisão que constitui o precedente e que todo julgamento precisa ser compreendido à luz do direito jurisprudencial como um todo.¹⁴⁸

142. SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995, p. 89.

143. OLIPHANT, Herman. “A return to stare decisis”. *American Bar Association Journal*, 1928, Vol. 14, p. 159-162.

144. Um exemplo é o posicionamento de Julius Stone: “The assumption that each case has one single *ratio decidendi* binding on all later judges cannot, in other words, stand with recognition of the potentially unlimited variety of later judges, of the unforeseen time-context of their searches for meaning, and of their varied preoccupations in these contexts. If, in these circumstances, we still wish to talk of the instant judge finding the *ratio decidendi* of the precedent judge, I have to say that the instant judge, with the aid of hindsight and hind-meaning, chooses the *ratio decidendi* that he or she (instant judge) thinks most apt” (STONE, Julius. *Precedent and Law*. Sydney: Butterworths, 1985, p. 59 e, de forma mais aprofundada, p. 123-129). Ver a exposição desta proposição, a indicação de autores por ela influenciados e crítica em: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 78-79.

145. Conferir excelente resumo da teoria de Goodhart em: SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, cit., p. 128-133.

146. GOODHART, Arthur L. *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: Cambridge University press, 1931, p. 1-26.

147. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 40-41.

148. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 43-47.

MacCormick faz sua construção em diálogo direto com a de Cross, após criticá-la por abarcar conteúdo excessivo. Na definição do jurista escocês, a *ratio decidendi* é uma norma “expressly or impliedly given by the judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decision in case”.¹⁴⁹ O autor destaca, daí, uma série de argumentos que constituem, em sua proposição, *obiter dictum*: os que tratem de princípios jurídicos, os que valorem outros comandos ou os que valorem as consequências da norma favorecida e suas alternativas.¹⁵⁰ Portanto, para MacCormick, em vez de se falar em *norma necessária para a decisão*, deve-se falar em *norma suficiente para o estabelecimento de uma questão de direito posta em discussão pelas partes*.¹⁵¹

Michael Moore, em seu *Precedente, indução e generalização ética*, aborda a teoria dos precedentes a partir de uma perspectiva cética do *treat like cases alike*, na medida em que toma como improvável a possibilidade de que o tratamento igual seja realmente fornecido pelos precedentes, pois para sua aplicação é indispensável a categorização de quais são os seus fatos substanciais, o que, por sua vez, só é realizado nas decisões posteriores. Reconhece o autor que o problema de determinar os fatos substanciais do precedente equivale, com efeito, a determinar sua norma. O problema do método de definição da *ratio*, para Moore, portanto, equivale à determinação dos fatos substanciais do precedente. Assim, o jurista norte-americano, equiparando a solução do problema a soluções éticas e científicas, propõe que a descrição dos fatos substanciais, que será universalizada em uma regra, seja aquela que “rende uma verdade do *common law*” (*yield a truth of the common law*). Verdade, para o autor, não é uma ontologia, mas sim um atributo caracterizado por: 1) os corretos tipos morais nos quais os fatos do caso se encaixam; modificados por 2) um certo tipo de fato institucional, nomeadamente as decisões dos juízes, incluindo, prementemente, a decisão originária.¹⁵² Definir *ratio decidendi* para Moore, portanto, é uma empresa eminentemente interpretativa.

Passa-se, agora, à crítica e à proposição de Melvin Aron Eisenberg. O autor, inicialmente, categoriza os métodos preponderantes em dois: os *minimalistas* e os *centrados no resultado*, aos quais soma o seu próprio método. Pelo método *minimalista*, em referência não expressa à teorização de Rupert Cross, a norma do precedente consistiria em *parte da norma anunciada pelo precedente na fundamentação do tribunal*, enquanto todo o resto seria *obiter dictum*.¹⁵³ Percebe-se que essa compreensão do método de definição da *ratio* elimina a regra anunciada pelo precedente para o mínimo

149. MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are*, p. 170.

150. MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are*, p. 170-171.

151. Analisando essa proposta: MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*, cit., p. 512.

152. MOORE, Michael S. “Precedent, induction, and ethical generalization” GOLDSTEIN, Laurence (ed.), *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 209. Em seguida, o autor chega a esclarecer epistemologicamente sua proposição: “Because the truths of the common law are everywhere a function of the values of the judges who discover them, the theory of precedent that results is a natural theory of precedent. By such theory one sees the common law as being nothing else but what is morally correct, all things considered (p. 210)”.

153. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 40-47.

possível.¹⁵⁴ Já no método centrado no resultado, a norma do precedente consiste na proposição jurídica que deve ser alcançada a partir dos fatos do precedente, o que se assemelha à ideia de Goodhart, e, segundo o jurista norte-americano, diferencia-se do outro método por se preocupar notadamente com o que o tribunal realmente fez, e não com o que ele disse que fez.¹⁵⁵ Segundo Eisenberg, ainda, os dois métodos advêm de uma percepção da função judicial tão somente como de decisão de casos, no qual a produção de normas seria apenas um subproduto, e, muito embora os tribunais norte-americanos – e, acrescente-se, do mundo ocidental como um todo – comumente perfilhem suas atividades dessa forma, nenhuma das duas teorias serve para descrever a atividade judicial de forma completa, pois só raramente uma norma do precedente é reduzida apenas ao mínimo ou alcançada a partir dos fatos substanciais descritos. Eisenberg elenca como razão para isso o fato de que esses métodos ensejariam grande insegurança, pois, no mais das vezes, aplicando-os rigorosamente, sequer seria possível construir uma única norma do precedente a partir deles.¹⁵⁶

Por outro lado, conforme Eisenberg, é possível conceber uma terceira forma de aproximação do método de definição da *ratio decidendi*: o da proclamação (*announcement*). Esse método seria fundado na concepção de que é um papel dos tribunais estabelecer normas jurídicas. Assim sendo, chega-se a duas conclusões: por um lado o método da proclamação dá peso às normas determinadas pelo tribunal apenas na medida em que elas expressamente o são, e, por isso mesmo, atribui-se valor à função dos juízes subsequentes na construção de normas jurídicas; por outro lado, esse método insiste na relação entre a norma e a resolução de disputa, e, portanto, reconhece que o papel de criar e enriquecer normas jurídicas, embora possua valor por si mesmo, ainda assim é conectado de forma relevantíssima com o dever de prestar a tutela jurisdicional dos direitos. Essa forma de compreensão da determinação das normas advindas de precedentes judiciais, conforme Melvin Eisenberg, possui um caráter descritivo muito mais forte do que os métodos minimalistas ou centrados no resultado. Poucos precedentes escapariam de seus quadranes.¹⁵⁷ Ao fim e ao cabo, conforme se percebe, o que efetivamente faz o chamado *método da proclamação* (*announcement approach*) é fugir de critérios rígidos para chegar à norma do precedente, destacando o papel construtivo dos juízes subsequentes.

É difícil optar por uma forma exclusiva de determinação da norma do precedente. O tema é complexo, insere-se na ideia da interpretação dos precedentes, e existe um grande número de métodos à disposição para isso.¹⁵⁸ Há estudo, empreitado por Karl Llewellyn, apontando o incrível número de sessenta e quatro formas de encontrar a *ratio decidendi*.¹⁵⁹ Diante de tudo isso, cabe perguntar: será mesmo que existe *uma única ou melhor* forma de encontrar a *ratio decidendi*?

154. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 52.

155. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 52-53.

156. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 53.

157. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 55.

158. Ver também, analisando várias definições e métodos de *ratio decidendi*: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 76-90.

159. LLEWELLYN, Karl N. *The common law tradition*. Boston: Little, Brown and Company, 1960, p. 77-89.

5.5.2.3. Definindo *ratio decidendi* no direito brasileiro: uma contribuição do Brasil à problemática

Antes de responder à pergunta formulada, é importante destacar a noção de que o precedente judicial é um texto que será submetido à interpretação.

É comum, especialmente entre autores brasileiros, que se afirme que a *ratio decidendi* estaria na fundamentação da decisão.¹⁶⁰ Essa perspectiva parte de um engano que foi muito comum em relação à lei no positivismo legalista. *Ratio* é norma jurídica, *afirmar que ela estaria na fundamentação é tão reducionista quanto afirmar que a norma legal está tão somente no texto da lei.*

Da mesma forma, não se pode defender o precedente com base na legalidade, como a fixação do único sentido correto da lei. De fato, a lei comporta uma multiplicidade de sentidos, e os precedentes judiciais contribuem para a aplicação uniforme da lei, mas não se pode perder de vista que os próprios precedentes judiciais são texto, e, por isso mesmo, estão submetidos à interpretação. Não se justifica, portanto, diante da percepção da segurança como relativa, que se atribua ao precedente o fechamento absoluto do processo interpretativo, ao condenar a interpretação da lei, afirmando-se, por exemplo, que seria “inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes”.¹⁶¹

Assim como a lei, o precedente é texto e carece de interpretação. A maior proximidade que o precedente possui com os fatos, certamente, torna-o mais seguro e lhe dá a função de delimitação da norma legal, mas isso não autoriza a noção de que o precedente é unívoco.

A norma jurídica encontra-se no plano do pensamento e não se confunde com o dado textual do qual ela é extraída, embora o texto seja de extrema relevância para sua definição.¹⁶² Essa lição aplica-se independentemente da fonte em questão, lei ou precedente. Ora, se é um grave equívoco confundir *texto da lei e norma*, o mesmo se aplica à confusão entre *texto da decisão ou da fundamentação e norma* (do precedente), e é, diante desses problemas, indispensável a realização de uma integração dos precedentes judiciais obrigatórios à compreensão da teoria da norma usualmente aplicada à lei, nos moldes do direito brasileiro.¹⁶³

160. Assim: ARAÚJO JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 80. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivim, 2012, p. 392-393. REDONDO, Bruno Garcia. “Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, vol. 217, p. 406. MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, ano 37, vol. 206, p. 72. Nota-se que esses posicionamentos pautam-se numa confusão entre precedente e norma do precedente ou *ratio decidendi*.

161. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”. ____ (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 32.

162. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, p. 6-7. Defendendo essa concepção com primor, em face do realismo linguístico, ver: COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, em especial p. 48-53.

163. Incidindo em equívoco menos comum, ao invés de ter o texto do precedente como super-determinado, imputando-o completa indeterminação, a ponto de afirmar, assim como os realistas, que “O juiz do caso sucessivo é quem estabelece

Realmente, o texto da decisão, seja o relatório, a fundamentação ou o dispositivo, não se confunde com a *ratio decidendi* ou norma do precedente.¹⁶⁴ Deve-se compreender que, nesse ponto, a experiência brasileira com a *questão do método* é larga em relação à lei e deve ser utilizada, *mutatis mutandis*, para uma melhor compreensão da problemática da definição da norma dos precedentes, com o fim de que sua integração seja feita de forma adequada ao nosso sistema jurídico.

É relativamente pacífico, no direito brasileiro, que a questão do método é uma questão que não oferece resposta exata. Reconhece-se que o problema do método, e o feticismo em sua determinação, como *forma* exata de desvelar a norma, é decorrente de uma busca, reconhecidamente exagerada, por objetividade, responsável por aproximar normativismo e metodologismo. Como aponta Nelson Saldanha, “ambas as coisas, aliás, fundadas na visão formalística que *reduz* o Direito à forma, retirando-lhe todos os pedaços da vida, realidade e concretude”.¹⁶⁵

Nesse passo, a partir de uma concepção que supere o formalismo, e o reducionismo causado pela pretensão de evitar o finalismo,¹⁶⁶ é preciso aceitar que, para determinar a norma a partir de um texto legal, *não existe um único método válido ou legítimo, pelo contrário, são encontradas múltiplas formas, podendo cada uma delas ensejar resultados distintos e até contrários, não sendo possível selecionar uma delas como correta ou superior a priori*.

Com efeito, um mesmo texto normativo, em correlação a um mesmo fato específico, pode levar a dois significados distintos por meio do uso dos métodos filológico ou histórico, por exemplo. É importante ressaltar que o problema torna-se ainda mais complexo ao se admitir a eficácia interpretativa dos princípios, sobretudo os constitucionais. Com isso, cria-se uma gama imensa de possibilidades – muitas vezes contraditórias entre si – a partir do princípio que sirva de vetor para a interpretação do texto legal. Assim, por exemplo, a interpretação de um dispositivo legal à luz da duração razoável do processo pode levar a um significado distinto do que lhe seria atribuído caso o intérprete tivesse se guiado pelo princípio do contraditório.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que o *fetichismo pelo método* é pouco útil, porquanto é pouco provável que possibilite o controle rígido de qualquer decisão, já que há uma verdadeira abundância de formas de alcançá-la e dos resultados possi-

se existe ou não o precedente e, ao identificá-lo, ‘cria o precedente’ (SALLES, Carlos Alberto de. Precedentes e jurisprudência no novo CPC: Novas técnicas decisórias? In: *O novo Código de Processo Civil: Questões controversas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 81). Nem ao texto pode ser imputado significado unívoco e nem nenhum significado, não é de que há diálogo institucional. Assim como este ocorre na relação lei-decisão, deve ocorrer também na aplicação de precedentes, isto é, na relação precedente-decisão. Destaque-se, inclusive, que, neste caso, os limites são ainda mais fortes, especialmente em questões repetidas, pois a densidade do texto, decorrente de sua relação direta com a facticidade, é maior. Levado o argumento do jurista paulista às últimas consequências, direito seria apenas aquilo que se usa em decisões, completamente mutável e inseguro, sem qualquer possibilidade de previsão ou controle, caindo-se numa teoria que legitima o arbítrio do julgador.

164. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 223. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes*, cit., p. 72.

165. SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 103-104.

166. SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia*, cit., p. 105.

veis. Mais adequado é o estudo dos métodos para que assim se proceda ao controle racional da fundamentação da decisão, eliminando-se qualquer pretensão de se estabelecer o método como instrumento de controle *a priori* das decisões judiciais, que sempre dependerão das circunstâncias concretas. Essa conclusão, que é utilizada pelas teorias pós-positivistas do Direito, é bem exposta por Nelson Saldanha:¹⁶⁷

As correntes não normativistas vêm representando, durante o século XX, posições que realizam a reflexão filosófica referida a problemas concretos: o Direito como experiência, a relação entre o jurídico e o social, a historicidade dos sistemas e das formas. Estes, entre outros, são os grandes temas do pensamento jurídico-filosófico, que evolui desdobrando-se como crítica de si mesmo, enriquecendo e não restringindo a sua problemática. *O problema do método sempre existiu como ponto de referência para o reconhecimento de alternativas, não como uma caixa de ferro onde se encerra uma temática ou como substitutivo dos próprios problemas reais*. O que vale é que todas aquelas correntes vêm mantendo em debate os grandes temas – renovados recentemente pela influência da teoria hermenêutica –, sem perder o contacto com a filosofia social e política em sua amplitude, um contacto sempre necessário e sempre fecundo para o pensamento jurídico.

Esta perspectiva, fruto de um longo desenvolvimento teórico nos países de *civil law*, não pode ser analogamente aplicada à definição da *ratio decidendi*?

A resposta é positiva, especialmente ao se partir, como foi definido acima, da compreensão de que o conjunto de precedentes é um *sistema de fontes*, mantendo íntegro e coeso o *sistema de normas*. A norma jurídica advinda de um precedente não é diferente da que advém da lei e integra o mesmo conjunto normativo. Por conseguinte, a preocupação com o método de definição da *ratio decidendi* deve ser relativizada.¹⁶⁸

Essa percepção, muito embora careça de um maior reconhecimento, já foi apontada no próprio *common law*. Realmente, Hart reconhece que a definição de “*ratio decidendi*”, assim como a de “interpretação” e a de “*atos materiais*”, está cercada por indeterminação – uma indeterminação tida por mais complexa do que a indeterminação das regras, visto que se trata de “*termos-chave*” utilizados pela teoria. Partindo dessa questão, observa que “não há um método único de determinar a regra relativamente à qual um dado precedente dotado de autoridade funciona como autoridade”, e, nada obstante, “na vasta maioria de casos decididos há muito poucas dúvidas”. O jurista inglês, em seguida, reconhece que a “*textura aberta do direito* significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais”.¹⁶⁹ No mesmo sentido, George

167. SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia*, cit., p. 114.

168. Nesse sentido, em crítica direta aos métodos de definição dos fatos substanciais estabelecidos por Goodhart, ver: STONE, Julius. “The ratio of the ratio decidendi”, *Modern Law Review*, 1959, vol. 22, p. 597. Ver também, em crítica direta à ideia de *neccessidade* da regra estabelecida, o que remete a Cross, com análise caso: EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 53-54.

169. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 147-148.

Marshall destaca que a dificuldade, ou talvez impossibilidade, de alcançar consenso na definição de *ratio decidendi* não deve ser considerada como um reflexo da prática, pois os juristas conseguem, relativamente com um alto nível de compreensão comum, operar de forma eficaz com o sistema de precedentes em sua aplicação caso-a-caso, diferentemente de sua determinação em abstrato.¹⁷⁰

Ao construir o *stare decisis* brasileiro é importante que se dê a devida tratativa ao *método de determinação da norma do precedente*, evitando uma exacerbada preocupação na construção de formas *a priori* para definir a *ratio decidendi* e admitindo a sua dimensão argumentativa, sujeita às questões de princípio e às circunstâncias que alicerçam as razões do precedente.

Nesse sentido é a proposta de Eisenberg, analisada no ponto anterior, que valoriza o papel dos julgadores subsequentes e preocupa-se menos com a definição critérios rígidos de definição da norma do precedente. A sua proposta, ao simplesmente evitar a preocupação com o método e reconhecer a importância dos processos argumentativos posteriores, merece especial consideração no direito brasileiro. Ressalte-se que essa percepção é própria de uma teoria pós-positivista dos precedentes judiciais.

Ademais, é de se perceber que a supressão ou mitigação do problema do método é uma contribuição que as teorias sobre a construção da norma legal, incorporadas ao arcabouço técnico do direito brasileiro, devem emprestar ao problema da definição da *ratio decidendi*, quando da institucionalização do *stare decisis*. Não há razão para internalizar um grave problema teórico que já teve solução análoga apontada, ainda mais quando se destaca que o problema possui pouca, ou mesmo nenhuma, relevância prática.

Com efeito, extrair a norma de um precedente judicial dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso. Não é possível, portanto, estabelecer um método de definição da ratio decidendi (norma do precedente) como superior ou correto a priori, sua compreensão deve ser guiada à luz das circunstâncias do caso concreto e pela dimensão argumentativa do Direito. O método de definição da ratio torna-se menos importante, crescendo em relevância o controle racional da decisão que interpreta o precedente e concretiza sua norma, em perfeito paralelo à problemática da definição da norma legal.

5.5.2.4. Definindo *ratio decidendi* no sistema de normas brasileiro: regra ou princípio?

Uma questão que deve necessariamente ser abordada para a construção da teoria dos precedentes, especialmente ao tê-la como uma consequência e manifestação do neoconstitucionalismo, é a contextualização da norma gerada pelo precedente

170. MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*, cit., p. 513. Destaca, em seguida o autor: "Experienced lawyers, both practitioners and academics, are perfectly able to handle all these situations – de definição da *ratio* –, and the many variants on them that may arise, and to implement a coherent system of precedent, though it is perhaps asking too much to find any single definition of the term '*ratio decidendi*' that will do all the work that is called for in the practical setting". Ora, nada justifica essa dissociação entre prática e teoria, fazendo imperativa a reformulação desta.

171. Ver excelente exposição sintetizando o posicionamento de vários autores ingleses e norte-americanos: MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*, cit., p. 510-513.

172. TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*, cit., p. 126-127.

173. Sobre o tema: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87-89. NEVES, Marcelo. *Entre Hídria e Hércules*, cit., p. 12-20.

174. "Art. 877. Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro". A dificuldade de determinação semântico-pragmática da norma se dá pela necessidade de concretização do que configura "pagamento indevido" e o que configura "erro" suficiente para incidência da norma.

entre as espécies normativas adotadas no direito brasileiro. É trivial a distinção que se faz entre espécies de normas jurídicas, princípios e regras. Nesse quadro, deve-se responder: a *ratio decidendi* configura um princípio ou uma regra?¹⁷¹

Vale ressaltar que a pergunta que se busca responder, neste ponto, não é equívale à realizada e trabalhada anteriormente acerca do *stare decisis*. Com efeito, a preocupação anterior foi de definir a natureza normativa que enseja a obrigação de seguir precedentes, que é de princípio. A questão agora em análise é posterior: estebelecido o princípio do *stare decisis* no Brasil, as normas extraídas ou reconstruídas a partir dos precedentes obrigatórios possuem natureza de princípio ou de regra?

Poderia se afirmar que as normas dos precedentes são princípios, pois teriam uma "aptidão para a generalização", no sentido de que a norma formulada ou trabalhada pelo precedente seria aplicável posteriormente a todos os demais jurisdicionados, tratando-se então de uma "decisão de princípio". Seria, portanto, seguro afirmar que o precedente é a formulação de um princípio.¹⁷²

A proposição, entretanto, não é correta. O seu erro se dá por partir de uma premissa equivocada: tanto as regras como os princípios são dotados de algum grau de generalidade ou de universalidade, não se tratando de um critério adequado para distingui-los.¹⁷³ Entenda-se a generalidade como a quantidade de pessoas ou grupos abarcados pelo comando normativo ou como a vagueza do texto normativo do qual se constrói a norma, não há como utilizá-la para diferenciar os princípios e as regras, pois é possível que existam regras com maior generalidade que princípios no primeiro sentido (regra que estabelece o direito à vida *versus* princípio do livre exercício da advocacia no território nacional) e no segundo sentido (princípio do contraditório *versus* regra do art. 877 do CC/2002).¹⁷⁴

A proposta é insuficiente. A questão permanece.

Deve-se reconhecer, primeiramente, que o precedente judicial pode não ser sequer princípio ou regra. Como foi determinado anteriormente, há três graus de precedentes que podem ser visualizados: 1) precedentes que têm como *ratio decidendi* norma legal ou norma de precedente anterior, esses são chamados declarativos; 2) precedentes que possuem como *ratio decidendi* a norma legal ou a norma reconhecida em um precedente (*leading case*) mais uma construção da decisão judicial, especificando a aplicação da lei ou do precedente obrigatório, chamados especificadores ou determinadores; 3) precedentes que constroem uma norma a partir dos princípios jurídicos, sendo tais precedentes nomeados criativos ou originários. Na hipótese 1 não há criação de norma geral a integrar o sistema jurídico, apenas sua declaração, sem dados relevantes para sua

especificação ou melhor determinação. Nos casos classificados como 2 não há a criação de uma norma, mas a determinação ou especificação de norma anteriormente criada, seja por precedente ou por lei, ou ainda a fixação de parâmetros para sua aplicação. São nos casos incluídos 3 que a questão aqui suscitada se faz relevante.

Quando o precedente é originário, a sua *ratio decidendi* conterá, sempre, uma *regra jurídica*. Isso se dá porque não é possível resolver casos *sem* uma regra. Os princípios constituem razões *prima facie* que servem para, por meio do processo argumentativo, construção de uma regra específica, decorrente dele, que, por sua vez, solucionará o caso concreto e, em seguida, poderá ser aplicada aos casos subsequentes mediante universalização. É muito importante que se perceba: essa regra deve ser universalizada para que seja aplicada a casos similares posteriormente, o que garante o fechamento temporário e parcial do processo argumentativo de criação do Direito por princípios e, principalmente, possibilita sua racionalidade.¹⁷⁵

Nesse sentido, há, no direito brasileiro, uma regra de uso bastante comum que foi construída jurisprudencialmente, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. Os embargos declaratórios são uma espécie de recurso prevista no sistema processual brasileiro (496, IV, do CPC/1973 e art. 994, IV, do CPC/2015). Observando o CPC/1973, que nos servirá à exemplificação, ele é cabível quando: “I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal” (art. 535 do CPC).¹⁷⁶ Não há, em sua regulação pelo Código de Processo Civil pretérito, previsão de oportunidade de contraditório para o recorrido nos embargos declaratórios, apenas se prevê o prazo de 5 dias para oposição do recurso e também de 5 dias para a prolação de sua decisão (arts. 536 e 537 do CPC/1973).¹⁷⁷ Todavia, é possível que o recurso tenha efeitos infringentes, isto é, que a sua decisão venha a modificar substancialmente a decisão

175. Assim: NEVES, Marcelo. *Entre Hídras e Hércules*, cit., p. 169. No que se refere aos precedentes, defendendo a universalização: MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are*, cit., p. 162-165. Vale destacar que universalizar a norma não quer dizer que seu conteúdo será exatamente igual ao proposto no precedente. É necessário ter em mente que o processo de universalização é um processo interpretativo, e, como tal, possui algum grau de criatividade. Portanto, embora seja devido comprometimento com o texto do precedente, não há um comprometimento absoluto do juiz subsequente com o texto ou os termos do precedente (p. 165).

176. No CPC/2015, lê-se no dispositivo correspondente:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissão a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

177. O exemplo não pode mais ser dado no CPC/2015, que passa a prever o prazo para contrarrazões:

Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

§ 1º Aplica-se aos embargos de declaração o art. 229.

§ 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada.

recorrida e, assim, cause prejuízo à parte contrária. Procedendo-se conforme os dispositivos normativos, sem a criação de uma regra que preveja a abertura de prazo equânime para o recorrido nessas específicas hipóteses, acabar-se-ia admitindo uma ofensa clara ao princípio do contraditório. Assim, para impedir que seja prolatada decisão em desfavor de um sujeito parcial sem a possibilidade de influenciá-la, ferindo assim o contraditório, criou-se, a partir desse princípio, a regra jurisprudencial que determina a intimação do recorrido nos embargos declaratórios com efeitos infringentes, para que, em 5 dias, ofereça contrarrazões.¹⁷⁸

No exemplo analisado, o princípio do contraditório foi aplicado ao caso para que, na aplicação do CPC/1973, se construísse a regra de que é indispensável a intimação do recorrido nos embargos de declaração com efeitos modificativos para que, no prazo de 5 dias, ofereça resposta ao recurso. O princípio é o contraditório, a regra gerada é o da intimação nos embargos de declaração com efeitos infringentes. A regra aplicada no caso concreto deve ser, em seguida, universalizada, aplicando-se a todos os casos similares.

Como se percebe, a norma do precedente ensinará sempre uma regra. Trata-se do estabelecimento de um modelo que constitui argumento suficiente para a tomada de decisão nos casos posteriores, dotado de difícil superação.¹⁷⁹

Isso não significa, entretanto, que princípios jurídicos não possam ser também *ratio decidendi* da decisão. Um precedente originário há de ter sempre uma regra jurídica, o que não equivale a dizer apenas uma regra.

Realmente, é bem possível que princípios sejam enunciados jurisprudencialmente, como se viu ser realizado no direito brasileiro, por exemplo, com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, concretizados através do devido processo legal substancial (art. 5º, LV, da CF/88).¹⁸⁰ Esta é, em geral, a situação dos princípios que se convencionou chamar de constitucionais implícitos. Quando há *ratio deci-*

178. Confira-se a seguinte ementa, representativa da longa linha de precedentes quanto ao tema: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOHIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. EFEITOS INFRINGENTES. NÃO INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. VÍCIO INSANÁVEL. NULIDADE. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. NECESSIDADE. DECISÃO RECONSIDERADA. 1. “A atribuição de efeitos modificativos aos Embargos de Declaração reclama a intimação prévia do embargado para apresentar impugnação, sob pena de ofensa aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Precedentes do STJ: Resp 1.080.808/MG, Primeira Turma, DJe 03.06.2009; EDCI nos EDcl no RMS 21.719/DF, Primeira Turma, DJe 15.12.2008; EDCI no RMS 21.471/PR, Primeira Turma, DJ 10.05.2007; HC 46.465/PR, Quinta Turma, DJ 12.03.2007” (EDcl nos EDcl no Resp n. 949.494/RJ, Primeira Turma). 2. O acolhimento pelo Tribunal de origem de embargos declaratórios com efeito modificativo e sem a prévia intimação da parte embargada enseja nulidade insanável. 3. Agravo regimental provido para, reconsiderando-se a decisão agravada, anular o julgamento dos segundos embargos de declaração (fls. 880/886) e determinar a abertura de vista à parte agravada para que se manifeste acerca do conteúdo da petição dos embargos de declaração de fls. 798/804 (BRASIL – Superior Tribunal de Justiça – AgrReg no Resp 1157052 / PI, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 18/06/2013, publicado no DJe em 27/06/2013).

179. Aproximadamente: BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*, cit., p. 336.

180. Com efeito, as normas ditas implícitas, por requerimento do Estado do Direito, precisam de institucionalização. Isso é feito pelo precedente judicial obrigatório, que, em sentido institucional, o adotado neste trabalho, cria a norma jurídica. Todavia, a retórica dominante nega isso, “como subterfúgio para justificar a integridade del ordenamiento, se parte de la pre-existencia de unos principios implícitos y una costumbre general, que el juez se limitaría a constatar y a deducir racionalmente, omitiendo toda labor creativa, tal como sostenía, dentro de los propios sistemas anglosajones, denominada teoría declarativa” (MUNOZ, Martín Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, cit.,

dendi com natureza de princípio, importa perceber, não há uma única norma do precedente. Não, é imprescindível, ao menos, que existam duas *rationes decidendi*, uma com natureza de princípio e outra de regra. Nesses casos, há a concretização do princípio e, em seguida e necessariamente, a concretização de uma regra para o caso, que constitui expressão do princípio enunciado.

Realmente, todo precedente judicial criativo ou originário conterá imprescindivelmente uma regra jurídica. É possível, ademais, que exista mais de uma *ratio decidendi*, e uma delas pode vir a ser um princípio, que constitui fundamento necessário para a construção da regra regente do caso. Portanto, *ratio decidendi* é a norma jurídica construída para o caso concreto, podendo ser tanto uma regra como um princípio.¹⁸¹ Cumpre notar, entretanto, que haverá, em cada precedente obrigatório, pelo menos uma *ratio* que constitui norma-regra.

Sendo assim, a resposta à natureza jurídica da *ratio decidendi* dos precedentes brasileiros não é precisa, no sentido de determinável *a priori*, e carece de avaliação caso a caso, em conformidade com o conteúdo do precedente judicial. Primeiramente, é necessário que se determine se o precedente em questão criativo ou não. Ainda quando o precedente for criativo, não há uma única resposta: haverá uma *ratio* que constitui regra, mas pode existir, adicionalmente, um princípio jurídico.

5.5.2.5. *Ratio decidendi* e hierarquia de normas

O precedente é uma fonte, assim como a lei, e a sua norma não deve ser compreendida de forma apartada do restante do sistema jurídico brasileiro. Assim, questão importante é determinar qual o nível hierárquico das normas advindas dos precedentes judiciais. Muito embora o precedente, em termos, seja *subordinado* à legislação, essa preocupação é essencial para solucionar antinomias. A legislação posterior revoga o precedente judicial em contrário, desde que este seja do mesmo nível hierárquico daquela.¹⁸²

Isso, todavia, nem sempre será correto, é possível que exista um precedente de hierarquia superior à da lei, como no caso de um precedente de densidade constitucional. Bem vistas as coisas, a relação entre precedente e atos normativos (Constituição e leis, sobretudo), antes de ser de *subordinação*, é de *complementação*.¹⁸³

Portanto, a determinação hierárquica da *ratio decidendi* é relevante para responder algumas perguntas como: havendo conflito entre uma norma legal e uma norma de precedente, qual deve prevalecer?

Mais uma vez, não há uma resposta correta *a priori*, porque a hierarquia da norma do precedente é variável e circunstancial. As normas institucionalizadas

p. 64). Manifestando-se em contrário à existência do chamado “devido processo substancial”. ÁVILA, Humberto. *O que é “devido processo legal”?*, cit., p. 56-57.

181. Assim: MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are*, cit., p. 156.

182. Ressaltando a subordinação do precedente à legislação: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 173.

183. STEINER, Eva. *Theory and practice of judicial precedent in France*. In: Fredie Didier Jr; Leonardo Carneiro da Cunha; Jaldemiro Rodrigues de Atalide Jr; Lucas Burlit de Macêdo (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 39-44.

por precedentes judiciais sempre fazem referência a outras normas do sistema jurídico, que determinarão a sua hierarquia. De fato, pode-se concretizar uma norma do precedente a partir de um princípio constitucional, outrossim, a *ratio decidendi* pode constituir uma especificação de uma regra infraconstitucional ou, até mesmo, infralegal. *A hierarquia da norma do precedente dependerá do referente para a sua construção*.

Ressalta-se que identificar o status hierárquico do precedente judicial é importante para compreender a viabilidade dos meios de sua modificação ou superação pelo processo legislativo. Por outro lado, a questão possui pouca relevância quanto à superação judicial da norma do precedente (*overruling*).

Alguns exemplos de normas jurisprudenciais podem esclarecer bem o tema. Nos precedentes dos Recursos Especiais 2.964-RJ,¹⁸⁴ 28.599-MG,¹⁸⁵ 50.956-GO,¹⁸⁶ o referente normativo foi infraconstitucional, o que garante ao precedente status hierárquico de lei, para fins de sua modificação ou superação pelo legislador. Muito embora o art. 4.º do Código de Processo Civil de 1973 tenha estabelecido os casos em que é possível propor ação declaratória, que são os que tratam de “existência ou da inexistência de relação jurídica” ou de “autenticidade ou falsidade de documento”, houve construção jurisprudencial, naqueles precedentes, que posteriormente fundamentaram o enunciado 181 da Súmula do STJ, admitindo ação declaratória sobre a “exata interpretação de cláusula contratual”.¹⁸⁷ Então, a interpretação de cláusula contratual pode ser objeto de ação declaratória, apesar de não existir previsão legal; o que foi estabelecido mediante criação jurisprudencial do Direito. Como essa norma tem referente no art. 4.º do CPC/1973, seu status é infraconstitucional, podendo vir a ser modificada pelo Legislativo por meio de lei ordinária.¹⁸⁸

É também possível a existência de precedentes que possuam status constitucional para fins de sua modificação ou superação pelo legislador. Pense-se nos já mencionados princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade.¹⁸⁹ Eles têm como referente normativo o devido processo legal (art. 5.º, IV, da CF/88), o que torna tais princípios atribuídos à Constituição Federal. São

184. BRASIL – STJ – Recurso Especial 2964-RJ; Quarta Turma, Relator Ministro Athos Gusmão Carneiro, julgado em 12/08/1991, publicado no DJ em 01/03/1993, p. 2529.

185. BRASIL – STJ – Recurso Especial 28599-MG; Quarta Turma, Relator Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira, julgado em 06/12/1994, publicado no DJ em 20/03/1995, p. 6120.

186. BRASIL – STJ – Recurso Especial 50956-GO; Terceira Turma, Relator Ministro Nilson Naves, julgado em 13/09/1994, publicado no DJ em 10/10/1994.

187. BRASIL – STJ – Corte Especial – Súmula 181: “É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto a exata interpretação de cláusula contratual”. Decidido em 05/02/1997, Publicado no DJ em 17/02/1997, p. 2231.

188. Embora o referente normativo tenha sido modificado, que passa a ser o art. 19 do CPC/2015, não houve modificação relevante, pelo que a norma jurisprudencial é recepcionada.

189. Sobre tais princípios, ver: BRASIL – STF – ARE 745462 Agr/GO; Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 17/09/2013, publicado no DJ em 07/10/2013. BRASIL – STF – AC 1091 Agr/GO; Primeira Turma, Relator Ministro Carlos Menes Lúcia, julgado em 02/03/2007, publicado no DJ em 23/03/2007. BRASIL – STF – ADI 1922 MC/DF; Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 06/10/1999, publicado no DJ em 24/11/2000. Ressalte-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foram consagrados no art. 2.º da Lei 9.784/99.

precedentes constitucionais, portanto. Isso significa que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são princípios constitucionais, muito embora tenham sido institucionalizados no ordenamento jurídico mediante precedentes judiciais. Assim, esses princípios, assim como as demais *rationes decidendi* com referente constitucional, somente podem ser modificados por Emenda à Constituição; todavia, o dever do Estado de agir com razoabilidade e proporcionalidade deve ser visto com um direito individual, portanto, são inválidas a mudanças tendentes à sua abolição (art. 60, §4.º, IV, da CF/88).¹⁹⁰

Consequentemente, para que precedentes constitucionais sejam modificados, não basta a prolação de lei ordinária ou complementar em sentido contrário, que seria flagrantemente inconstitucional. A única forma de veicular mudança pelo Legislativo – fortalecendo, ajustando ou reduzindo a força de tais princípios – é a proposta de emenda constitucional, atentando-se que caso se trate de norma protegida como cláusula pétrea, é vedada a modificação redutora. Nesses casos, como se percebe, o precedente judicial (constitucional) é uma expressão da força da Constituição e acaba por vincular os demais órgãos constitucionais.¹⁹¹

5.5.2.6. *Precedentes com várias rationes decidendi*

No *common law*, há uma preocupação especial com precedentes que possam gerar duas ou mais *rationes decidendi*. Isto porque o *stare decisis* está essencialmente ligado à limitação do poder criativo do julgador, e a permissão para exarar mais de uma norma por precedente poderia dar uma latitude exagerada à criação judicial do direito, que poderia levar o juízes a se arvorar a considerar questões teóricas ou desvinculadas aos casos para formar precedentes obrigatórios.¹⁹²

A questão é problemática, entretanto. Pense-se nos casos em que duas ou mais razões são dadas para a solução do caso, sendo ambas autônomas e suficientes para a decisão. Ao se compreender que a cada precedente só é dado possuir uma única *ratio decidendi*, os juízes subsequentes se veriam na complexa situação de ter de escolher uma das duas razões de decidir do precedente como vinculante e relegar a outra ao esquecimento, por mais importante e correta que seja. Essa possibilidade de opção por uma das *rationes decidendi*, inclusive, é vista por alguns autores como o ato propriamente criador do direito.¹⁹³

190. Igualmente definindo “princípios implícitos” como manifestação da criatividade judicial disfarçada de uma retórica de permissão ou intenção do legislador, utilizando-se da ideia de “potere normativo”, ver: CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile – Metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 67-68.

191. Apesar de não ser matéria pacífica, o Tribunal Federal Constitucional alemão já decidiu nesse sentido: “A decision that declares a law void has not only force of statutes (s. 31 (1) BVerfGG) but, according to s.31 (1) BVerfGG, it is also binding upon all federal constitutional bodies by the reasons supporting the decision (mit den transenden Entscheidungengründen) inssofar as a federal law of the same content can not be enacted once more (BVerfGE 1, 12 (15))” (Cf. ALEXI, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*, cit., p. 26).

192. Nesse sentido, com estas preocupações: CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent*. Prize essay of the New York Bar Association, awarded January 10, 1885. New York: Baker, Voorhis & Co Publishers, 1885, p. 10-11.

193. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 241-245.

Afora a clara dificuldade que o problema já envolve por si, esta concepção cria clara confusão e prejuízo à segurança dos jurisdicionados, que não poderão se guiar por nenhuma *ratio decidendi* enquanto não houver sua confirmação.

Deve-se reconhecer que, atualmente, o problema vem sendo tratado de forma mais adequada, possibilitando-se que o tribunal afirme mais de uma *ratio* em um único precedente. De fato, a *Court of Appeal* já afirmou que é impossível tratar uma proposição que o tribunal declarou ser um ponto distintivo e fundamental para a decisão como um mero *dictum* simplesmente porque existe outro fundamento sobre o qual, unicamente, seria possível a decisão. Todavia, percebe-se que em muitos casos há certa resistência em reconhecer uma segunda *ratio*.¹⁹⁴

Ainda que a questão se revele problemática no *common law*, no direito brasileiro não há razões para a importação de qualquer dúvida. Aqui não só é plenamente possível como também comum que uma decisão judicial tenha mais de uma *ratio decidendi*.¹⁹⁵ A percepção da questão se dá em dois níveis.

Primeiramente, no *common law*, não se dá muita importância para a matéria processual decidida no precedente, o foco é dado à parcela da decisão que se destina à solução do caso, ou seja, que trata de direito material.¹⁹⁶ Essa configuração, baseada em um verdadeiro dogma dessa tradição, não merece ser acolhida no sistema brasileiro. Com efeito, as questões processuais guardam muita importância no direito brasileiro e não raro elas se repetem, o que justifica a adoção de precedentes obrigatórios em matéria processual, como por exemplo, a fixação da competência sobre certos casos nos quais tenha sido suscitado conflito, a especificação de certos requisitos processuais ou de seu preenchimento, como os documentos fundamentais no agravo de instrumento, e a existência de repercussão geral, decisão já dotada de efeitos gerais. Como o fundamento dos precedentes obrigatórios é a segurança jurídica, nada justifica sua supressão quanto às questões processuais, eis que as mesmas razões de segurança apresentam-se para sua adoção.

No direito brasileiro, portanto, as questões processuais efetivamente discutidas e decididas adequadamente formam precedentes obrigatórios.¹⁹⁷

O segundo ponto está relacionado à cumulação de ações.¹⁹⁸ Quando o autor veicula mais de uma ação em um mesmo processo, e todas vêm a ser decididas em

194. Inglaterra – Court of Appeal – *Commissioner of Taxation for New South Wales v. Palmer*, Lord Macnaghten, 1907, p. 184.

Sobre isso, ver CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 81-84.

195. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 260-261.

196. Rupert Cross ressalta que “the obligation to follow precedents is not felt to be so strong in the context of procedural and jurisdictional law as it is in matters of substantive law” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 121).

197. “As questões preliminares, necessárias para se chegar à análise do mérito ou do próprio caso, dão origem a decisões que obviamente têm plenas condições de oferecer uma *ratio decidendi*, caracterizando-se como precedentes a serem observados no futuro. Assim, por exemplo, a decisão acerca da competência da Corte para decidir determinada matéria, a decisão sobre hipótese de admissibilidade de recurso ou a decisão a respeito de pressuposto para o manejo da ação rescisória, para não se falar de inúmeras outras situações, todas elas carentes de estabilização por meio de precedentes” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 261).

198. Aqui está no sentido de ação material e não de “ação” processual. Sobre o termo, ver: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 4. ed. São Paulo: RT, 1983, tomo V, p. 477-505. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição*,

uma única sentença – em sentido formal –, o ato ainda assim é substancialmente complexo. É dizer, existem várias decisões em uma única sentença.¹⁹⁹ Cada ação material decidida terá uma respectiva *ratio decidendi*. Não há razão, no sistema jurídico brasileiro, para impedir a formação de mais de uma *ratio decidendi* em um mesmo processo, visto que a cumulação de ações é tema amplamente estudado e compreendido no ordenamento pátrio. Negar essa possibilidade, encartada na legislação processual pátria, é descartar todo o trabalho dos juízes, sem qualquer razão plausível, eliminando as vantagens do *stare decisis* quanto à parte da decisão que não for reconhecida como formadora de norma pelo juiz subsequente.

Há, além disso, clara desconformidade com a própria finalidade do instituto: ao invés de gerar segurança, impedir que todos os capítulos da decisão gerem uma *ratio*, quando formados mediante respeito ao devido processo legal, é criar insegurança, na medida que os jurisdicionados não terão sequer como saber qual parcela da decisão efetivamente vinculará.

No direito brasileiro, consequentemente, há de se reconhecer que podem se formar tantas normas do precedente quanto são os capítulos da decisão, ou até mesmo mais, caso seja possível extrair princípio e regra de um mesmo capítulo.²⁰⁰

A ideia deve ser sintetizada a partir de uma teorização relativamente pacífica entre os juristas brasileiros, a da possibilidade de existência de vários capítulos em uma mesma decisão.²⁰¹ Ao se compreender que, em uma única decisão, como ato formal, é possível a existência de vários capítulos, inclusive dotados de autonomia, torna-se impossível a proibição de várias *rationes decidendi*. Realmente, é bem plausível que exista uma cumulação de ações (materiais), ensejando que a justificação da decisão de cada um dos respectivos capítulos assumam uma *ratio decidendi* distinta.²⁰²

Portanto, não há razão para incorporar dogmas injustificados do *common law*, o direito brasileiro pode trabalhar com parcimônia com a concepção de várias

direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 90-101. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da ação material*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 105-189.

199. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 15-18.

200. Nesse sentido, embora fale em cumulação de pedidos e cumulação de causas de pedir (que são reunidas, juntamente à cumulação subjetiva, à cumulação de ações): MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 261-263.

201. “Capítulo de sentença, locução já em alguma medida integrada ao vocabulário do processualista brasileiro, é tradução da fórmula italiana *capo di sentenza*. Trata-se das partes em que a sentença comporta uma decomposição útil, sendo indiferente para os italianos o emprego dos vocábulos *parte* o *capo* – com a ressalva de que este último figura ali no significado de *chefe*, tanto quanto na locução francesa equivalente, *chef de jugement* (ou *chef de décision*). Os italianos empunham-se na busca do conceito dos *capitoli de sentenza*, na interpretação de dispositivos do seu Código, onde se fala em *partes* desta (c.p.c., arts. 329 e 336). O Código de Processo Civil brasileiro só em *passant* fala em partes da sentença, quando, na disciplina da execução provisória, alude à sentença “modificada ou anulada em parte” (art. 475-O, § 1º)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*, cit., p. 13).

202. O ponto foi percebido por Muñoz, embora sem qualquer referência à ideia de capítulos ou algo que o valha: “Que dentro de uma mesma sentença concurren tantas *rationes decidendi* como decisiones se adopten em el fallo. Así, en una sentencia estimatoria de un recurso de casación es fácil apreciar, como mínimo, una (o varias) *ratio decidendi* para el fallo rescidente, otra (o varias) *ratio decidendi* para el fallo rescisorio y otra *ratio decidendi* para el pronunciamiento sobre las costas. En tales supuestos, cada *ratio decidendi* tendrá su correlativa eficacia vinculante sobre los casos posteriores en los que se plantee una cuestión de hecho asimilable a la resuelta en el respectivo fallo” (MUÑOZ, Martín Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, cit., p. 198).

rationes decidendi por precedente, e não deve se abster de trabalhar com normas processuais advindas do precedente judicial. Para a operação com múltiplas normas em um único precedente, é valiosa a compreensão da teoria dos capítulos de sentença, que decompõe a decisão, formalmente única, em decisões materiais, chamadas de capítulos. Cada um dos capítulos pode, realmente, dar ensejo a uma, e excepcionalmente mais, norma do precedente.

5.5.2.7. Precedentes sem nenhuma *ratio decidendi*

É possível que, após prolatada a decisão, seja extremamente difícil ou impossível identificar qual a *ratio decidendi* utilizada para que se chegasse à conclusão, e, desse modo, torna-se inviável a reconstrução da norma do precedente. Com isso, a eficácia obrigatória do precedente judicial resta prejudicada: a norma que ele implica é obscura e, por isso, impossível de ser compreendida e aplicada. Assim, embora se fale em casos *sem ratio*, trata-se, na verdade, de casos em que sua interpretação não pode ser feita de forma adequada.

A inexistência de *ratio* em precedentes pode ter duas causas: 1) fundamentação deficiente; 2) inexistência de fundamento vencedor.

A primeira hipótese de ausência de *ratio decidendi* está nos casos onde há problemas na fundamentação. Muito embora a norma do precedente não se confunda com o texto da fundamentação, alguma clareza neste é indispensável para a compreensão da norma jurídica criada ou especificada pelo precedente. Há, nesses casos, falha na técnica judicial de prolação de decisão que ensaje a impossibilidade de construção de uma norma a partir do precedente. Os precedentes judiciais estão estritamente ligados à ideia de segurança, que abrange a cognoscibilidade, isto é, a possibilidade de conhecer as normas jurídicas que obrigam os jurisdicionados. Neste passo, seria um desmedido contrassenso, e uma agressão à segurança e ao Estado de Direito, estabelecer a vinculação das pessoas a uma norma jurídica que não é sequer possível compreender.²⁰³

Ressalte-se que a fundamentação não é essencial para a *existência* do precedente. O precedente existe ainda que a fundamentação não seja satisfatória. A *ratio decidendi* deve ser compreendida de acordo com a construção dos fatos e a decisão alcançada, caso seja possível. Todavia, há de se reconhecer, mesmo nos casos em que é efetivamente possível compreender a norma do precedente quando sua fundamentação é deficiente, ela não possuirá muita força. A fundamentação, portanto, está diretamente ligada à intensidade da autoridade do precedente.²⁰⁴

Outra hipótese de precedentes sem *ratio* se dá nos casos de julgamento coletivo, quando a decisão alcançada se dá em determinado sentido, por maioria ou unanimidade, mas, ainda assim, inexistente um fundamento predominante.²⁰⁵ É dizer,

203. Nesse sentido: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 93.

204. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*, cit., p. 47-48.

205. A *House of Lords*, no caso *Harper v N. C. B.*, concluiu que, muito embora o precedente *Central Asbestos Ltd. v Dodd* fosse aplicável, ele não possuía uma *ratio decidendi* discernível. Sobre o caso, conferir: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 71-74.

embora os juízes alcancem o mesmo resultado, as razões determinantes para isso são diferentes, o que acaba por eliminar a possibilidade de construção de uma norma a partir deste tipo de decisão. Assim, mesmo obrigatório o precedente, quando a decisão for tomada sem um consenso mínimo quanto às suas razões, não se forma a sua norma, já que é impossível coligi-la de forma não arbitrária.²⁰⁶

5.5.2.8. *Precedentes em que a ratio decidendi é a norma legal*

Existem casos, conforme defendido acima, em que a razão de decidir, ou a norma da decisão, é a própria norma legal.

Nestes casos são duas as hipóteses, ou o precedente não cria norma alguma e não serve como fonte do direito, ou o precedente especifica a aplicação da norma legal, sendo pouco criativo e servindo como parâmetro obrigatório para a aplicação da lei.

No primeiro caso, a decisão se limitou a destacar alguma regra legal e, assim, não acrescenta qualquer elemento criativo contributivo para a aplicação da norma geral. Assim, não se justifica tomar o precedente como referente para aplicações posteriores, que devem residir, com continuidade, na lei. A eficácia do precedente não adiciona qualquer dado para o sistema jurídico, e, por isso, não se deve tomá-lo como padrão para as futuras decisões.

No segundo caso, a decisão judicial, muito embora parta da legislação, adiciona elementos relevantes para a sua aplicação, o que enseja a sua inclusão no sistema de fontes. Desse modo, o precedente passa a, ao lado do dispositivo legal interpretado, configurar como referente normativo. Os casos de colaboração criativa entre precedente judicial e lei são os mais comuns em sistemas de *civil law*.

Nesse ponto, é importante notar que o precedente interpretativo, como comumente é conhecido o precedente especificador ou determinativo, garante maior certeza à aplicação da lei. Esses precedentes clarificam expressões da lei, estabelecem se determinado grupo de fatos podem ser categorizados de maneira a satisfazer a hipótese fática da norma e fixam parâmetros para estabelecer as consequências imputadas ao fato jurídico. Os precedentes institucionalizam significados atribuídos à lei. Com isso, a aplicação nos casos posteriores deve se reportar à aplicação que foi feita nesta espécie de precedente, que possui extrema importância para a uniformização das decisões e para a segurança jurídica.²⁰⁷

5.5.2.9. *Notas conclusivas*

A definição de *ratio decidendi* é bastante problemática, sobretudo no que toca à sua identificação no momento de sua aplicação. Muito embora esse problema seja crítico no

206. "Where a majority of judges agree as to the decision but disagree as to the correct grounds for the decision, extracting a *ratio decidendi* from the case may be an arbitrary exercise" (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 73).

207. É de se notar que a mesma preocupação é demonstrada na Inglaterra, sobre o tema ver: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 180. A preocupação do autor, no sentido de que a mesma palavra seja interpretada no mesmo sentido em leis diferentes, demonstra a maior rigidez e canonicidade na interpretação da lei no direito inglês, que não deve se repetir no direito brasileiro.

common law, não há necessidade de internalizá-lo, quando da adoção do *stare decisis*. A doutrina dos precedentes brasileira precisa ser construída com vistas às soluções teóricas já fornecidas, dentre elas há o afastamento do *metodologismo*, importantíssima no ponto, que precisa ser aplicada analogamente aos precedentes obrigatórios.

Dessa forma, vale a pena conhecer os métodos de definição da *ratio decidendi*, todavia, desimportante é adotar um único como o *correto* ou *mais importante*, já que a definição da norma do precedente será realizada no caso posterior, de fato, a partir de critérios para distinções, do restante do corpo normativo e, sempre, de forma argumentativa. Assim, a definição da norma do precedente é eminentemente argumentativa, passa-se do *texto do precedente* para a sua norma, a *ratio decidendi*, mediante um processo de concretização, interpretativo e colaborativo, que não pode ser enlaçado por critérios metodológicos *a priori*. Definir a *ratio* se faz pela argumentação, e seu controle deve ser feito na fundamentação da decisão.

Diante de todo o exposto, visualizam-se três formas de argumentação a partir dos precedentes com foco em sua *ratio decidendi*: 1) o *modelo de analogia particular*, segundo o qual o precedente serve como modelo para a decisão do caso concreto, especialmente a partir da identidade do caso com os fatos substanciais analisados no precedente judicial; 2) o *modelo de afirmação de regra*, conforme o qual uma regra é compreendida do precedente, tentando precisar sua hipótese fática e aplicar ao caso concreto sob análise, exceto quando é possível fazer uma distinção entre eles; 3) o *modelo de afirmação de princípio*, extrai-se um princípio do precedente que pode ser relevante para a solução do caso concreto, especialmente se houver similitude fática entre os fatos substanciais do precedente e do caso subsequente.²⁰⁸

5.5.3. *Obiter dictum*

Obiter dictum, ou simplesmente *dictum* é a parte das razões que não possuem importância para a solução do caso e, por isso, pode-se afirmar que *é parte do precedente obrigatório impréstável para a construção de sua norma*.²⁰⁹ Um *obiter dictum* é, conforme o significado da expressão, um argumento incidental.²¹⁰ Costuma-se definir o *obiter dictum* por exclusão: *é dictum* tudo aquilo que não se configura como *ratio decidendi*.²¹¹

208. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. "Rationales for precedent". MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 497. Saliente-se que o uso dado pelos autores não é equivalente ao que empregamos, modificado significativamente. Os autores compreendem tais modelos como referentes a diferentes sistemas jurídicos, embora possam estar presentes todos ou dois em um mesmo sistema. Ademais, a descrição das três formas de argumentação é diferente, sobretudo quanto à terceira hipótese.

209. "A un superficiale esame, pertanto, per 'obiter dictum' si intende un enunciato – esprime una regola di condotta, un'interpretazione, un'argomentazione o un frammento di argomentazione in diritto, ecc. – espressamente formulato all'interno di una sentenza, in quale risulti però del tutto irrilevante ai fini della decisione adottata" (CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile*, cit., p. 150).

210. Seria "saying by the way", cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 68.

211. MARSHALL, Geoffrey. "What is binding in a precedent". MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 515. Deve-se notar, todavia, que a definição de *obiter dictum* depende da concepção de *ratio decidendi*, cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 76-77.

A ideia de *obiter dictum* é importante justamente por excluir da geração do precedente as partes da decisão que não foram objeto da argumentação das partes, geralmente possuindo pouca importância para a solução da causa, mas que vieram a ser consignadas no ato decisório.²¹² Assumir que é possível a construção de uma norma a partir de fundamentos que não foram objeto do contraditório, no sistema jurídico brasileiro, não é lido. O efetivo debate dos sujeitos parciais é requisito para a *eficácia* do precedente judicial, e não pode ser descuidado. Note-se: o precedente só pode gerar vinculação quando houver participação dos sujeitos parciais. Ademais, o *obiter dictum* geralmente não é debatido sequer entre os próprios julgadores, constando apenas dos arrazoados de um único julgador, nos órgãos colegiados do Judiciário. Justamente por constituir argumentos de passagem, laterais ou de mero reforço das razões principais, essa parte da decisão recebe pouca atenção dos julgadores, e, também por isso, não pode ser utilizada como referente normativo.²¹³

Assim, são comumente fundamentos classificados como *obiter dicta*: pontos levantados, mas não decididos no caso, argumentos construídos a partir de casos hipotéticos, fundamentos sobre pontos não levantados pelos sujeitos parciais e fundamentos gerais sobre o direito ou qualquer outra ciência.²¹⁴

No direito brasileiro, ademais, pela boa utilização de conceitos processuais, é possível definir como *obiter dictum* os fundamentos que se refiram a pedidos não realizados e a causas de pedir não formuladas, pois extrapolam a ação exercida pelo autor e debatida pelo réu, o que faz ilegítimo o precedente nesses pontos.²¹⁵ É dizer, decisões *extre* ou *ultra petita* não podem formar *ratio decidendi*. Essa percepção deve ser bem compreendida, pois não é dado ao Judiciário agir como se Legislador fosse: a construção das normas jurisprudenciais é legitimada pelas virtudes passivas dos juízes,²¹⁶ devendo eles decidir apenas os pontos realmente postos à jurisdição, em atividade dialeticamente colaborativa com as partes (art. 927, §1º, do CPC/2015).

Caso contrário, o Judiciário poderia se por a decidir as questões mais variadas, independentemente de provocação, de acordo com sua conveniência e desapegado de qualquer caso. Essa forma de atuação fere a própria razão de ser das construções normativas realizadas judicialmente, e, assim, também a sua legitimação, o que acaba por afrontar a separação de poderes.

Diante disso, reconhece-se que a função do *obiter dictum* é evitar a construção de normas jurisprudenciais de forma ilegítima, suplantando as garantias fundamentais relativas à formação do precedente.

212. Os juízes costumam consignar expressões características. Exemplificativamente, o termo “*semble*” é utilizado principalmente para indicar que se trata de um *obiter dictum*. Nesse sentido: BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary*. Bryan A. Garner (ed.). 8. ed. St. Paul: West, 2004, p. 4244.

213. SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States* (New York State), cit., p. 384-385.

214. MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*, cit., p. 515.

215. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 280-281.

216. Sobre o ponto: CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 73-77. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 4-5.

Muito embora o *dictum* não possua força obrigatória, é-lhe devido o reconhecimento de eficácia persuasiva, que é variável.²¹⁷ A sua força depende do tribunal do qual emanou, da argumentação que lhe fundamenta, das características de sua formação, do seu acolhimento na doutrina e da influência e autoridade do julgador de quem emanou.²¹⁸

Não é inadequado, e não é incomum no *common law*, que o *obiter dictum* seja, nos casos posteriores, transformado em *ratio decidendi* – para o que, obviamente, é indispensável o cumprimento do devido processo. Nessa hipótese, o julgador subsequente, ao observar determinado precedente, torna o seu *obiter dictum* do caso passado a *ratio decidendi* de sua própria decisão, o que enseja a sua elevação ao *status* da norma.²¹⁹

Além disso, muitas vezes o *obiter dictum* serve para sinalizar uma distinção importante ou a vindoura superação, o que pode facilitar a correspondência entre as decisões dos juízes e tribunais inferiores aos tribunais superiores, ao prever o comportamento destes.²²⁰

Ainda sobre a força persuasiva do *dictum*, faz-se a distinção entre mero ou simples *dictum*, argumentos *en passant* que não são importantes sequer como in-formação complementar (*obiter inutiliter dicta*), e o *dictum* argumentativo, isto é, argumentos relacionados com a fundamentação essencial para a decisão do caso, que não se confundem com a *ratio decidendi*, mas que a complementam de forma relevante ou servem como suporte (*obiter utiliter dicta*). Essa divisão teria importância, pois o simples *dictum* seria ineficaz como norma jurídica ou sua especificação, enquanto o *dictum* argumentativo revelaria força obrigatória, já que seriam valorações jurídicas realizadas pelo tribunal e constitui, em extensão significativa, precedente com autoridade.²²¹

Não se adota essa distinção. A divisão do *obiter dictum* em duas ou mais espécies é desnecessária e confusa. A rigor, a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* toma em conta não só a fundamentação do tribunal, mas a conexão entre esta fundamentação e os argumentos deduzidos pelas partes. Em outras palavras: a atividade dos sujeitos parciais no processo é de extrema relevância para legitimar a formação da norma jurídica do precedente. Separar *ratio decidendi* de *obiter dictum* é prática que se baseia no devido processo, ou seja, no seu cumprimento ou não cumprimento para a formação de norma jurídica. Ora, se algo constitui *obiter dictum*, não pode

217. “It is a truism upon which there is no need to enlarge that dicta are of varying degrees of persuasiveness” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 77).

218. Assim: ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes*, cit., p. 88.

219. Assim: BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*, cit., p. 338. MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*, cit., p. 515-516.

220. Nesse sentido: CAMINKER, Evan H. “Precedents and Prediction: The forward-looking aspects of inferior court decision-making”. *Texas Law Review*, Vol. 73, N. 1, 1994, p. 75. SELLERS, Mortimer N. S. “The doctrine of precedent in the United States of America”. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, p. 72.

221. Similantemente: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 81. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 238-239. CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile*, cit., p. 184-185. A concepção foi adotada pela Corte Constitucional espanhola, cf. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. *Precedent in Spain*, cit., p. 280-281.

ser considerado vinculante sem ofensa ao devido processo legal, pois estaria a Corte autorizada a determinar normas independentemente da atividade determinativa e da argumentação das partes no processo, eliminando as “virtudes passivas” do juiz.

Além disso, a partição de *obiter dictum* de acordo com sua força persuasiva, distinguindo aqueles que são *mais* persuasivos daqueles que são *menos*, é uma divisão quantitativa, e, assim, não essencial. Ademais, é pouco provável conseguir precisar o grau de força persuasiva que os *obiter dicta* apresentarão nos casos subsequentes, pois depende tanto das circunstâncias que se apresentem como da argumentação perpetrada pelas partes, dados que são sempre contingenciais.

Todavia, destaque-se, isso apenas invalida a pretendida divisão como forma de mensurar *a priori* a força persuasiva imputada ao *obiter*, com o que não se pode concordar, mas nada obsta a sua utilização como forma de classificação dos fundamentos *in concreto* do precedente, isto é, como forma de avaliar como o *obiter dicta* foi utilizado no precedente que lhe originou.

Finalmente, é possível que o julgador, ao analisar determinado precedente, caracterize a *ratio decidendi* como *obiter dictum*, isto é, trate a norma do precedente como se não fosse obrigatória. Geoffrey Marshall trata esse caso como de *dictum* que é uma *ratio decidendi* putativa, reduzida de nível pelos julgadores subsequentes. Esta seria uma forma de evitar o precedente, tornando-o mais fraco e flexibilizando o Direito.²²² Discorda-se da categorização e da própria espécie criada, capaz de ensejar uma relativização indevida e burlar o *stare decisis*, o que é responsável por causar insegurança jurídica. Ora, caso o julgador reduza efetivamente a *ratio* a mero *obiter dictum*, negando-lhe aplicação, trata-se, na verdade, de *error in iudicando*, pois a norma teria incidido, o que faz devida a sua aplicação. Aceitar essa forma de aplicação como adequada é admitir o erro como acerto, em clara inversão de valores.

Capítulo 6

A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

6.1. NORMA DO PRECEDENTE E HIPÓTESE FÁTICA

O precedente judicial é texto, significativo, do qual se constrói uma norma, conhecida habitualmente como *ratio decidendi*. A estrutura da norma não é diferente por ser ela advinda de um precedente judicial. Aliás, como vimos, este é um grave problema no direito brasileiro, a falta de contextualização dos precedentes judiciais à teoria da norma desenvolvida no Brasil.

Há quem defenda que “a parte da decisão que constitui precedente é, tão somente, aquela que trata de uma questão de direito”.¹

A proposição deve ser analisada com cautela. A determinação dos fatos é indissociável da questão de direito; é dizer, não há uma questão jurídica abstrata que possa ser absorvida sem relação com os fatos que visa regular. O direito funciona a partir de fatos jurídicos.² Normas ou “questões de direito” despidas de facticidade são insignificantes, não possuem razão de ser. Por isso, os fatos que o juiz tomou como existentes para resolver o problema jurídico são efetivamente parte da norma do precedente.

Isso não quer dizer, obviamente, que juiz algum está vinculado a reconhecer as mesmas questões fáticas em qualquer processo posterior. Significa, tão somente, que, vislumbra a mesma configuração fática, a partir das provas do processo e de seu convencimento motivado, deverá o julgador aplicar a *ratio decidendi* do precedente.

Realmente, a norma do precedente, assim como a norma legal, possui inequivocamente hipótese fática, ou seja, a previsão de fatos do mundo que, quando ocorrentes, levam à incidência da norma jurídica, tornando-os existentes, no mundo jurídico e possibilitando a produção de efeitos jurídicos.³ Trata-se de

1. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 110. No mesmo sentido: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004, reimpressão da edição de 1991, p. 40.

2. “A noção fundamental do direito é a de *fato jurídico*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, tomo I, p. XVI).

3. “Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., tomo I, p. 6). Igualmente: “É evidente, porém, que nem todos os fatos – mesmo conduta – têm para a vida humana em sociedade o mesmo valor, a mesma importância. Há fatos – inclusive puros eventos da natureza – que possuem para os homens, em suas relações intersubjetivas, significado fundamental, enquanto outros, ou por lhes fugir o controle, ou por não lhes acarretarem vantagens, ou, ainda, por não lhes provocarem o interesse, são tidos como irrelevantes. Quando, no entanto, o fato interfere, direta ou indiretamente, no relacionamento inter-humano, afetando, de algum modo, o equilíbrio de posição do homem diante dos outros homens, a comunidade jurídica sobre ele edita uma norma que passa a regulá-lo, imputando-lhe efeitos que repercutem no plano da convivência social. Disto resulta claro

222. MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*, cit., p. 516.