

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

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.

característica essencial da *norma jurídica*, independentemente da fonte: precedente ou lei.⁴

A nota distintiva, que merece destaque, é que a hipótese fática da norma é estabelecida com bastante flexibilidade no precedente judicial. Na decisão, mais propriamente em sua fundamentação, é possível vislumbrar o estabelecimento dos fatos substanciais para a solução jurídica adotada na decisão. É dizer, muito embora o conjunto de fatos do caso concreto seja singular e irrepetível, os fatos considerados substanciais para que a decisão fosse alcançada não o são, e é possível, comumente, inferi-los da fundamentação. Esses fatos, correspondentes a uma categoria, no nível de abstração com o qual enunciados, é que constituem a hipótese fática da *ratio decidendi*.⁵

Realmente, a configuração dos *fatos substanciais* para a tomada de decisão é extremamente importante, pois eles virão a constituir, em seguida, por meio da universalização, a *hipótese fática* da norma do precedente. Nesse sentido, é muito proveitosa a concepção de Neil MacCormick sobre o ponto:⁶

That is to say, we can only that such process of justification as implying rather than stating a universalized proposition of law: If facts *f* occur, then decision *d* ought to be given. (...) What makes some facts rather than others be material facts, in the sense of being material to justification of a decision, will be the judge's representing them as facts *because of which* he comes to his decision – e.g. the fact that a savings bank is an unincorporated association or the fact that its assets are held by trustees, as in *Ross's case* above; *nor are there ever material facts in the form of pure, evidentiary brute facts, but rather facts are material as facts under certain fact-description stated by a judge.*

O ponto precisa ser bem compreendido. Os fatos substanciais para a decisão não são fatos, em seu sentido de um recorte dos acontecimentos concretos que foram analisados no processo, mas sim a *descrição que é feita dos fatos como relevantes para a tomada de decisão*.⁷ É evidente que esse trabalho é realizado pelo juiz subsequente,

que a norma jurídica atua sobre os fatos relevantes que compõem o mundo para atribuir-lhes a função de gerar consequências específicas (= efeitos jurídicos) relativamente ao comportamento dos homens no meio social, constituindo um *plus* quanto à sua natureza peculiar. A norma jurídica, desse modo, adjectiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos – o ser fato jurídico” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39).

4. “Quando aludimos a suporte fático, estamos fazendo referência a algo (= fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Suporte fático, assim, constitui um conceito do mundo dos fatos, não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (= ocorreram) no plano das realidades todos os elementos que o compõem é que se dá a incidência da norma, juridicizando-o e fazendo surgir o fato jurídico. Portanto, somente a partir da juridicização poder-se-á falar em mundo e conceitos jurídicos” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – Plano da existência*, cit., p. 73). Diante disso, deve-se reconhecer que, para observar o Direito, “o primeiro elemento essencial a considerar é a previsão, por norma jurídica, da hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico” (idem).

5. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 252.

6. MACCORMICK, Neil. “Why cases have rationes and what these are”. GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 181.

7. Assim: GOODHART, Arthur L. “The ratio decidendi of a case”. *The Modern Law Review*, vol. 22, n. 2, 1959, p. 119.

através da interpretação do precedente – o julgador, portanto, deve se comprometer com a redação do precedente, mas não está a ela completamente vinculado. Trata-se de uma percepção importantíssima: os fatos incorporados pela *ratio decidendi* não são os fatos da causa, mas sua universalização, o que constitui a *hipótese fática*.

Nada obstante, deve-se perceber também que a decisão judicial é alcançada através das considerações das peculiaridades do caso concreto. É possível que se enxergue posteriormente, a partir de casos similares subsequentes, que um fato de importância desconsiderada no precedente originário tenha, efetivamente, relevância para a definição da norma jurídica. A visão do magistrado, diante do caso concreto, é limitada, e o aperfeiçoamento da norma, naturalmente, caberá aos juízes subsequentes mediante interpretação, distinções e aproximações. Com efeito, a determinação precisa dos limites da hipótese fática normativa só será realizada, no mais das vezes, nos casos subsequentes, mediante o método das distinções – apropriado para a compreensão e construção das normas jurídicas advindas de precedentes judiciais.⁸

Outro fato importante de se notar é que o tribunal, por qualquer que seja o motivo, pode acabar deixando de categorizar os fatos adequadamente no precedente. Isso faz com que os juízes subsequentes, ao proceder com sua decisão, acabem por categorizar originariamente os fatos substanciais. Essa despreocupação com a categorização dos fatos não é incomum de acontecer, por exemplo, no direito inglês.⁹ Isso demonstra que, muito embora seja possível que em alguns casos realmente o seja, muitas vezes as decisões com fundamento em precedentes não são baseadas em elementos que não constavam da *ratio* que se diz aplicar, garantindo elementos criativos às decisões que aplicam os precedentes,¹⁰ até porque os tribunais não costumam ser muito cuidadosos ou analíticos ao formular normas.¹¹

Resalte-se que essa flexibilidade natural à hipótese fática da *ratio decidendi* é parcial e paulatinamente reduzida.¹² Perceba-se que o suporte fático, como reconhecido no primeiro precedente, não pode ser consistentemente afastado como configurador da hipótese fática da norma. Para que se evite a aplicação da norma, quando há repetição do mesmo suporte fático, é necessário que o juiz *supere* a norma do precedente (*overruling*). Consequentemente, e.g., se no precedente X, reconheceu-se determinados efeitos para a categoria de fatos A, ao se repetir noutro processo os mesmos fatos A, a aplicação da norma do precedente X deve ser realizada; contudo, deparando-se o juiz subsequente com os fatos A', A'' ou A + B, será necessário

8. Nesse sentido: MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are*, cit., p. 181-182.

9. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 3, especialmente nota 4. O autor cita alguns casos em que a ausência de descrição dos fatos substanciais foi evidente: *Boyer v. Agropharm* (2004), *Pfizer v. Eurofood* (2001), *Mirage Studios v. Counter-feat Clothing* (1991), e *Guinness v. Saunders* (1990).

10. São, conforme nomenclatura adotada neste trabalho, os precedentes determinativos ou especificadores de norma de precedente. Sobre isso, conferir a classificação exposta no item 5.4, no capítulo anterior.

11. RAZ, Joseph. “Law and value in adjudication”. *The authority of law*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 188.

12. Resalte-se que se se fala da *flexibilidade da hipótese fática*, a norma do precedente sempre deterá algum nível de flexibilidade, eis que pode ser superada total ou parcialmente. É justamente esta a diferença: enquanto a norma do precedente possui a hipótese fática mais flexível poderá ser afastada mediante uma distinção, ainda que inconsistente. Todavia, na medida em que ela é sedimentada com novos casos, só será possível evitar a aplicação do precedente por processos de superação.

o raciocínio analógico para determinar se as razões da construção do precedente X são as mesmas para os fatos apresentados.¹³

Com efeito, *é possível determinar a hipótese fática da norma do precedente em dois níveis*: primeiramente, quanto aos fatos substanciais efetivamente analisados, a hipótese é bem definida e há forte segurança jurídica, por se tratar de uma norma bastante concreta e por seu afastamento apenas ser possível mediante a superação da norma (*overruling*);¹⁴ segundo, quanto aos fatos similares aos efetivamente analisados, nesse caso não há elevada segurança jurídica e a definição da hipótese fática da norma dependerá da extensão das razões da norma aos fatos analisados, ou da classificação dos fatos da causa concreta como substancialmente distintos ou não. A não aplicação da norma ou sua extensão faz-se justamente por uma distinção (*distinguishing*), que, por sua vez, formará um novo precedente, interpretativo e definidor do caso paradigmático, que torna mais segura a aplicação da norma do precedente.¹⁵

6.2. O SISTEMA DE PRECEDENTES E SUA CONSTANTE RECONSTRUÇÃO

Ainda que a estrutura normativa não seja diferente para as normas dos precedentes, a sua construção é bastante diferenciada e, por isso, o método de aplicação da *ratio decidendi* guarda diferenças significativas em relação à metodologia de aplicação da norma legal.

O método das leis, em sentido amplo, e dos precedentes são um tipo geral de racionalidade, muito embora sejam distintos: as leis impõem um largo uso da razão para antecipar o acontecimento dos fatos e regulá-los adequadamente, tornando o raciocínio aplicativo mais simples e previsível na generalidade dos casos; já o método dos precedentes requer inteligência crítica na argumentação, pois procura a melhor nova decisão à luz das decisões anteriores, do que é específico para o caso em questão e também do que é necessário para manter um sistema jurídico coerente.¹⁶

Nesse sentido, enquanto a ideologia típica à concepção das leis, nomeadamente a da codificação, pressupõe – ainda que equivocadamente – um sistema jurídico posto

de forma coerente, clara e acabada, o *case law* trabalha com a constante reconstrução dialógica das normas jurídicas enunciadas em precedentes. A norma jurídica enunciada em precedente anterior poderá, conforme os princípios do sistema jurídico, ter sua hipótese fática ampliada ou restringida, a partir de processos argumentativos caso a caso, especialmente analógicos, esclarecendo os fatos que são considerados substanciais para a aplicação da norma. Trata-se de um processo de balanceamento de razões e normas anteriores que dará vazão a novas normas.¹⁷

Esse processo de aplicação do direito é também o de sua construção: na presença de novos fatos pressupõe-se a existência de princípios e regras anteriores enunciados em precedentes que, por sua vez, são trabalhados de acordo com novos problemas ou argumentos apresentados, podendo gerar uma norma específica ou a ampliação de uma anterior. A construção do direito através de precedentes judiciais é, portanto, um processo mais pontual e evolucionário, conforme o qual pequenos ajustes são feitos caso a caso, não mais do que nos pontos necessários para a solução do caso, e sempre em diálogo com as normas criadas pela experiência, ainda que seja para superá-las.¹⁸

E não é só. Mais importante é a percepção de que o precedente judicial obrigatório é um texto a ser interpretado pelos juízes subsequentes. Dessa forma, a caracterização dos fatos substanciais está condicionada à atuação do juiz que está a aplicar o precedente, ao reconstruir, interpretativamente, o que constitui a hipótese fática da norma do precedente. É preciso notar que essa caracterização pode ser feita de várias formas, então, *o problema de determinar o critério adequado para precisar os fatos substanciais do precedente confunde-se, muitas vezes, com o problema de encontrar a sua ratio decidendi*.¹⁹

Percebe-se que, no *common law*, a contínua aplicação de uma regra adotada em um precedente pode ser fundada em motivos bem diferentes dos que foram empregados no próprio precedente. Na prática, segundo Melvin Eisenberg, a determinação do que significa a norma do precedente tipicamente envolve considerações não apenas da intenção do tribunal que prolatou a decisão, como revelado pela linguagem por ele adotada, mas também – e especialmente – do diálogo profissional acerca do precedente; das mudanças nas proposições sociais subjacentes ao seu estabelecimento, da crítica doutrinária após a prolação do precedente e dos julgamentos dos tribunais e juízes aplicadores do precedente acerca de que norma seria mais socialmente congruente e sistemicamente consistente. De acordo com

13. “The rule of *stare decisis* causes the judges to reason by analogy because the principle that like cases must be decided alike involves the analogical extension of the decision in an earlier case. Allowance must also be made for the converse principle that dissimilar cases should be decided differently. It is only necessary to open a contemporary English law report in order to find a judge of our own day stating that there is not a material distinction between a previous case and the case before him. It is this approach to legal problems by proceeding from case to case which marks on the main differences between the judicial process in common-law countries (including the United States) and the judicial process on the Continent” (CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English law*, cit., p. 26).

14. GERHARDT, Michael. The power of precedent. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 152. É nesse sentido que “gli ordinamenti di common law tendono a porre norme più particolari e concrete” (VARANO, Vincenzo; BARSOITI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*, 4. ed. Torino: Giappichelli, 2000, v. I, p. 31).

15. SCHAUER, Frederick. “Precedents”. *Stanford Law Review*, Stanford, 1987, v. 39, p. 579-588. No mesmo sentido: RAZ, Joseph. *Law and value in adjudication*, cit., p. 187-188. No sentido do texto, todavia sem identificar essa dualidade em todos os casos, trazendo exemplos de casos mais fechados e mais abertos para operação posterior, conforme a concretude da norma analisada: MALTZ, Earl. “The nature of precedent”. *North Carolina Law Review*, vol. 66, 1988, p. 377-379.

16. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 5. Similarmente: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 59.

17. PEZZENIK, Aleksander. “The binding force of precedent”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 475.

18. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents*, cit., p. 5. No mesmo sentido, destacando a importância do *distinguishing* como consideravelmente maior do que a do *overruling* na determinação do direito: BENDITT, Theodore M. “The rule of precedent”. GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 98.

19. O ponto é defendido por Michael Moore, embora em uma perspectiva crítica ao *stare decisis*: “Finding the holding of a case is to pick those descriptions of its facts that are the appropriately general descriptions from which a universal rule can be built. The problem of giving adequate criteria for picking the ‘appropriately general’ descriptions is the problem of finding the holding of a case” (MOORE, Michael S. “Precedent, induction, and ethical generalization”. GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 186).

essa compreensão, a função do tribunal ao determinar o que *significa o precedente*, é também o de continuar sua criação, no sentido de determinar igualmente o que *ele significou* e o que *deverá significar*. Esse processo é o de estabelecimento da norma do precedente, que é realizado eminentemente por meio de distinções (*distinguishing*).²⁰

Diante do exposto, deve-se reconhecer o importante papel desempenhado pelos julgadores subsequentes na definição e especificação da norma do precedente. Isso significa que não se pode apresentar o juiz de um sistema de precedentes obrigatórios como um autômato ou sua atividade como meramente mecânica.

O juiz, na maioria dos casos, não se limitará a repetir o precedente exarado pelo tribunal superior, senão a reconstruí-lo no caso concreto a partir das semelhanças e diferenças pertinentes, tanto fáticas como jurídicas, o que é uma empresa criativa. Qualquer idealização da atividade de aplicação dos precedentes como algo singelo ou automático erra, por muito, pois negligencia a atividade reconstrutiva que lhe é insita.²¹

6.3. O DISTINGUISHING COMO MÉTODO DE APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

6.3.1. *Distinguishing*: a diferenciação de casos

As distinções (*distinguishing*) são a principal forma de operar com precedentes judiciais, assim como na legislação os juristas utilizam-se da argumentação *a contrario sensu* ou da analogia, a fim de afastar ou atrair o reconhecimento da incidência no caso concreto, a distinção é a forma de evitar ou trazer a aplicação de um precedente no caso subsequente.²² As distinções consistem na atividade dos juristas de fazer diferenciações entre um caso e outro.²³

Pereceba-se que a teoria dos precedentes foi concebida de forma extremamente rígida inicialmente, no direito inglês. A partir da sua declaração, em 1898 pela *House of Lords*, até 1966, quando ela foi relativizada, os precedentes obrigatórios constrangiam a própria Casa: uma vez emanadas as normas dos precedentes, nem mesmo o próprio tribunal do qual emanou o precedente poderia revogá-las, esse mister caberia unicamente ao Parlamento. Tal rigidez advinha da concepção declaratória da jurisdição unida à separação dos poderes. Os tribunais poderiam tão somente reconhecer, declarar o direito vigente, que seria uma expressão dos costumes antigos ou da própria razão, e somente o Parlamento poderia criar, modificar ou extinguir normas jurídicas.

20. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 52.

21. Nesse sentido: ASCENSAO, J. Oliveira. "As fontes do direito no sistema do 'Common Law'." *Revista de direito público*, 1975, n. 35-36, p. 17-18. Similarmente: EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 51.

22. AARNIO, Aulis. "Precedent in Finland". MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 84-85.

23. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 113.

Nada obstante a concepção vigorante da função judicial na Inglaterra entre 1898 e 1966, o Direito precisava efetivamente ser modificado e adequado a situações novas. Neste período, a única forma de os tribunais fazerem isso era o *distinguishing*, ou seja, a operação a partir dos fatos substanciais, fazendo analogias que resultavam em diferenciações ou aproximações entre os fatos do precedente e os do caso concreto. As distinções serviram como uma forma, ainda que precária, de relativizar a indevida rigidez do Direito, limitando sobremaneira a incidência de precedentes posteriormente considerados insatisfatórios.²⁴

Importa perceber que, enquanto a superação dos precedentes suscita uma questão de competência, não podendo ser realizada por todo e qualquer órgão julgador, a distinção pode ser realizada tanto pelo tribunal do qual emanou o precedente como pelos juízes e tribunais inferiores, vinculados à norma do precedente. As distinções são o método aplicativo dos precedentes, não se justificando sua limitação a órgãos específicos – do mesmo modo que é impossível limitar a interpretação da lei a determinados tribunais ou juízes.

No *common law*, a argumentação é realizada de uma forma caso a caso, com um foco particularmente forte nos fatos e na construção de razões jurídicas de acordo com a ligação do direito aos fatos. O estilo das fundamentações dos julgamentos e das argumentações dos juristas em geral lida diretamente com a problemática fática das causas, isto é, com a aproximação e afastamento dos fatos analisados, com a demonstração de similitudes e de diferenças que podem ser importantes ou não para a solução da demanda. Diante disso, pode-se afirmar que arrazoar por analogia é uma característica do *stare decisis* e da doutrina dos precedentes.²⁵ Essa forma de argumentar diferencia-se da típica do *civil law*, mais preocupada em demonstrar que determinado fato encaixa-se no conceito legal.²⁶

É correto afirmar, portanto, que o método de aplicação dos precedentes é marcado pelas distinções (*distinguishing*); conceito de suma importância, pois se trata do mecanismo mais relevante na concretização do direito jurisprudencial, justamente por ser o que é utilizado com maior frequência. Nas distinções (*distinguishing*), o jurista deve operar através do raciocínio analógico entre os fatos do precedente e os do caso presente, identificando quais as diferenças e similitudes, demonstrando que são substanciais, ou seja, que são juridicamente relevantes. Essa característica da operação com precedentes faz o processo de sua aplicação essencial e especialmente fundado em analogias, que moldam e remoldam as normas a partir de cada decisão.²⁷

24. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. "Precedent in the United Kingdom". MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 326.

25. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 206.

26. 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. 489.

27. "Case law is peculiarly revisable in a way that enacted law is not: the judge who carefully articulates a principle is not determining its formulation in future disputes over materially identical facts – the likelihood, rather, is that it will be moulded and remoulded in the hands of successive courts. We might even question whether it is correct to speak of precedents being interpreted. Although judges interpret statutes – and will sometimes consider the entire meaning of a statute to depend on the interpretation of a single word within it – they customarily purport to follow or distinguish

Ao se observar atentamente os dois casos – o precedente e a demanda subsequente – será perceptível que existam diferenças: nunca dois eventos são exatamente iguais. Todavia, para que uma decisão seja considerada precedente para outro caso, não se requer que os fatos da causa anterior sejam absolutamente idênticos aos dos posteriores. Caso isso fosse exigido, nenhuma decisão teria condições de ser precedente para os juízes futuros. É necessário que se elimine a ideia de igualdade absoluta para a operação com precedentes judiciais.²⁸

O foco, então, para a operação dos precedentes, deve sair dos fatos da decisão, como um todo, para a *caracterização dos fatos relevantes para a tomada de decisão*. Ou seja, a fim de aplicar precedentes, mais propriamente de determinar se um precedente é aplicável a um caso subsequente, é preciso observar os fatos que foram decisivos para que a decisão anterior fosse efetivamente prolatada e, em seguida, analisar as similaridades com o caso subsequente, especificando se os fatos categorizados que foram considerados juridicamente importantes estão presentes e quais fatos não possuem relevância para o Direito.²⁹

Dessa forma, tornam-se paulatinamente precisas a hipótese fática e o consequente da norma do precedente: a cada nova decisão tem-se sua especificação.

A distinção, em um primeiro momento, é quanto aos fatos do precedente e do caso sob análise, e, em seguida, divisadas as diferenças fáticas, cumpre ao aplicador determinar se essas diferenças – sempre existentes, pois todos os casos são únicos e irrepetíveis – são importantes ao ponto de requerer uma diferença também no tratamento jurídico da causa.³⁰ Dessa forma, torna-se precisa a hipótese fática e o consequente da norma do precedente paulatinamente, mais exatamente, a partir de novas decisões que formam precedentes especificadores ou determinativos da *ratio decidendi*.

Realmente, o raciocínio das distinções é caracterizado, sobretudo, pela comparação entre as características do suporte fático do precedente e os fatos que se alega comporem o suporte fático na causa subsequente, tentando-se demonstrar equivalências ou diferenças que são juridicamente importantes para a incidência da norma do precedente e o que tais diferenças ou similitudes ensejam de distintivo nos efeitos dos fatos jurídicos. Pode-se dizer, nesse passo, que as distinções são um processo argumentativo conforme o qual se busca demonstrar o acerto de aplicar ou não um precedente a um novo caso.³¹

or overrule precedents. Since the recorded case is not a strict verbal formulation of a principle, only exceptionally will judges conceive their task to be one of interpreting specific words or phrases within a case rather as they might focus on the precise wording of a statute. Instead, they will consider if the case is factually similar to or different from the case to be decided. Case-law, we might say, unlike statute law, tends to be analogized rather than interpreted" (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 59).

28. SCHAUER, Frederick. "Precedents". *Stanford Law Review*. Stanford, 1987, v. 39, p. 577.

29. SCHAUER, Frederick. *Precedents*, cit., p. 577.

30. MARSHALL, Geoffrey. "What is binding in a precedent". MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 505.

31. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 327.

Assim, por exemplo, imagine-se o caso em que um cego foi permitido entrar com um cão-guia em um restaurante. Os fatos encontram-se já categorizados, sendo fácil determinar quais fatos posteriores seriam considerados relevantes. Imagine-se, ainda, o fato de outro cego querer entrar em um restaurante com um cão-guia de outra cor, é possível? E se, no caso subsequente, o restaurante for de uma culinária diferente, há relevância? E se, ao invés de um restaurante, for uma igreja, há diferença jurídica? O fato de ser cego permite que o sujeito adentre em restaurantes com outros animais que não o cão-guia? As perguntas demonstram que não há importância dos fatos da decisão por eles mesmos, mas sim na *forma como são compreendidos e categorizados, o que depende do processo contínuo de distinções e, assim, da atividade argumentativa e reconstrutiva nos casos subsequentes*.³²

Um exemplo, a partir de relevante *leading case* no direito inglês, pode ser esclarecedor no pertinente às distinções (*distinguishing*). Muito importante, no ponto, é o significativo caso *Donogue v. Stevenson*, de 1932. Nesse precedente, um amigo do demandante adquiriu para ele uma garrafa de *ginger beer* em uma lanchonete. A garrafa era opaca, o que dificultava a visão de seu conteúdo. Depois que o demandante bebeu a *ginger beer*, descobriu uma lesma em decomposição no interior da garrafa. Ele, em seguida, entrou em choque e sofreu uma severa gastroenterite. Esses fatos foram alegados na demanda e foram considerados pelo juiz na prolação da decisão de procedência. Antes desse precedente, um fabricante somente seria responsável perante o comprador direto. O precedente *Donogue v. Stevenson* superou a regra anterior, visto que considerou o fabricante responsável ainda que o demandante não fosse o comprador direto. De toda forma, o caso é comumente citado para demonstrar a dificuldade de determinação da hipótese fática da *ratio*. Isso se dá, notadamente, porque a generalização dos fatos substanciais para a decisão pode se dar em variados níveis. Exemplificativamente, o objeto que ensejou o dano pode ser categorizado como uma garrafa de *ginger beer*, uma garrafa opaca de bebida, uma garrafa de bebida, um recipiente de um bem móvel para consumo humano, um bem móvel, ou simplesmente um item, uma coisa. O réu, que vem a significar o sujeito passivo, por sua vez, pode ser caracterizado como fabricante de bens distribuídos nacionalmente, um fabricante, um fornecedor ou, de forma mais singela e abrangente, como um vendedor. O dano também é passível de várias categorizações: pode-se falar em dano físico pessoal, dano pessoal, físico ou emocional, ou, vagamente, só em dano. É perceptível que são possíveis várias combinações, a depender da generalidade com que se constrói a hipótese fática, o que resulta quase em uma infinidade de normas.³³

Destaque-se que a norma do caso *Donogue*, ao final, foi compreendida com bastante amplitude: um fornecedor é responsável pelos danos causados por seus

32. "Thus, one who worries about establishing a precedent, or for that matter one who wants to establish a precedent, has in mind a characterization that the future will give to today's action, some category within which tomorrow's decisionmaker will place today's facts. The issue is one of *assimilation*, how we will group the facts and events of our world" (SCHAUER, Frederick. "Precedents". *Stanford Law Review*. Stanford, 1987, v. 39, p. 579).

33. Sobre o ponto, conferir: EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 53-54. MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*, cit., 504-506. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*, cit., p. 31-33.

produtos ao consumidor final quando age com negligência. É de se notar que um caso bem particular, com a sua reconstrução nos casos posteriores, acaba por assumir um papel de destaque no que toca à responsabilidade civil no direito inglês.³⁴

Daí, torna-se possível concluir que o processo de distinção é um processo de reconstrução, criativo, no qual as decisões posteriores irão adicionar elementos juridicamente relevantes, antes não reconhecidos institucionalmente, o que contribui para a delimitação e especificação da *ratio decidendi* reconhecida no precedente originário.

A partir das ideias apresentadas e do exemplo analisado, percebe-se que não há uma única ou exclusiva forma de afirmar quais são efetivamente os fatos substanciais e, igualmente, qual a extensão que se deve dar à eficácia da norma do precedente.³⁵ Comparando-se quaisquer dois casos, diferenças existirão, mas em sentido técnico só se pode falar em distinção jurídica quando esta se der entre os fatos substanciais dos casos, isto é, a distinção se faz quando os fatos juridicamente relevantes do precedente e do caso subsequente não são os mesmos, conforme um critério juridicamente válido.

É relevante perceber, ademais, que é realizada a utilização do termo distinção (*distinguishing*) em dois sentidos, um amplo e outro estrito. Distinção em sentido amplo é o processo argumentativo ou decisional segundo o qual se demonstram diferenças e similitudes entre dois casos, o do precedente e o subsequente, sob análise. Trata-se do método próprio dos precedentes judiciais.³⁶ Já distinção em sentido estrito, refere-se ao resultado do processo argumentativo, especificamente quando se chega a efetivamente diferenciar os fatos substanciais do precedente dos do caso seguinte, para concluir pela não aplicação da *ratio decidendi* que a princípio parecia incidir.

Assim, é por meio da distinção em sentido amplo (processo argumentativo típico dos precedentes judiciais), que se alcança ou não a distinção em sentido estrito (resultado da argumentação por precedentes no sentido de que o precedente realmente não é aplicável ao caso concreto, pois há fatos substanciais distintos).

Além desses termos, Duxbury visualiza a distinção por duas perspectivas: distinção *dentro* de um caso, que é a problemática de determinar e diferenciar o que constitui *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*, separando fatos que são materialmente relevantes daqueles insignificantes para a solução jurídica; e distinção *entre* casos, que significa a demonstração de diferenças fatuais entre um caso anterior e um presente, com o que se busca comprovar que a *ratio* de um caso não satisfaz os requisitos para sua aplicação no caso.³⁷

34. MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*, cit., p. 504.

35. MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*, cit., p. 505-506.

36. "A complexa atividade lógica de interpretação do precedente judicial vale-se, assim, do método de confronto, denominado *distinguishing*, pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma" (TUCCI, José Rogério Cruz e. "Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial". WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 125).

37. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 113.

Cumprir, por fim, destacar a relação entre as distinções e a autoridade do precedente judicial.

Os precedentes usualmente não possuem precisão rígida na hipótese fática de sua *ratio decidendi*, sendo necessário que os próximos casos elucidem o campo de incidência da norma prevista. Isso não quer dizer que o precedente não é obrigatório porque o juiz do caso concreto pode fazer distinções.³⁸

Com efeito, a realização de uma distinção significa que o precedente não incide naquele caso concreto, seja porque existe um fato substancial diferente, a requerer tratamento diverso, ou porque os fatos da causa não constituem o suporte fático necessário. A obrigatoriedade do precedente, embora seja relacional,³⁹ é característica sua, que só é perdida quando ele é eliminado do sistema (*overruling*), e não elemento contingencial a ser ponderado em cada caso concreto. Caso assim o fosse, a própria classificação dos precedentes obrigatórios e persuasivos *a priori* seria inútil.

Normalmente, portanto, o processo de distinção de um precedente deixa a autoridade do precedente incólume: o tribunal não declara que o precedente é direito ruim ou inadequado, mas apenas que é direito inaplicável.⁴⁰ Distinguir significa, simplesmente, que o caso não se encontra no âmbito de aplicação da norma, que se mantém íntegra. Dizer que o precedente teve sua obrigatoriedade afastada nestas hipóteses não seria diferente de afirmar que a norma da lei não é obrigatória porque não incide em determinado caso. O fato de o CDC não se aplicar a todas as relações de compra e venda não o faz perder obrigatoriedade, quer dizer simplesmente que em alguns casos os elementos indispensáveis para sua aplicação não estão preenchidos. O mesmo se dá com as *rationes decidendi* dos precedentes: elas não perdem propriamente sua força, mas são simplesmente inaplicáveis em alguns casos.

Dessa forma, apenas excepcionalmente o precedente perderá obrigatoriedade mediante processos de distinção. Isto se dá apenas nos casos em que há *distinções demasiadas* ou *distinções inconsistentes*, o que será analisado a seguir.

6.3.2. Critérios para realizar a distinção

A associação ou dissociação de casos deve ser consistentemente utilizada, seguindo parâmetros para identificação das *razões da norma* e de sua aplicação

38. Considerando a distinção como processo que deflagra a não obrigatoriedade do precedente: 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. 11-12. Nesse sentido, afirmou-se, sem razão, que "o precedente de uma corte superior, que, em tese, seria vinculativo com relação a uma corte inferior, pode não sê-lo se esta considerar um *obiter dictum* do precedente ou realizar o *distinguishing*" (ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretratividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 100). Em sentido contrário: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 328-329.

39. Com isso se quer dizer que a ligação indissociável com a hierarquia, ou seja, o precedente só pode ser tido como obrigatório caso o órgão aplicador seja hierarquicamente inferior ao órgão que o originou. Sobre a ligação entre precedente e hierarquia, ver: CAMINKER, Evan H. "Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?". *Stanford Law Review*. Stanford, 1994, v. 46, p. 841-842.

40. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 114.

ou não, expandindo ou restringindo o âmbito, de acordo com a pertinência das razões com o valor atribuído ao caso. É dizer, a distinção realiza-se caso a caso, mas por isso não se pode afirmar que seja arbitrária, pois segue as razões de ins-
tuição da norma até seus limites: “where the reasons stops, there stops the rule.”⁴¹

O afastamento de uma *ratio decidendi* pode ser realizada, inicialmente, diante da inexistência de similitude fática. É dizer, a categorização fática realizada no precedente judicial é de tal forma distinta dos fatos da causa que não é sequer possível falar da incidência da norma, fazendo necessária uma nova construção. Nestas hipóteses, basta ao magistrado demonstrar que os fatos analisados estão longe de corresponder aos fatos substanciais reconhecidos no precedente e que, por isso, o caso merece um tratamento jurídico distinto. Igualmente, a associação entre casos pode ser realizada diante de uma similitude fática evidente, que justifica atribuir a mesma categorização aos fatos da causa, ou seja: mesmo existindo diferenças fáticas, elas são juridicamente irrelevantes, o que resulta na igualdade entre os fatos substanciais do precedente e da causa.

Nesses casos, a similitude ou diferença é patente entre os fatos analisados e os fatos categorizados para a construção da norma do precedente, conforme concretamente determinados pelo tribunal. Consequentemente, sobre pouco espaço para manobras argumentativas.⁴²

Há causas em que há semelhança entre os fatos do precedente e os do caso sob análise, entretanto essa similitude não é suficiente para justificar a pura e simples associação ou dissociação do regime jurídico dos dois grupos de fatos. Torna-se imprescindível o empenho justificativo para determinar se as razões jurídicas para a construção da norma do precedente se estendem ou não até os fatos apresentados na demanda subsequente.

Quando assim for, é preciso demonstrar que os princípios e regras fundamentais para a criação da *ratio decidendi* impulsionam-na até os fatos apresentados ou, pelo contrário, requerem sua limitação. Igualmente, se o precedente estiver fundado em proposições sociais, é necessário demonstrar que elas também requerem determinado tratamento do novo caso apresentado. Além disso, é de extrema importância que o juiz, ao considerar a aplicação do precedente em um novo caso, verifique a consistência sistêmica, ou seja, se ampliar ou restringir a *ratio decidendi* em questão gera conflito entre normas, se se trata de um espaço livre, ou, pelo contrário, se é ato que reforçará outras normas.⁴³

Com efeito, a construção da norma do precedente pauta-se em uma série de elementos jurídicos prévios, sobretudo nos princípios jurídicos. Ao se deparar com fatos diferentes e com a necessidade de realizar um raciocínio analógico, é importante que se retorne aos fundamentos da *ratio decidendi* para analisar se as razões para a sua construção encontram-se também presentes no caso subsequente, em que se suscita sua incidência. Obviamente, o magistrado deve considerar as circunstâncias sociais que alicerçaram a construção, e investigar se elas se mantêm ou se foram modificadas, e aferir as consequências disso para a norma do precedente. Finalmente, é imprescindível que o juiz considere o sistema normativo como um todo, e não apenas aquela construção específica, especialmente com o intuito de estabelecer se há alguma outra norma que seja aplicável ao caso, com maior adequação, ou mesmo para adaptar a construção normativa a ser realizada.⁴⁴

Obviamente, tais casos contribuem para delimitação da *ratio* e, por isso, adicionam-lhe, institucionalmente, algum conteúdo, que pode ser pertinente à hipótese fática ou ao seu consequente. Como visto anteriormente, os precedentes que aditam elementos para uma *ratio decidendi* são considerados precedentes especificadores ou determinativos do precedente originário.⁴⁵

É importante notar, ao se tratar de critérios de distinção, que cada sistema jurídico alberga expressamente alguns elementos distintivos e, igualmente, repudia outros. Não é possível que o magistrado realize, consistentemente, distinções que ignorem os parâmetros juridicamente positivados de diferença ou igualdade, ao menos quando exceções sejam expressamente admitidas. Não é possível, por exemplo, no direito brasileiro, distinguir a aplicação de normas tributárias direcionadas a pessoas com base em diferenças de sexo, religião ou etnia. Essas diferenciações são vedadas, para que fossem possíveis seria necessária específica permissão, igualmente constitucional.

Finalmente, muito embora a realização de distinções possa parecer, à primeira vista, um processo arbitrário ou pouco seguro, não o é. O juiz que tentar realizar distinções com base em fatos irrelevantes ou critérios não razoáveis é, com certa facilidade, descoberto, mediante o escrutínio dos advogados, dos outros juízes ou de análise posterior da decisão pela doutrina. Isso se dá, justamente, mediante a utilização dos critérios para distinção. Ressalte-se que, no *common law*, a credibilidade dos juízes depende de sua atuação conforme esses critérios.⁴⁶ No Brasil, não pode ser diferente, o magistrado que realiza muitas distinções de forma inconsistente – o que configurará *error in iudicando* ou *in procedendo* – deve ser responsabilizado administrativamente.

41. SUMMERS, Robert S. “Precedent in the United States (New York State)”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 390. Em sentido contrário, apontando a ampla possibilidade de reconstrução dos casos a partir de analogias e similaridades: STONE, Julius. *Precedent and Law*. Sydney: Butterworths, 1985, p. 83-84.

42. “The degree to which the decision in a particular precedential case will control the outcome in later litigation depends largely on the concreteness of the doctrine established in that case. Concrete standards leave later judges little room to maneuver, making the doctrine itself the dominant force in the decision making process. By contrast, vague doctrinal formulations do not, in and of themselves, dictate results. Thus, courts in later cases will have more leeway to consider other factors without damaging the basic concept of stare decisis” (MALTZ, Earl. *The nature of precedent*, cit., p. 377).

43. Nesse sentido, ver, aproximadamente: EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 62-64.

44. Eisenberg afirma que, “since no two cases are identical, every new case rises on the issue whether a rule announced in a precedent can consistently be distinguished. Whether a precedent can consistently be distinguished turns chiefly on whether applicable social propositions justify different treatment of the two cases, given the social propositions that support the rule of precedent” (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 75).

45. Sobre a classificação dos precedentes conforme sua criatividade, ver o item 5.4, no capítulo V.

46. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 114.

6.3.3. Distinções ampliativas e distinções restritivas

A teoria dos precedentes que se busca sedimentar aqui é uma devidamente integrada à teoria das fontes e das normas já desenvolvida no direito brasileiro – muito embora pouco compreendida. A distinção entre texto do precedente e *ratio decidendi* ou norma do precedente é essencial, sem a qual será desenvolvida uma prática dos precedentes judiciais simplista e exegética. Este tipo de desenvolvimento não seria outra coisa senão um retrocesso.

Neste passo, deve-se ter em mente que o “sentido de um precedente *não se esgota com o sentido que lhe imprimiu o julgador que o decidiu*”. O magistrado do caso concreto preocupa-se, acima de tudo, com a solução da demanda que tem em mãos, e, ainda que a sua decisão assuma a formação de um precedente como premissa, é impossível que o juiz da causa profira regra geral que se enquadre perfeitamente às situações vindouras e sua rica diversidade – da mesma forma que acontece com o legislador e a lei. Desse modo, é essencial a potencialidade prática das distinções (*distinguishing*), tanto como vetor para a ampliação da regra como para a sua restrição, conforme as exigências dos casos futuros, como também das modificações sociais.⁴⁷

Assim, os tribunais posteriores comumente farão exceções à norma estabelecida e também inclusões. Os juizes de casos posteriores algumas vezes decidirão que os fatos substanciais do precedente foram caracterizados de forma demasiadamente ampla ou restrita, e, por isso, merecem ajustes. Nesses casos, a norma é aceita e, mais do que isso, aplicada, pelo que não é correto falar em superação do precedente. De toda forma, em termos de influência e determinação, há, entretanto, uma *especificação da norma do precedente anterior*, pelo que o precedente posterior cresce em importância em relação ao precedente originário.⁴⁸

De todo o exposto, percebe-se que a norma do precedente, a *ratio decidendi*, comumente precisará de outros precedentes, que determinarão sua extensão e seus limites, ampliando ou reduzindo o que aparentemente era sua hipótese fática ou seu conseqüente. Os casos subsequentes muitas vezes servirão para sedimentar a *ratio decidendi*, ampliando ou restringindo sua configuração inicial e corrigindo pequenos erros.⁴⁹

Assim, fala-se em distinção ampliativa quando a decisão na qual se realiza a distinção (*distinguishing*) acaba por tornar mais extensa a hipótese fática da *ratio decidendi*, conforme sua enunciação institucional anterior. Nesse caso, a norma do precedente vem a abarcar fatos que, a partir da leitura do precedente originário, não seria possível se dizer abrangidos. A decisão do caso subsequente enseja um precedente especificador que vincula mais fatos ao regime jurídico do precedente paradigmático (*leading case*).

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

48. BENDITT, Theodore M. *The rule of precedent*, cit., p. 99.

49. MARSHALL, Geoffrey. “What is binding in a precedent?” MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 513-514.

O raciocínio é similar para as distinções restritivas. Nestas, o precedente originário prevê uma específica categorização dos fatos bastante abrangente, institucionalizando uma norma aparentemente bastante ampla. A contribuição da decisão seguinte, na qual é realizada a distinção restritiva, é para especificar a hipótese fática, eliminando fatos que estavam institucionalmente previstos na enunciação do precedente originário.

Percebe-se que a classificação em distinções ampliativas e distinções restritivas é baseada no *resultado*. Ou seja, a distinção, como processo aplicativo, pode ser dita ampliativa ou restritiva conforme venha a modificar a hipótese fática da *ratio decidendi*, como institucionalmente reconhecida no precedente originário, tornando-a abrangente de mais ou de menos fatos, respectivamente.

6.3.4. A contribuição das distinções para a delimitação da *ratio decidendi*

A norma do precedente pode ser inovadora, e essa hipótese se dá especialmente quando há criação de regra ou princípio a partir de princípios já reconhecidos no sistema jurídico, seja na Constituição, nas leis ou em outros precedentes.

A norma construída jurisprudencialmente, entretanto, não pode ser enunciada de forma completa e unívoca. Na verdade, é natural que a sua consideração e aplicação nos casos posteriores tornem-na, à luz dos fundamentos expendidos no caso paradigma, paulatinamente mais determinada, especialmente a partir de sua redução, ampliação e adequação. Há, pode-se dizer, uma qualidade eminentemente dinâmica no funcionamento dos precedentes judiciais.⁵⁰

Perceba-se que a norma enunciada em um precedente originário (*leading case*) é concebida apenas em consideração aos fatos específicos analisados. E só nos casos subsequentes que o Judiciário, à luz de novas situações, poderá efetivamente delimitar a abrangência da norma criada. Com efeito, o precedente originário lança a norma, que, por sua vez, será pontualmente trabalhada caso a caso, criando precedentes determinativos ou especificadores da *ratio decidendi* do precedente originário. Em algum tempo ter-se-á uma linha de precedentes que, concomitantemente, confirma a norma do precedente e especifica-a, garantindo mais segurança jurídica.⁵¹ Pode-se dizer, nesses casos, que a norma do precedente não repousa sobre uma decisão específica, mas em uma série de decisões que se sedimentam para formá-la.⁵²

Dessa forma, e conforme já está claro após tudo o que se analisou neste capítulo, a prática de distinguir casos anteriores frequentemente leva ao melhor refinamento da *ratio decidendi*, o que determina de forma mais clara o escopo do precedente, ou seja, a norma do precedente passa a ter a sua hipótese fática, como também seu conseqüente, mais delimitada. Examinando as razões que alicerçam a norma, suas circunstâncias e princípios de origem, os julgadores subsequentes são capazes de

50. Aproximadamente: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 249-250 e especialmente 327.

51. “The succession of precedents will delineate the ambit [of the legal precept], just as the fixing of enough points on a graph determines the line of its curve” (STONE, Julius. *Precedent and Law*. Sydney: Butterworths, 1985, p. 227).

52. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 23.

determinar se estas mesmas circunstâncias e princípios fundamentam a aplicação da norma a fatos substanciais similares.⁵³ É dizer, ao considerar realizar uma distinção, o julgador precisa destacar as diferenças fáticas e ponderar, conforme as proposições sociais e o sistema jurídico, se elas refletem também uma diferença jurídica.⁵⁴

Deve-se ter atenção, consequentemente, para o fato de que novos precedentes comumente são criados a partir da interpretação dos antigos. Isto é, o novo precedente adiciona elementos para a norma jurídica reconhecida no precedente originário, o *leading case*, o que determina sua hipótese fática ou garante parâmetros para seu consequente.⁵⁵ Deve-se perceber, entretanto, que as distinções podem modificar o Direito, mas, por outro lado, também é importante notar que o alcance permitido para essas modificações é limitado.⁵⁶

6.3.5. Casos muito distinguidos

Algumas vezes os juízes poderão exercer as distinções reductivas de forma demasiada ou excessiva, causando a erosão da norma do precedente, ainda que ela não seja expressamente superada, sua aplicação acaba se tornando pouco provável.⁵⁷ Esses precedentes podem ser descritos como muito ou excessivamente distinguidos, o que reduz consideravelmente sua força obrigatória. Chega-se a afirmar que nesses casos, para fins práticos, a sobrevivência do precedente é mais nominal do que real.⁵⁸

Com efeito, a utilização da distinção excessiva denota que a superação expressa (*overruling*), em algumas oportunidades, não é a verdadeira medida da mudança no Direito. Isso porque, de fato, acontece, nos casos muito distinguidos, a erosão gradual da norma do precedente, tendendo para sua extinção. A distinção dos precedentes é frequentemente utilizada, no *common law*, como uma forma paulatina, ou, pode-se afirmar, relutante de superar precedentes. Desse modo, quando há uma *ratio decidendi* excessivamente distinguida, a mudança ou extinção dela não se fez de forma abrupta e, mais importante, deve-se perceber que, em algumas hipóteses, as distinções vêm a possuir o mesmo efeito da superação.⁵⁹

Perceba-se, se houver a distinção reductiva como a construção de exceções à aplicação da norma do precedente, os precedentes muito distinguidos acabam possuindo tantas exceções à sua aplicação que se tornam inconsistentes com a regra inicialmente anunciada.⁶⁰ Várias vezes, uma série de distinções servirá claramente como forma de enfraquecer precedentes, preparando o ambiente para uma superação.⁶¹

53. SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States* (New York State), cit., p. 391.

54. Nesse sentido: EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of common law*, cit., p. 62-64.

55. Aproximadamente: SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States* (New York State), cit., p. 391-392.

56. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 116.

57. SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States* (New York State), cit., p. 392.

58. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 118.

59. DOUGLAS, William O. "Stare Decisis" WESTIN, Alan F. (ed.). *The Supreme Court: views from inside*. New York: W.W. Norton & Company, 1961, p. 133.

60. SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States* (New York State), cit., p. 392.

61. GERHARDT, Michael. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 37.

Enquanto as distinções excessivas forem consistentes, é dizer, preservem o núcleo que fundamenta a norma, conforme foi institucionalizada, sua utilização segue as linhas da teoria dos precedentes. O problema é quando são utilizadas distinções inconsistentes para esvaziar a norma de conteúdo. Nesse caso, há de se perceber, o que ocorre é, na verdade, uma superação total da *ratio*.

6.4. AS DISTINÇÕES INCONSISTENTES (*INCONSISTENT DISTINGUISHING*)

As distinções como processo operativo dos precedentes buscam refinar a norma do precedente, e fazem isso através da concretização das razões de sua construção. É lícito afirmar, portanto, que, mediante processos analógicos, as normas advindas de precedentes são testadas em novos casos a partir do regresso às razões de sua formulação, geralmente constituída por princípios jurídicos, e da ponderação acerca da adequação dessas razões ao caso subsequente, o que definirá sua extensão, preservação ou restrição.

Este é o método para se realizar a aplicação e a construção consistente do direito mediante o uso de precedentes. Contudo, nem sempre os juízes e tribunais aplicam os precedentes de forma criteriosa, e, quando isso acontece, diz-se existir uma distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*).

A distinção inconsistente configura uma exceção indevida ao caso analisado. É dizer, os fatos substanciais analisados no precedente são idênticos aos do caso subsequente ou, ainda, as razões da construção do precedente apresentam-se da mesma forma no caso em análise. A partir da ideia de Pontes de Miranda relativa à diferenciação entre incidência e aplicação, pode-se afirmar que há, nas distinções inconsistentes, a ocorrência da *incidência* da norma do precedente, todavia, o tribunal nega-lhe *aplicação*.⁶²

Caso a distinção inconsistente seja realizada pelo tribunal competente para a revogação do precedente, entretanto, é possível falar que há, na verdade, a superação parcial do precedente judicial. É dizer, muito embora o tribunal formalmente realize uma distinção, ainda que inadequada, ele está, substancialmente, a descartar a aplicação da norma em uma série de hipóteses em que antes ela era devida.⁶³

62. Acerca da diferenciação entre incidência e aplicação, como bem destaca Pontes: "À incidência da regra jurídica tem-se chamado respeitabilidade. A palavra concorreu para muitos enganos, sendo o maior deles o de se procurar a causa desse respeito efetivo à regra jurídica: ora no íntimo dos indivíduos, deslocando-se para o terreno psicológico o problema de física social; ora fora dele, no poder exterior de coerção, o que esvaziaria de elemento psíquico o fato social e reduziria a respeitabilidade à coerção eficiente. Se bem meditarmos, teremos de admitir que a incidência é no mundo social, mundo feito de pensamentos e outros fatos psíquicos, porém nada tem com o que se passa dentro de cada um, no tocante à adesão à regra jurídica, nem se identifica com a eventual intervenção da coerção estatal. A *incidência da lei independente da sua aplicação*; sem aqui trazermos à balha que os homens mais respeitam do que desrespeitam as leis, ou que as sanções são menos frequentes que as observância (e.g., E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 17), porque, então, estariamos no plano fático (físico) da sociologia do direito, em vez de nos mantermos no plano lógico da teoria geral do direito". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., tomo I, p. 10-11).

63. "Another process by which the courts overturn established doctrines is the drawing of inconsistent distinctions – that is, distinctions that are inconsistent with the underlying rule, given the social propositions that support the

A distinção inconsistente não pode ser compreendida como uma *técnica*. Na verdade, trata-se da infringência dela. A distinção inconsistente é um conceito relativo a um fenômeno prático, que significa a criação de uma diferenciação não plausível entre um precedente e um caso posterior. Cria-se, arbitrariamente, uma exceção à hipótese fática da *ratio decidendi*. Dessa forma, distinções inconsistentes são ofensivas ao *stare decisis* e, portanto, acabam por minar a segurança jurídica oferecida pelo precedente judicial. Isso se dá na medida em que se torna impossível de determinar quando sua a norma incide no caso ou quando é hipótese de exceção.⁶⁴

Há quem defenda que as distinções inconsistentes são uma forma de deteriorar paulatinamente a força de um precedente, aplicada quando a norma falha em satisfazer os requisitos de congruência social e consistência sistêmica.⁶⁵

Trata-se de abordagem inapropriada do conceito.

Primeiramente, deve-se reconhecer que, sem dúvidas, é possível compreender, realmente, as distinções inconsistentes como *prática* que deteriora a segurança fornecida pelo precedente e, consequentemente, a sua força. Essa percepção é pragmática, os precedentes inconsistentemente distinguidos perdem a estabilidade que lhes é conferida pelo *stare decisis*. Todavia, não se pode estabelecer isso como a *finalidade* dessa prática, que pode, por exemplo, estar pautada em uma quebra da imparcialidade ou qualquer outro motivo não aparente.

Segundo, descrever as distinções inconsistentes como uma prática não significa dizer que são *permitidas*, muito pelo contrário, seu uso é vedado e deve ser compreendido como realmente é: trata-se de erro na aplicação de uma norma jurídica, o que está sujeito à reforma ou cassação mediante recurso.

Finalmente, é importante perceber que não é possível afirmar categoricamente que as distinções inconsistentes são pautadas nos motivos elencados, quais sejam, falta de congruência social e consistência sistêmica. Ora, nesse ponto são duas as objeções: a uma, a distinção pode simplesmente estar alicerçada em uma arbitrariedade; a duas, se realmente se apresenta algum desses motivos, tratar-se-á de uma distinção válida (*distinguishing*), ou, caso a distinção não seja realmente cabível, é porque se trata de hipótese em que a norma deve ser superada (*overruling*).

Entender a distinção *inconsistente* como uma técnica *adequada* para a operação com precedentes é um paradoxo que não deve ser tolerado. As situações em que distinções inconsistentes são realizadas são tuteladas de forma melhor e mais adequada pela superação.⁶⁶

rule. This process resembles overruling and transformation in that it involves overturning an established doctrine that substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency. It differs from those processes in that the overturning is only partial. Typically, even after an inconsistent distinction is established there will remain at least some cases in which the courts apply the underlying rule, either because the distinction is not all-encompassing or because it cannot be administered in a coherent fashion" (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 136).

64. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 115.

65. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 74 e, especialmente, 139-140.

66. O próprio Eisenberg acaba por reconhecer isso, cf. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 116-117.

6.5. A TRANSFORMAÇÃO (TRANSFORMATION)

A ideia de transformação é defendida especialmente por Melvin Eisenberg. Para chegar à transformação, o jurista norte-americano trata, antes, de três teorias sobre o *como se estabelece* uma norma de um precedente.⁶⁷ Para Eisenberg, diante dos *métodos de definição* da *ratio decidendi* ou *holding* têm-se as seguintes abordagens: a minimalista, a centrada no resultado e a proclamação.⁶⁸

Muito embora o método da proclamação seja o mais adequado para a descrição da atividade judicial, os tribunais algumas vezes utilizam-se de abordagens moderadas das teorias minimalistas e centradas no resultado. Interessante notar que, nesses casos, as próprias técnicas minimalistas ou centradas no resultado são empregadas para *reformular* a norma anunciada pelo tribunal do precedente. Em alguns desses casos, inclusive em alguns dos mais importantes precedentes norte-americanos, percebe-se a utilização desses métodos para *radicalmente reconstruir* a norma do precedente e, até mesmo, para realizar uma reviravolta na direção jurisprudencialmente assumida, ou seja, supera-se a norma do precedente a pretexto de utilizá-la. Esse uso das teorias de definição da *ratio decidendi*, que tem como resultado uma construção completamente distinta daquela realizada no precedente, é chamado de *transformação*.⁶⁹

A transformação, portanto, consiste justamente na *afirmação* de que se está aplicando determinado precedente ou lhe dando continuidade, quando, *o que se faz* é, na verdade, a prolatação de nova norma jurídica. Há uma distinção essencial entre o que o tribunal *afirma* e o que ele *faz*.⁷⁰

Pode-se dizer, portanto, que a transformação ocorre quando um tribunal supera completamente um precedente, mas não anuncia que o fez.⁷¹ Seria uma superação implícita, realizada em várias oportunidades pelos tribunais.⁷²

A transformação é uma forma de, por qualquer razão, evitar fazer formalmente uma superação de precedente (*overruling*), embora substancialmente existam poucas diferenças – a transformação e a superação são duas diferentes realidades da revogação das normas dos precedentes. Muito embora o tribunal *afirme* que está a aplicar a regra de determinado precedente, ao reconstruí-la equivocadamente, acaba por

67. Remete-se o leitor para o item 5.5.2.2, quanto ao problema no *common law*, com exposição dos métodos e da própria posição de Eisenberg, e para o item 5.5.2.3, com referência à internalização da questão no *stare decisis* brasileiro.

68. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 52-55.

69. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 55-56, com exemplos às p. 56-61.

70. Ver, nesse sentido, a aplicação dessa ideia: SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States* (New York State), cit., p. 401-403. No mesmo sentido: PETERS, Christopher J. "Under-the-table overruling". *Wayne Law Review*, n. 54, 2008, p. 1090.

71. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 132. Complementa o autor: "In *Macpherson v. Buick Motor Co.*, for example, Cardozo substituted a new rule, that the principle of negligence was fully applicable to manufacturers, for the old rule, announced in a number of precedents, that it was not. Rather than overruling, however, Cardozo radically reconstructed the precedents through a result-based technique and then purported to follow them. Similarly, in *Sherlock v. Stillwater Clinic* the Minnesota court substituted a new rule, that a negligent physician was liable for wrongful birth, for the old rule, announced in *Christensen v. Thornby*, that he was not. Rather than overruling, however, the court radically reconstructed *Christensen* through a minimalist technique and then purported to follow it" (p. 132-133).

72. Ver, com muitos exemplos: PETERS, Christopher J. *Under-the-table overruling*, cit., p. 1067-1073.

aplicar *uma nova norma*, ou seja, ele origina um *ratio decidendi* distinta daquela do precedente que se afirma aplicar. Trata-se, na verdade, de uma superação de precedente disfarçada, é uma nova norma sob a capa do antigo precedente. Assim, cria-se uma falsa aparência de que há consistência entre a nova decisão e o precedente ou a linha de precedentes que se diz aplicar.⁷³

A transformação deve ser evitada. Com efeito, ela deve ser compreendida como uma *prática*, e não como uma *técnica da teoria dos precedentes*.⁷⁴ Bem vistas as coisas, ela é uma *técnica para burlar os critérios de superação dos precedentes* e, consequentemente, *ensina grave ofensa à segurança jurídica e suprime a tutela da confiança legítima, que são a própria ratio essendi do stare decisis*.⁷⁵

Perceba-se: o que, precisamente, faz essas decisões problemáticas não é a realização de uma superação de um precedente, mas que isso é feito sem se admitir. Pode-se afirmar que, nesses casos, há uma superação “por-debaixo-dos-panos”, que ofende gravemente a segurança jurídica.⁷⁶

Sua utilização, portanto, ao contrário de pertencer à teoria dos precedentes, é uma realidade observada na prática norte-americana, que configura, na verdade, uma ofensa ao princípio do *stare decisis*, e ao seu maior alicerce, a segurança jurídica. Não só isso, a superação disfarçada de aplicação, ao invés de preservar o *stare decisis*, ensina uma série de prejuízos aos seus alicerces, ainda maiores dos que os advindos da superação. É possível lista-los: (i) quebra a igualdade, pois desfaz a uniformidade proporcionada pela aplicação generalizada da *ratio decidendi* transformada; (ii) desfaz a segurança, porquanto os jurisdicionados não têm como saber se, de fato, houve a superação – o que é concluído pela reconstrução racional da norma do precedente – ou se foi um mero erro do tribunal superior, tornando imprevisível a aplicação posterior; (iii) a incerteza gerada acaba por minar a eficiência jurisdicional, pois enquanto alguns juízes perceberão a mutação, outros continuarão a aplicar a norma antiga, levando a uma confusão quanto ao Direito vigente; (iv) pela mesma imprevisibilidade, prejudica-se a possibilidade de autogoverno dos particulares, que poderão fazer decisões com base em falsas premissas, o que prejudica a própria democracia; (v) igualmente pela insegurança que a transformação gera, origina-se uma frustração grave da confiança legítima, que, na superação expressa, é ou tutelada ou abertamente tratada como juridicamente insuficiente; (vi) a superação disfarçada fere o Estado de Direito, eis que o tribunal utiliza uma determinada fonte do direito para chegar a resultado distinto do que lhe foi atribuído pela experiência, sem qualquer justificativa, minando a própria legitimidade do Judiciário.⁷⁷

73. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 60-61 e, especialmente, 133.

74. Afirmando-a como técnica: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 347. ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*, cit., p. 94.

75. Assim, embora utilizem o conceito como adequado à teoria dos precedentes, acabam por apontar o *overruling* como método ideal: EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 134. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 347.

76. PETERS, Christopher J. *Under-the-table overruling*, cit., p. 1072.

77. PETERS, Christopher J. *Under-the-table overruling*, cit., p. 1073-1081.

Diante dessa percepção, deve-se concluir que a transformação não deve ser internalizada como uma técnica própria do *stare decisis*, o que seria um contrassenso. Não se pode ter como *permitted* aos tribunais, diante dos precedentes obrigatórios, realizar a transformação de uma norma de precedente em outra, mantendo-se o mesmo referencial e evitando a consideração da confiança legítima ensejada pela norma que, na verdade, foi superada. Isso é, certamente, algo que se deseja evitar no *stare decisis*. A correta compreensão da transformação, portanto, é de um *conceito para descrever essa anomalia prática*.⁷⁸

Cumpre insistir: a transformação deve ser evitada e compreendida como um conceito para se referir a uma possível prática dos tribunais que é contrária ao *stare decisis* e, portanto, ilegal. Nos casos em que as transformações são realizadas, na verdade, o tribunal deveria ter optado, conforme a teoria dos precedentes obrigatórios, pela explícita superação, enfrentando a carga argumentativa para tanto e tutelando a confiança legítima dos jurisdicionados que planejaram suas vidas conforme a norma extinta.⁷⁹

6.6. A DECISÃO PER INCURIAM

Por decisão *per incuriam* entende-se aquela na qual não se fez referência a precedente judicial ou lei que continha norma aplicável ao caso concreto. Considera-se que só são *per incuriam* aquelas decisões nas quais o resultado teria sido diverso caso o precedente ou a lei tivessem sido considerados. Assim, nada obstante inexistir aplicação expressa de uma norma de precedente ou legal, caso o magistrado chegue ao mesmo resultado que chegaria caso tivesse considerado a norma em questão, não se denomina *per incuriam* sua decisão.

Serão analisadas, exclusivamente, as decisões que se omitem de analisar precedentes obrigatórios aplicáveis à espécie. A questão é: a decisão *per incuriam* gera norma jurídica?

78. Inclusive, relata-se que a superação de entendimentos jurisprudenciais, na Itália, precisa necessariamente ser realizada de forma explícita. Confira-se: “Il giudice di merito, che non intenda seguire l'interpretazione proposta della Corte di cassazione”, é tenuto a fare ciò esplicitamente – non deve sottacere la giurisprudenza di contrario avviso – e deve addurre ragione congrue, convincenti a contestare e a fare venire meno l'attendibilità dell'indirizzo interpretativo rifiutato” (Cass. n. 7248/83 Trib. Firenze, 23 aprile 1966) (CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile – Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 234).

79. Algumas questões de aparência são levantadas como capazes de justificar a opção pela transformação, ao invés da devida superação. Segundo se afirma, a transformação evita a confissão, por parte do tribunal, de que ele estava equivocado no precedente, além disso, a transformação pode ser adotada pelo desejo de manter a impressão de manutenção de estabilidade, como um importante valor a ser seguido. Esses argumentos são levantados em: EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 134-135. Eles não convenceram, entretanto. Primeiramente, nem toda modificação do direito implica a confissão de erro, é possível que exista uma mudança situacional ou jurídica que justifique sua alteração. Ainda que se parta da equivocada premissa de que toda modificação advém de erro, a transformação seria uma admissão, ainda que implícita, de erro... O segundo ponto levantado também é tortuoso: ora, se se quer manter a estabilidade, ou a sua aparência, a melhor forma de o fazer é fornecer segurança na mudança, mediante a tutela da confiança legítima gerada pela norma superada, o que é suprimido na transformação. Muito ao contrário de reforçar a ideia de estabilidade, a transformação dá origem a grave insegurança e, assim, à falta de estabilidade. Ao final, o próprio autor acaba por admitir que o uso da superação (*overruling*) é mais adequado do que o da transformação.

A resposta precisa ser dada em dois momentos. Primeiramente, caso o precedente ignorado seja de tribunal hierarquicamente superior, a questão é de fácil solução: trata-se de decisão que contém *error in iudicando* ou *in procedendo* e, portanto, não constitui norma jurídica, mas sim a negativa de sua aplicação. O julgador não possui competência para superar (*overruling*) a norma do precedente, sendo inapropriado, portanto, a geração de uma norma distinta da fixada anteriormente.

Alerte-se que a questão da hierarquia, no direito brasileiro, deve levar em conta a existência de diversos órgãos internos no mesmo tribunal. Assim, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça, as decisões do pleno se sobrepõem às das turmas.⁸⁰

O problema é mais complexo no caso em que o órgão prolator da decisão é o mesmo que gerou o precedente. Neste caso, há descumprimento do dever de autorreferência, o que faz a sua atuação desconforme com o princípio do *stare decisis*. Com efeito, como foi analisado anteriormente, os precedentes obrigatórios exigem que o órgão julgador, ao julgar acerca de questão anteriormente já decidida por outros órgãos do Judiciário que são superiores ou iguais hierarquicamente, ao menos considere a decisão e demonstre os motivos pelos quais nega a sua aplicação; trata-se de um ônus argumentativo, expresso em um dever específico de fundamentação imprescindível para o *stare decisis*. O efeito de uma decisão sem autorreferência, chamadas *per incuriam*, é sua descon sideração como precedentes judiciais obrigatórios.⁸¹

Nesse sentido, foi a decisão da *Court of Appeal*.⁸²

The Court of Appeal is bound to follow its own decisions and those of courts of co-ordinate jurisdiction, and the full court is in the same position in this respect as a division of the court consisting of three members. The only exceptions to this rule are: (1) The court is entitled and bound to decide which of two conflicting decisions of its own it will follow; (2) the court is bound to refuse to follow a decision on its own which, though not expressly overruled, cannot, in its opinion, stand with a decision of the House of Lords; (3) the court is not bound to follow a decision of its own if it is satisfied that the decision was given *per incuriam*, e.g., where a statute or a rule having statutory effect which would have affected the decision was not brought to the attention of the earlier court.

Deve-se destacar que, muito embora decisões *per incuriam* não constituam precedentes obrigatórios, elas possuem efeitos deletérios em relação à segurança jurídica oferecida pelo precedente vinculante que foi negligenciado. Isso porque a decisão pelo mesmo tribunal em sentido contrário ao qual determina a *ratio decidendi* pode muito bem significar uma vindoura superação (*overruling*), ou seja, a revogação do entendimento consagrado. Assim, mesmo sendo mais adequado o

80. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*, cit., p. 84.

81. Assim, fazendo referência ao caso *Duke v. Reliance Systems Ltd.*, de 1988: BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey, *Precedent in the United Kingdom*, cit., p. 326.

82. Inglaterra – Court of Appeal – *Young v. Bristol Aeroplane Co Ltd*, Lord Greene, 1944, KB 718. Sobre a questão, ver: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*, cit., p. 108-116.

uso de outros instrumentos para indicar a necessidade de modificar determinada norma de precedente, nomeadamente a sinalização, a decisão *per incuriam* pela corte competente para a superação do precedente serve como demonstração da defasagem da norma.⁸³

De toda forma, isso pode não ser o caso, como destaca Mortimer Sellers, ao analisar o caso *Casey v. Planned Parenthood of Pennsylvania*, de 1992.⁸⁴

The Supreme Court's decision in *Casey* provides a good example of a case in which the Court considered itself bound by precedent to make a decision that might well have turned out differently in a case of first impression. *Casey* concerned fundamental rights, derived ultimately from Magna Carta and the old common-law protections preserved by the Constitution. These therefore required the same application of "reasoned judgment" that is expected of common-law courts. Justices O'Connor, Kennedy and Souter relied on the academic reflections of well-known judges (Benjamin Cardozo and Lewis F. Powell) to set out a framework for their discussion of the use of precedent by the United States Supreme Court. They described the use of precedent as "prudential" and "pragmatic," depending upon: (1) the rule of law ideal; (2) the workability of the old rule; (3) the hardship caused by upsetting reliance on prior decisions; (4) the extent to which subsequent decisions have undermined old precedents; and (5) whether facts have changed in the interim.

Como se percebe, a própria Suprema Corte demonstrou que, ainda que determinasse nada norma, de fato, não fosse a princípio construída pelo tribunal, o que determina a existência de razões substanciais apontando para a mudança, nem sempre isso será suficiente para a superação de um precedente. Isso se dá, notadamente, quando as razões de segurança jurídica sejam mais fortes do que as razões para mudança. Justamente por descon siderar essas razões, que alicerçam o *stare decisis*, as decisões *per incuriam* não podem ser tomadas como precedentes obrigatórios.

83. Ver explicitando a postura da *House of Lords* sobre a questão: STONE, Julius. *Precedent and law*, cit., p. 198-201.

84. SELLERS, Mortimer N. S. "The doctrine of precedent in the United States of America". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, p. 78-79.