

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

CLEIDE CALGARO

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Cleide Calgareo; Heron José de Santana Gordilho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-754-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, foi realizado durante o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018. O evento foi promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, havendo como tema central “TECNOLOGIA, COMUNICAÇÃO E INOVAÇÃO NO DIREITO”.

Os artigos apresentados comprovaram o empenho em discutir questões processuais, de jurisdição e de efetivação da justiça através de um viés multidisciplinar onde se obteve o desenvolvimento de debates acadêmicos e a discussões e a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil.

Nesse sentido, o GT de Processo, jurisdição e efetividade da justiça II, possui temas importantes para o conhecimento de questões relacionadas a área, tais como:

- 1) O trabalho intitulado UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA dos autores Thiago Alves Feio e Alyne Azevedo Marchiori analisando se os princípios do processo do trabalho continuam sendo requisitos de compatibilidade para a aplicação do Código de Processo Civil, tendo em vista a reforma trabalhista.
- 2) O trabalho com o título PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO SOB A ÓTICA DA TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS: UM ESTUDO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA DO CIDADÃO PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA de Fabrício Veiga Costa e Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso demonstra que o modelo de processo coletivo vigente brasileiro se funda no sistema representativo, é autocrático, além de contrariar o sistema participativo, que autoriza constitucionalmente o direito de todos os sujeitos afetados pelo provimento final participar de sua construção.
- 3) O trabalho NOTAS PRELIMINARES ACERCA DA PROBLEMÁTICA DO PARADIGMA RACIONALISTA E DA UTILIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL COMO NORMA SUPLEMENTAR NA PROTEÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL das autoras

Cleide Calgaro e Graciele Dalla Libera objetiva aprofunda-se na problemática da proteção ambiental através da via jurisdicional, estudada sob a perspectiva do processo civil brasileiro, nas relações envolvendo o privado, o Estado e o meio ambiente.

4) Já o trabalho RECURSOS NAS AÇÕES COLETIVAS: IMPACTOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL dos autores Lorrane Queiroz e Paulo Ricardo Braga Maciel busca compreender quais foram as principais inovações ocorridas no novo Código de Processo Civil que impactaram os recursos dentro da sistemática do processo coletivo.

5) O artigo OS LIMITES DO JUIZ NA PRODUÇÃO DA PROVA DE OFÍCIO COM BASE NO ARTIGO 370 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 tendo como autores Francieli Micheletto e Felipe de Poli de Siqueira estuda os limites do magistrado na produção probatória de ofício diante do novo viés processual do CPC/2015.

6) No artigo OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO NO SÉCULO XXI A PARTIR DA PERSPECTIVA DO E-COMMERCE E DAS DINÂMICAS DA SOCIEDADE EM REDE dos autores Bruno Mello Corrêa de Barros e Karina Schuch Brunet questiona se as ações sumárias contribuem para a constitucionalização e a eficiência da jurisdição no século XXI em relação às demandas do consumidor provenientes do comércio eletrônico, especialmente aquelas que decorrem do uso da internet.

7) O trabalho INSTRUMENTOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO: MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO E JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS dos autores Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes e Alberto Magalhaes de Oliveira objetiva verificar as diferenças entre o processo coletivo e o IRDR, como também a potencialidade de se tornar a prestação jurisdicional efetiva seu intermédio.

8) Já o trabalho NULIDADES PROCESSUAIS E NÃO-SURPRESA RECURSAL: (IM) POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO EX OFFICIO EM GRAU RECURSAL dos autores Júlia Alves Almeida Machado e Davi De Paula Alves tem por objetivo verificar se, em grau recursal, é possível a aplicação do princípio da não surpresa de ofício, pelo Tribunal.

9) O trabalho A APLICAÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS DO ARTIGO 139, IV, DO CPC/15: REFLEXÕES PARA A EFETIVIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO dos autores Caroline Pastro Pinto Reinas e Elias Marques De Medeiros Neto cujo o presente artigo advém de um projeto que busca analisar a aplicabilidade do CPC/15 nas cortes brasileira. Especialmente este artigo, um dos muitos “braços” do projeto, busca analisar qual o

posicionamento do TJSP no que tange à aplicação das medidas atípicas do art. 139, IV, CPC no processo de execução, especialmente no que tange aos pedidos comumente pleiteados pelo exequente, tais quais, apreensão de CNH e passaporte e bloqueio de cartão de crédito.

10) O trabalho intitulado DA (SUPOSTA) ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO E O STARE DECISIS ANGLO-SAXÃO do autor Gilberto Morbach Junior demonstra a incompatibilidade do suposto precedente obrigatório brasileiro com o genuíno stare decisis no common law.

11) Já o trabalho A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO BRASILEIRO do autor Luiz Claudio Campos Machado evidencia a aplicação do sistema de precedentes judiciais no Processo do Trabalho, a partir das alterações legislativas, principalmente a partir da EC 45/2004, bem como os impactos da Reforma Trabalhista sobre o tema.

12) No trabalho AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO PROCESSO DO TRABALHO. DE ACORDO COM A REFORMA TRABALHISTA (LEI N. 13.467/2017) do autor Rafael Dias Medeiros entende que a jurisdição, uma as funções inerentes ao Estado Democrático de Direito, é exercida pelo Poder Judiciário, por meio do processo judicial, que serve de instrumento para tutelar o direito material envolvido no conflito. O tempo de duração do processo é um tema fundamental para o acesso das partes à ordem jurídica justa e efetiva.

13) E, o trabalho A SUBSTANCIALIZAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA A CONVIVÊNCIA CULTURAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO dos autores Cristiano Becker Isaia e Andréia Momolli estuda a substancialização à luz da Crítica Hermenêutica, como condição de efetivação do ditame constitucional convivência cultural no processo civil brasileiro.

14) Por fim, o trabalho O NOVO MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO dos autores Heron José de Santana Gordilho e Marco Antonio Chaves da Silva analisando a atuação resolutiva do Ministério Público na resolução concreta dos conflitos sociais.

Desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Cleide Calgaro – UCS

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DA (SUPOSTA) ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES
NO DIREITO BRASILEIRO E O STARE DECISIS ANGLO-SAXÃO**

**THE BRAZILIAN SO-CALLED BINDING PRECEDENT AS OPPOSED TO
COMMON LAW STARE DECISIS**

Gilberto Morbach Junior ¹

Resumo

Com o advento do CPC/2015, determinada parcela da doutrina brasileira passou a defender a tese de que o Brasil teria adotado um sistema de precedentes vinculantes. Diante disso, a partir de uma revisão bibliográfica pautada pelo "método" fenomenológico-hermenêutico, o presente ensaio visa a, comparando o (suposto) precedente brasileiro com o genuíno instituto do stare decisis no common law, verificar em que medida se sustenta essa tese, numa tentativa de desmistificá-la a partir da hipótese de que essa importação de um instituto anglo-saxão foi realizada de forma abrupta e parcial.

Palavras-chave: Processo, Precedentes, Common law, Stare decisis, Ratio decidendi

Abstract/Resumen/Résumé

Some legal scholars, when the Brazilian Procedural Code of 2015 emerged, claimed that Brazil had now adopted a new system of binding precedents. This essay, from a bibliographical review based under the hermeneutical "method", seeks to compare the (so-called) Brazilian precedent with the genuine common law stare decisis, verifying in which way such a thesis can be sustained. It seeks to demystify the idea of a Brazilian precedent from the hypothesis that such an introduction of an idea from a different context was partial and abrupt.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal process, Precedents, Common law, Stare decisis, Ratio decidendi

¹ Mestrando em Direito Público, como bolsista CNPq, pela Unisinos/RS. Membro do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos e da ABDPro - Associação Brasileira de Direito Processual. Advogado.

1. Introdução

Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), fortaleceu-se, também, uma corrente doutrinária no Brasil (encabeçada, principalmente, por Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Sérgio Arenhart, e, inclusive, Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal) defensora da tese de que o direito brasileiro estaria se apropriando de uma tradição característica do *common law*: a de respeito a precedentes vinculantes, originados a partir de decisões oriundas dos Tribunais Superiores. O presente trabalho, assim, a partir do “método” fenomenológico-hermenêutico, e tendo a Crítica Hermenêutica do Direito, de Streck, como fio condutor, visa a desmi(s)tificar, a partir de uma revisão bibliográfica, a tese precedentalista, sob diferentes aspectos; visa, pois, a verificar as (in)compatibilidades da proposta de precedentes brasileiros com o *stare decisis* legítimo do *common law*, que se verifica no Direito anglo-saxão. Em linhas gerais, a pesquisa verificou que o precedente brasileiro parte de uma incorporação incompleta, que não foi capaz de levar em consideração uma série de aspectos, nuances, discussões e interpretações distintas que existem acerca do *stare decisis* no contexto do *common law*.

De acordo com Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, em coautoria com sua assessora, Patrícia Mello, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), “instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau” (MELLO, BARROSO, 2016). Valendo-se de conceitos formados no âmbito do *common law*, o discurso de Mello e Barroso soma-se a várias outras manifestações de uma parcela da doutrina brasileira que, a fim de promover isonomia na aplicação do Direito e segurança jurídica, defende que confira-se força vinculante, obrigatória, às decisões dos Tribunais Superiores. A esses Tribunais, ou Cortes Supremas, segundo essa recente corrente doutrinária, reserva-se — nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 105), que são dos principais expoentes dessa tese *precedentalista* — “a função de atribuição de sentido ao Direito”. Ou seja, de acordo com a tese, os Tribunais Superiores têm o papel de *interpretar as normas jurídicas*, e a(s) decisão(ões) que daí exsurtem tornam-se vinculantes, obrigatórias, aos Tribunais inferiores.

Os, então, “precedentalistas” encontram amparo no art. 927 do CPC. Sua defesa de precedentes obrigatórios oriundos das ditas Cortes Supremas surge, essencialmente, desse dispositivo, segundo o qual os juízes ou Tribunais observarão (i) as súmulas vinculantes; (ii) as

decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. É, portanto, justamente à luz dessa disposição legal e dessa já mencionada busca por segurança jurídica que alguns autores defendem, como “reação” a “decisões desiguais a casos iguais” (MARINONI, 2010, p. 101), que o “precedente” constitua “Direito vigente” e tenha “força vinculante” (MITIDIERO, 2016, p. 15).

É evidente que, em razão de ainda não existir uma classificação exata das diferentes posturas precedentalistas, é provável que nem todos os seus defensores compartilhem do mesmo posicionamento acerca das questões que também aqui serão expostas. O fato, porém, é que há, como vimos, autores cuja expressão e prestígio no cenário brasileiro fazem com que a crítica ao seu pensamento também alcance a tese precedentalista *per se*: justamente, aqueles que iniciam estas reflexões, como Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Sérgio Arenhart, e o próprio Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso.

O precedentalismo — ou *commonlização* — brasileiro, à luz do que defende o artigo de Mello e Barroso, defende, pois, em linhas gerais, duas frentes: que (i) o CPC/2015 aproxima o Brasil e, portanto, seu sistema de *civil law*, do *common law*; e que (ii) os provimentos do artigo 927 são considerados, *a priori* e, “de forma simplificada”, como “precedente”. Trabalha-se, assim, como se pode ver, com um conceito de *precedentes vinculantes* sob um sentido de “entendimentos que firmam orientações gerais obrigatórias para o futuro” (BARROSO, 2015, pp. 160-161, 235-248). Acontece, contudo, que a contradição é evidente. Vejamos: os precedentes, no *common law*, são entendimentos que firmam orientações para o futuro? Mais: podemos tratar *precedentes*, *instrumentos vinculantes* e *súmulas*, todos esses elementos, como se fossem todos mecanismos voltados para pré-ordenar o direito aplicável em casos futuros? Evidente que não. O *stare decisis* legítimo do *common law* não funciona dessa forma; não são feitos para resolver casos futuros (STRECK, ABBOUD, 2016). O “verdadeiro” precedente, de fato, é constituído, segundo Taruffo, pelos tribunais *subsequentes*. É o *segundo* juiz que — por assim dizer — *cria* o precedente, ao adotar a mesma *ratio decidendi* do caso anterior (TARUFFO, 2014).

2. A *ratio decidendi* da decisão: “precedente” brasileiro e *stare decisis* anglo-saxão

O precedente, sabemos, envolve uma decisão passada que é seguida em um caso posterior, em razão de ambos os casos serem similares. O instituto deve sua origem aos sistemas jurídicos típicos do *common law*, já que esses ordenamentos são *desenvolvidos* por juízes, Cortes e Tribunais. Evidentemente, isso levanta uma série de perguntas: quando dois casos são “similares”, nos termos exigidos para que se configure um precedente? Por que uma decisão no caso pretérito deve afetar a do caso subsequente? Quais são os elementos vinculantes que dão caráter de precedente a uma decisão?

O precedente — isto é, uma decisão a ser considerada no julgamento de casos futuros semelhantes —, seja no *common law*, seja em sua (tentativa de) apropriação brasileira, bem como as possíveis respostas a todas essas questões suscitadas, envolve os conceitos de *obiter dicta* e *ratio decidendi* (COLLIER, 1988). Em linhas gerais, *obiter dicta* são aqueles argumentos utilizados pelos juízes, ou mesmo comentários *en passant*, que são “prescindível[eis] para o deslinde da controvérsia”. Não há muitos problemas até aí. A *ratio decidendi*, por sua vez, é o que “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto” (CRUZ E TUCCI, 2004, pp. 175, 177). Evidentemente, a *ratio decidendi* inaugura um problema complexo; tanto é que a questão da *identificação* da *ratio decidendi* é algo que a doutrina do *common law* já debateu muito (e ainda debate). Inclusive, o debate é tão intenso e traz visões tão antagônicas entre si que as distintas visões sobre o tema são comparadas, analogicamente, inclusive com uma espécie de contraponto entre *tese* e *antítese*, conceitos da dialética *hegeliana*.¹

No Brasil, por outro lado, a questão parece ser simplificada. O artigo de Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello (2016) considera a *ratio decidendi* como “uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão”. Em linha muito similar, Daniel Mitidiero (2016) dispõe que “a *ratio decidendi* de uma questão constitui o resultado de uma generalização das razões invocadas pela corte que julgou o caso devidamente apreendido pelo juiz ou pela corte que deve julgar o novo caso”. Disso se segue que, para os precedentalistas, “da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada” (DIDIER JÚNIOR, 2013). É o que Marinoni, Mitidiero e Arenhart (2015, pp. 605, 611) chegam

¹ A dialética *hegeliana* se refere ao método dialético de argumentação particular do filósofo alemão G. W. F. Hegel, que, como outros métodos “dialéticos”, trata de um processo contraditório entre lados opostos (MAYBEE, 2016). A analogia com a discussão sobre a *ratio decidendi* em COLLIER, 1988.

a chamar de “mandamentos normativos”, oriundos das Cortes que seriam responsáveis por “dar a última palavra”, que são “*sempre* obrigatórios”.

O fato, porém, é que, como vimos, a identificação da *ratio* é um problema de longa data no *common law*, longe de ter uma solução tão simples. Não por menos, Neil MacCormick (1987, p. 157) reconhece que a identificação da *ratio* configura a maior dificuldade de se obter um entendimento claro acerca da doutrina do precedente.

Nesse sentido, de pronto, já se pode mencionar a doutrina de Melvin Eisenberg. Somente ela já destaca *três* possíveis abordagens acerca da *ratio decidendi*, o que já denota, no mínimo, uma pluralidade de definições. São elas (i) a abordagem minimalista, (ii) a abordagem focada no resultado, e (iii) a abordagem declaratória.

Para a primeira, a regra de um precedente consiste naquela norma enunciada na sentença da corte precedente que foi necessária à decisão. Desse modo, reduz-se a regra enunciada pela corte ao mínimo indispensável, o que dá a essa abordagem a alcunha de *minimalista*. Já para a abordagem focada no *resultado*, a regra de um precedente consiste na proposição segundo a qual, com base nos fatos do precedente (ou alguns deles), deveria ser alcançado o resultado do precedente. O que importa para essa abordagem é o que a Corte *fez*, e não aquilo que ela *disse* (EISENBERG, 2010, p. 84). Por fim, a abordagem *declaratória* considera que a *ratio decidendi* de um precedente consiste na regra que ele exprime na medida em que seja *relevante para as questões levantadas pela controvérsia diante do juiz*. Nessa perspectiva, ao enunciar a regra no julgamento do caso — que servirá como precedente —, o Tribunal estaria exercendo a função de *enriquecimento das normas jurídicas*, atividade que, apesar de não ter um valor em si, seria conexa com a função de composição de controvérsias (EISENBERG, 2010, p. 88).

Há, no entanto, como dito, uma série de posições diferentes sobre o tema. Alguns autores dizem que a teoria clássica acerca do conceito de *ratio decidendi* consiste em considerá-lo a regra ou o *princípio* que a Corte considera necessário para o resultado encontrado em um caso, ao passo que uma outra visão — tributada a Goodhart — considera a *ratio decidendi* como sendo os fatos materiais e a decisão judicial baseada em tais fatos (SCOFIELD, 2005, pp. 311-328). Nessa perspectiva, importaria mais a decisão e os *fatos que lhe são subjacentes* que as razões de decidir, ao passo que, na primeira, o que sobreleva é o *princípio* que serve de base para a decisão. Justamente nesse sentido é a doutrina de Rupert Cross (1977, p. 13), para quem a *ratio decidendi* é definida pela norma jurídica expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para alcançar sua conclusão judicial. Tem em conta, assim, a linha de raciocínio adotada por ele, como parte necessária para a direção do seu julgamento. A *ratio*,

portanto, deve ser lida de duas formas concomitantes. A primeira, como sendo uma norma jurídica de autoridade obrigatória para o caso em que formulada. E a segunda, como a norma jurídica encontrada no raciocínio atual do julgador, e que expressa a base da sua decisão.

Explica-se: Goodhart (1930) propõe que a *ratio decidendi* seja determinada a partir da verificação dos *factos*, tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz. Algumas das visões que divergem dessa proposta, por exemplo, dizem que ela é falha por não levar devidamente em consideração alguns elementos que podem ter influenciado a decisão do juiz, como, por exemplo, a relação do caso em questão com outros casos passados (CROSS, 1977, p. 67). Mesmo assim, e muito embora tenha sido desenvolvida há vários anos, a teoria de Goodhart ainda é considerada por muitos juízes ao decidirem casos em Cortes norte-americanas (DUXBURY, 2008, p. 84). Cabe, ainda, dizer que Arthur Goodhart — que, segundo Duxbury (2008, p. 80), verdadeiramente mereceria “um prêmio” por ser pioneiro em “atacar construtivamente” o problema da *ratio decidendi* — desenvolveu sua teoria de forma a contrapor os realistas jurídicos norte-americanos,² para quem a identificação da *ratio* e, portanto, toda a lógica do precedente seria mera ilusão (ROSS, 1958, pp. 85-92).

A proposta de Goodhart, apesar de pioneira, passou longe de solucionar o debate. Além de ter sido, como vimos, alvo de algumas críticas — vide, a título de exemplo, as de Julius Stone (1957, pp. 597-620) para quem a ideia de Goodhart, de insistir em dedicar atenção à escolha de fatos materiais feita pelo juiz, não seria satisfatória uma vez que cada um desses fatos pode ser declarado em diferentes níveis de generalização, podendo levar a uma solução distinta para o caso —, não foi a única visão a adquirir relevância sobre o tema. Uma versão bastante diferente daquela de Goodhart foi a de Eugene Wambaugh (1894, pp. 17-21), para quem a *ratio decidendi* deve ser uma regra identificável a partir do elemento da decisão sem o qual o caso em questão deveria ter sido decidido de outra maneira, distinta da que foi. É o chamado “teste de Wambaugh” (DUXBURY, 2008, p. 76). Alguns autores, como, por exemplo, Allen (1939, p. 227) apesar de não adotarem o teste, concedem que a *ratio decidendi* é um elemento necessário à decisão.

² O movimento do realismo jurídico norte-americano representou um contraponto à escola de pensamento que dominou o cenário jurídico dos EUA durante um longo tempo. Conhecido como formalismo, a doutrina de Christopher Columbus Langdell dispunha que os princípios gerais do Direito deveriam ser extraídos de precedentes, dos quais sempre seria possível deduzir soluções para os casos futuro. O realismo, por sua vez, propunha uma visão do Direito centrada no papel do juiz na criação do Direito, dando liberdade quase absoluta e retirando qualquer tipo de vinculação ao precedente e, até mesmo, em casos mais extremos, à própria legislação, num sentido de que os juízes deveriam decidir de forma pragmática, prospectiva, atendendo à realidade social (TARELLO, 1962 e FACCHINI NETO, WEDY, 2016, pp. 75-122).

Wambaugh não foi o único. J. L. Montrose, por exemplo, também ofereceu uma contraposição à teoria de Goodhart, ao dispor que sua tese de identificação da *ratio*, atrelada demasiadamente aos fatos do caso, acarretava na hipótese de a decisão pronunciada pelo juiz fosse ignorada pelas cortes responsáveis por julgar casos subsequentes (GOODHART, 1930, pp. 161-183). A. W. B. Simpson (1958, pp. 155-160), por outro lado, dizia que a tese de Goodhart era incapaz de dizer algo para além da concepção clássica da *ratio decidendi*, que dispunha, genericamente, que a *ratio* vinculante é extraída dos “princípios” da decisão.

A conclusão é nítida: ainda que não tenha havido qualquer consenso, e embora a discussão acerca do que constitui a *ratio decidendi* de um caso seja, em certa medida, indeterminada, evidentemente, em *nenhum* desses entendimentos é possível equiparar a *ratio* de um caso a uma tese generalizante, enunciada pelo Tribunal *previamente com esse fim*. Como vimos, pois, eis aí uma clara — e importantíssima — distinção entre o *stare decisis* do *common law* e o “precedente” brasileiro.

Surpreendentemente, o próprio Luiz Guilherme Marinoni (2015, pp. 351-414), em artigo de 2015, não apenas reconhece como *expõe* muito dessa complexa questão enfrentada pela doutrina do *common law* no que diz respeito a identificar o que, de fato, constitui a *ratio decidendi* de uma decisão. O autor refere que “já foi demonstrado que a *ratio decidendi*, no âmbito do *common law*, é vista como passo necessário à específica solução dada ao caso”. Ao mesmo tempo, porém, curiosamente, em outra publicação anterior, pondera que “[n]o direito brasileiro, contudo, a conformação da *ratio decidendi* não necessita e não deve sofrer igual restrição”, e que “todas as questões, envolvidas e presentes de uma ou outra maneira nos vários processos jurisdicionais, devem contar com os benefícios da teoria dos precedentes” (MARINONI, 2012, pp. 351-414).

Ou seja: com base no(s) artigo(s) de Marinoni, nota-se que aqueles que defendem a tese precedentalista brasileira estão cientes da existência de discussão acerca da identificação da *ratio decidendi* no *common law*.³ Mesmo sendo a questão reconhecida, porém, no Brasil, ainda assim, insistem que se equipare, de antemão, a *ratio* à tese jurídica firmada pelas Cortes responsáveis por formar um precedente (MELLO, BARROSO, 2016). Tudo isso enquanto no direito anglo-saxão a identificação se estabelece *posteriormente*, mediante *função interpretativa dos tribunais responsáveis pela aplicação do precedente*. Um precedente à brasileira já *nasce* assim, ao passo que a decisão de uma corte superior anglo-saxã *torna-se* um

³ Como vimos Luiz Guilherme Marinoni chega a abordar e discorrer acerca de algumas das diferentes concepções acerca da identificação da *ratio decidendi* no âmbito do *common law*, vide o artigo mencionado e até mesmo sua obra sobre precedentes (MARINONI, 2011, pp. 224-225, 240-245).

precedente. Em um primeiro momento, a decisão cobre somente o caso que está diante da Corte, e seu conteúdo enquanto precedente é desenvolvido posteriormente, quando as cortes subsequentes lidam com casos novos.

Para E. D. Elliott (1983, pp. 125-176), “nenhuma decisão, nem mesmo uma decisão unânime da Suprema Corte, é um precedente no dia em que é proferida”. O que torna tal decisão um precedente, pois, é o fato dela ser *reconhecida e aceita* enquanto um pronunciamento dotado de autoridade, capaz de resolver controvérsias futuras. Nesse mesmo sentido, ao comentar o caso *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*,⁴ Jan Deutsch (1978) diz que caberia ao futuro dizer se a decisão proferida viria a adquirir “*precedential significance*” — ou seja, caráter de precedente — ou não. Os autores seguem justamente a ideia que se extrai do que diz o conceito de “precedente” em importantes dicionários do *common law*: o *Black’s Law Dictionary* estabelece que é um precedente aquilo que for, primeiro, estabelecido por uma corte em um caso particular, e, segundo, “referenciado” posteriormente pelas cortes que decidirem em casos similares (BLACK *et. al.*, 1990, p. 1176); o *Bouvier’s Law Dictionary*, por sua vez, dispõe expressamente que o “*binding effect*” (efeito vinculante) da *ratio decidendi* se observa a partir da *recorrência de decisões*;⁵ afinal, a identificação da *ratio* é tarefa dos tribunais subsequentes.

É claro que o *stare decisis* do *common law* tem relação direta com a autoridade da corte que prefere a decisão. Entretanto, como visto, a decisão de um tribunal superior passa a ter *dimensão* de precedente mediante (i) aceitação, primeiro, pelas partes envolvidas no caso que estiver em questão (num sentido de que a decisão do *caso* alcança as partes nele envolvidas) e, em seguida, (ii) pelas instâncias inferiores, mediante sua incorporação e *referência enquanto precedente*. Isso fica evidente porque, para além da controvérsia que envolve a questão da identificação da *ratio*, é nítido o papel dos tribunais subsequentes, responsáveis por aplicar o precedente, nesse processo. Não por menos, acaba-se observando, no *common law*, até uma certa *discricionariedade* no que diz respeito a determinar a *ratio* da decisão pretérita (BRISON, SINOTT-ARMSTRONG, 1993).

⁴ Caso em que a Suprema Corte dos EUA decidiu que a raça de um candidato poderia ser um fator a ser levado em consideração da política de admissão na University of California, mas não autorizou que a universidade reservasse cotas específicas pautadas na questão racial (SCOTUS, 1978).

⁵ “*To render precedents valid, they must be founded in reason and justice; must have been made upon argument, and be the solemn decision of the court; and in order to give them binding effect, there must be a current of decisions.*” (BOUVIER, 1856, p. 364).

3. As distintas interpretações acerca do precedente

Como visto, a discussão acerca da *ratio decidendi*, existente no âmbito do *common law* foi extremamente simplificada pela tese precedentalista brasileira. Tanto a questão é complexa que, mesmo a doutrina do precedente sendo central em sistemas jurídicos do *common law*, é unânime que a compreensão teórica acerca dessa prática ainda esteja, nas palavras de Larry Alexander (1989), em um “estágio primitivo”, a ponto de enxergar-se até mesmo uma certa “inconsistência” de um discurso interpretativo para outro.⁶ Alguns autores, como Ronald Dworkin (2014, pp. 31-32), chegam a mencionar, inclusive, a existência de uma doutrina *estrita* e outra *atenuada* dos precedentes. A primeira obriga os juízes a seguirem decisões anteriores, especialmente dos tribunais superiores, mesmo acreditando que essas decisões foram erradas. Apesar de ser amplamente adotada por juristas do *common law* — vide a autoridade irrestrita da *House of Lords* no Reino Unido e da Suprema Corte nos Estados Unidos —, essa visão é contestada por alguns (DWORKIN, 2014, p. 31). Evidentemente, foi essa a doutrina importada pela corrente brasileira que defende a ideia de que o Brasil, agora, trabalha(ria) a partir de um sistema [*sic*] de precedentes vinculantes.

A segunda doutrina do precedente nos países anglo-saxões é, como dito, a doutrina atenuada, e ela dispõe apenas que o juiz deve *atribuir peso* a decisões anteriores, e que deve segui-las “*a menos que as considere erradas o bastante para suplantam a presunção inicial em seu favor*” (DWORKIN, 2014, p. 31). Por óbvio, a discussão é complexa, e não faz parte do objetivo deste trabalho aprofundar-se ou mesmo tecer qualquer tipo de posicionamento em favor de uma ou outra doutrina/corrente doutrinária de juristas do *common law*; o que se quer demonstrar, contudo, é que essa discussão, orgânica, não é considerada pela importação mecânica e desprovida de questionamento por parte do precedentalismo nacional.

O que se vê é que a discussão doutrinária sobre o precedente, sua força, alcance, papel e até mesmo interpretação, no *common law*, portanto, é ampla. À luz do debate sobre a *ratio decidendi*, há, também, no mesmo sentido, um outro debate, que, em linhas gerais, vai decorrer exatamente das diferentes interpretações acerca do que constitui a *ratio* em uma decisão; enquanto que o debate sobre a *ratio* já elencava o que constituiria exatamente o núcleo

⁶ É bem verdade que o artigo em que Alexander se refere à profundidade teórica relativa à prática do precedente no *common law* foi escrito em 1989. Ainda assim, não só as considerações do autor acerca da doutrina do precedente seguem sendo referenciadas, como sua obra posterior segue insistindo no ponto de que há amplas divergências teóricas dizendo respeito à forma como um precedente deve ser interpretado (ALEXANDER, 1996, pp. 493-504). O autor, vale dizer, é um dos que subscrevem, ao lado de autores como Joseph Raz e Frederick Schauer, aquela que será tratada posteriormente como uma das interpretações acerca da doutrina do precedente, vale dizer, a primeira delas, que considera o *stare decisis* como a imposição de uma *regra*.

fundamental do precedente, este segundo, por sua vez, acaba por dar voz a *três interpretações distintas* acerca de como o precedente deve ser entendido, quais sejam: (i) o precedente como regra imposta; (ii) o precedente como a aplicação de princípios subjacentes à decisão; e (iii) o precedente como uma decisão a partir do balanço de razões existentes na decisão do caso individual. De pronto, assim, já se pode perceber a complexidade do tema e, portanto, a simplificação excessiva operada pela doutrina brasileira.

3.1 O precedente visto como regra

O que se quer explicitar quando se defende que a decisão judicial que constitui o precedente dispõe uma *regra*? Suponhamos que determinada Corte se veja diante de um caso em que o autor postula pelo resultado (*a*) trazendo as razões (*a1*), (*a2*) e (*a3*). O réu, por sua vez, postula pelo resultado (*b*), alegando (*b1*), (*b2*) e (*b3*). Ao decidir em favor do resultado (*a*) e dispor que as razões (*a1*) e (*a3*) foram as razões determinantes para a solução do caso, a Corte estará dizendo que *sempre que* (*a1*) e (*a3*) *ocorrerem no plano prático, o resultado da disputa deve ser* (*a*). Ou seja: em outras palavras, ao decidir uma disputa particular, a Corte estará criando uma regra através da qual se resolve aquele tipo de disputa (LAMOND, 2011).

Não temos aqui, portanto, *mais uma aproximação da tese precedentalista brasileira com o positivismo jurídico*? Diferentemente dos trechos introdutórios ao primeiro capítulo desta monografia, em que a aproximação traçada se dava *a partir e através de paradigmas filosóficos*, agora, é possível aproximar uma tese da outra também *sob uma perspectiva puramente prática*. Ora, *é exatamente a partir de uma interpretação desse tipo* que, no Brasil, Marinoni (2006, pp. 96-97) chega a chamar, como foi visto anteriormente, a *ratio decidendi* de “*norma jurídica criada pelo magistrado, à luz do caso concreto, a partir da conformação da hipótese legal de incidência às normas constitucionais*”. A partir das próprias palavras do autor, depreende-se que, no caso brasileiro, a doutrina precedentalista importa a interpretação positivista do precedente do *common law* como regra disposta na decisão. Eis, aí, novamente, uma perspectiva a partir da qual se pode relacionar de forma muito clara o precedentalismo brasileiro com o positivismo jurídico *lato sensu*. O ponto, contudo, é que (i) não só a importação é precipitada, visto que não se discute, por aqui, as outras abordagens doutrinárias do *common law* acerca do precedente, como também (ii) essa interpretação, além de estar longe de ser unânime, é muito criticada nos próprios países anglo-saxões, por problemas que (iii) se tornam ainda mais graves em um país como o Brasil, pautado sob o *civil law*.

A primeira crítica à interpretação do precedente como regra disposta diz respeito exatamente ao papel dos tribunais subsequentes (aqueles responsáveis por *aplicar*, segundo os precedentalistas) na identificação da *ratio decidendi*. No *common law*, os pronunciamentos das Cortes no julgamento de casos, por mais diretos que sejam, raramente identificam de forma direta suas próprias *rationes*. A vinculação, portanto, se dá *a partir* do precedente. Ademais, ainda que uma Corte decida expor a *ratio*, não é essa formulação específica que vincula os tribunais posteriores (MOORE, 1987, pp. 183-198).

Afinal, é um consenso no *common law* — algo que, curiosamente, parece ser, muitas vezes, ignorado por aqui — que os tribunais subsequentes têm *flexibilidade* para determinar a *ratio* específica de cada decisão precedente (LAMOND, 2011). Mais do que isso, atente-se para o seguinte: no *common law*, até mesmo autores de matriz positivista — ou seja, que adotam essa interpretação do próprio conceito de precedente como a disposição de uma regra — afirmam categoricamente que *o sistema de precedentes vinculantes não se encaixa adequadamente em um sistema jurídico plenamente constitucional/estatutário*. Ao tratar do precedente nos Estados Unidos, Larry Alexander (1989) diz que é preciso reconhecer que o precedente vinculante tem um “*fit*”, ou “ajuste”, “difícil” em países sob o *civil law*, algo que não é problemático em razão de o sistema americano ser aquilo que o autor chama de sistema constitucional “impuro”.

Os exemplos não param por aí. O próprio H. L. A. Hart (2012, p. 165), talvez o mais importante autor no positivismo jurídico — autor este que trabalhou com maestria a complexidade no estudo da teoria do Direito, abordando a semântica e a pragmática — diz que “[a] inclusão de um caso particular dentro de uma norma e a inferência de uma conclusão silogística já não caracterizam a essência do raciocínio envolvido em decidir qual é o procedimento correto”. O autor segue, dizendo que por mais que “a linguagem da norma” parece “apenas assinalar um exemplo vinculante”, ela “limita os traços que exigem atenção” de “maneira simultaneamente *mais permanente e mais rigorosa que o precedente*”. Ao atribuir ao precedente, frise-se, no *civil law*, um peso similar ao da lei em um ordenamento jurídico, a tese precedentalista brasileira parece caminhar justamente na direção contrária à do *common law*. Nesse último, a legislação sempre se sobrepõe ao precedente. Isso pode ser depreendido novamente das lições de Hart (2012, p. 183), que dispõe que “a decisão pode, naturalmente, ser privada de efeito jurídico por meio da legislação”.

É interessante observar, ainda, que, no Brasil, ao contrário, Mitidiero (2013, p. 58) chega a dizer que “a interpretação é um processo que visa à *redução da equivocidade do enunciado* e definição da norma que se ultima mediante uma *escolha* — ainda que lógica e

argumentativamente guiada — *do intérprete, o seu resultado não pode ser qualificado como exato, correto ou único possível*”. Ora, Hart (2012, p. 188) diz não só que a norma, *per se*, limita os traços de forma muito mais rigorosa que o precedente, mas também que os juízes “fazem parte de um sistema cujas normas são, em seu cerne, *suficientemente precisas para oferecer padrões de decisão judicial correta*”. Ainda no mesmo sentido, o precedentalismo brasileiro parece afastar-se mais ainda do *stare decisis* legítimo do *common law* na medida em que simplifica em demasia a questão de suas concepções definitórias mais básicas, especialmente quando lembramos que “*não existe um método único para se determinar a norma derivada de certo precedente autorizado*” (HART, 2012, p. 174).

Numa palavra final, é curioso observar que a tese precedentalista busca reduzir os “problemas” interpretativos no Direito através de precedentes (MARINONI *et. al.*, 2015, pp. 606, 617). Fiquemos com a advertência de Hart (2012, p. 165) — autor cuja obra, lembremos, insere-se justamente no âmbito do *common law* —, no sentido de que “se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades”. Não há, pois, por mais minuciosa que seja a lei ou o precedente, como antever todas as hipóteses de aplicação. Essa abertura nos é imposta, diria Hart, “porque somos homens, e não deuses” (HART, 2012, p. 166).

3.2 O precedente como a aplicação de princípios subjacentes

Diante dos problemas — como vimos, apontados por doutrinadores inseridos no próprio contexto anglo-saxão — existentes na interpretação do precedente como uma regra imposta, surge uma outra corrente propositiva de uma maneira distinta de se compreender o fenômeno: a interpretação do precedente como a aplicação dos princípios subjacentes à decisão do tribunal que a tiver proferido.⁷ De certa maneira, poder-se-ia até dizer que essa interpretação tem certa ligação com a já mencionada doutrina atenuada do precedente, referida por Ronald Dworkin em *O Império do Direito*, já que, na mesma linha, a *ratio* da decisão seria não uma regra disposta, mas apenas uma forma mais rápida e conveniente através da qual se pode referir-se aos princípios que *justificaram* a decisão no caso concreto (PERRY, 1987, pp. 223-230).

Essa interpretação oferece uma explicação para a prática do *distinguishing* — *i.e.* quando a Corte responsável pela aplicação do precedente diferencia os fatos materiais do caso

⁷ Para uma explanação acerca dessa doutrina, há diversas fontes excelentes (PERRY, 1987; MOORE, 1987; DWORKIN, 2014).

em análise daqueles que foram objeto da decisão anterior — de forma mais adequada que a interpretação do precedente como regra, já que aquela é incapaz de dar conta dos motivos pelos quais pode-se utilizar o *distinguishing* mesmo quando os fatos apontados como distintos não estejam expressamente previstos na própria *ratio*. Por outro lado, se a vinculação do precedente puder ser explicada através dos princípios subjacentes à decisão, o *distinguishing* nesse tipo de situação é facilmente explicável na medida em que um caso subsequente é passível da prática quando a *justificativa* para o resultado atingido na decisão precedente não é capaz de ser razoavelmente aplicada aos fatos distintos que estiverem em questão, *ainda que presente na ratio da decisão* (LAMOND, 2011).

É nesse sentido, portanto, que a aplicação do precedente (que, sob essa perspectiva, é nada mais que uma decisão entendida como *regra* no caso específico que tiver solucionado) e sua interpretação se dá através da melhor justificação dos princípios subjacentes à decisão em questão. Segundo Dworkin (2001, p. 238), no *common law* — onde “nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica” — “o argumento gira”, justamente, “em torno de quais regras ou princípios [...] ‘subjazem’ a decisões de outros juizes no passado”. O juiz responsável pela aplicação do precedente deve verificar por que os princípios por trás dos casos precedentes exigem também uma decisão em certa direção nos casos subsequentes (DWORKIN, 2001, p. 172).

3.3 O precedente como decisões a partir do balanço de razões

A *terceira* das três interpretações dominantes da doutrina do precedente no âmbito do *common law* se dá na constituição do que viria a ser a *ratio decidendi* a partir do *balanço* (do inglês *balance*, que, talvez com certa imprecisão, poderia também ser traduzido como *equilíbrio*) das *razões que justifica(ra)m a decisão precedente no caso concreto em questão* e que deve ser tratada (e, conseqüentemente, *seguida*) pelas cortes subsequentes como correta. Grant Lamond, por exemplo, é um dos autores que rejeita a ideia de que o precedente crie uma *regra*, e, conseqüentemente, entende que o *common law* não pode ser definido como um sistema cuja própria ideia de formação decisória seja pautada através da criação de regras. Em vez disso, Lamond considera que o *common law* é um sistema de decisões “*case-by-case*”, ou, em tradução livre, *caso a caso* (LAMOND, 2005).

A diferença dessa interpretação para a que entende o precedente como a disposição de uma regra reside no fato de que se a *ratio* (e, portanto, o efeito vinculante da decisão) for entendida não como uma regra *per se*, mas entendida como um balanço das *razões através das*

quais a Corte responsável pelo precedente chegou à decisão, os tribunais subsequentes estão vinculados — como bem observou Lamond (2011) — não *somente a rationes*, mas a *casos*, e estão obrigados a segui-los ou, não sendo o caso, praticar o *distinguishing*. Isso quer dizer que a corte posterior, ao deparar-se com um caso cujos fatos encontram-se no escopo da *ratio* em questão, devem *considerar* o precedente, mas de forma a considerar se as diferenças de um caso a outro justificam que estes sejam decididos de forma distinta.

A partir dessa interpretação, notamos, indiretamente, uma diferença absolutamente significativa entre o nosso sistema e aquele do *common law*: a própria referência aos casos pretéritos. Apenas a título de exemplo, neste primeiro momento, tomemos apenas três casos marcantes nos sistemas anglo-saxões: o já mencionado *Regents of the University of California v. Bakke* (SCOTUS, 1978), *Riggs v. Palmer* (NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM, 1889) e *Marbury v. Madison* (SCOTUS, 1803). Agora, observemos três recentes casos marcantes diante de nosso Supremo Tribunal Federal (2016 e 2011): HC 126.292, HC 124.306 e ADI 4.277. Não está aí, pois, uma notável incompatibilidade entre os dois sistemas? Se um deles (obviamente, o anglo-saxão) permite uma interpretação que relacione o efeito vinculante do precedente a, especificamente, *casos*, facilmente identificáveis, é mais que evidente que o sistema jurídico brasileiro passa longe dessa possibilidade.

É importante observar que Marinoni, Arenhart e Mitidiero mencionam essa interpretação — frise-se, como se única fosse — *ao mesmo tempo em que o resto de seu discurso não parece adequar-se a ela*. Os autores dizem que “a *ratio decidendi* constitui uma *generalização das razões* adotadas como *passos necessários e suficientes* para decidir”. Nenhum problema até aí. Curiosamente, contudo, repetem o que havia dito Marinoni anteriormente, já aqui referenciado, ao observar que “nada justifica semelhante restrição [qual seja, a de que a *ratio* sirva para solução de *casos* e não de *questões*] diante do [D]ireito brasileiro” (MARINONI *et. al.*, 2015, p. 613). O discurso precedentalista brasileiro, pois, menciona uma das interpretações acerca da doutrina do precedente, alinha seu discurso com outra, e ignora uma terceira.

A título de observação, ainda, antes de se finalizar a exposição acerca das nuances existentes na doutrina do precedente no *common law*, cabe mencionar, brevemente, o instituto do *per incuriam* — do latim, “*por falta de cuidado*”. O *per incuriam*, como a própria tradução da locução já sugere, é um instituto típico do sistema jurídico anglo-saxão que caracteriza decisões formadas a partir de uma apreciação inadequada do Direito ou da análise dos fatos que estiverem em questão diante da Corte responsável pela matéria (UNIVERSITY OF OXFORD, 2017).

Isso significa que uma decisão proferida de forma a contradizer (ou, especialmente no caso do *common law*, *desconsiderar*) a legislação ou um precedente, já constituído como obrigatório a partir da identificação das cortes subsequentes, será considerada *per incuriam* e, portanto — obviamente, com o devido ônus argumentativo —, os tribunais subsequentes podem desobrigar-se de seguir o precedente.

4. Considerações finais

Assim, feitas essas reflexões, chega-se à conclusão de que, diferentemente do que ocorre no Brasil, há um amplo debate, histórico, antigo, sobre a questão dos precedentes no Direito anglo-saxão. O primeiro deles diz respeito à identificação do que constitui a *ratio decidendi* de uma decisão que, posteriormente, formará o precedente. Para Goodhart, como visto, a *ratio decidendi* deve ser determinada a partir da verificação dos *factos*, tratados como fundamentais ou materiais pelo juiz Wambaugh, por sua vez, por exemplo, defendia que a *ratio* deve(ria) ser uma regra identificável a partir do elemento da decisão sem o qual o caso em questão deveria ter sido decidido de outra maneira, distinta da que foi, no que seria, posteriormente, chamado de “teste de Wambaugh”.

A partir desse debate sobre a própria *ratio decidendi*, portanto, no *common law*, a própria ideia de precedente, *per se*, será interpretada de forma diferente por diferentes autores. Alguns trabalham com uma ideia do precedente como *regra* —ideia essa que foi “importada” pelos precedentistas brasileiros, caracterizando, assim, *mais uma aproximação com o positivismo jurídico*, uma vez que a tese positivista, tradicionalmente, trabalha com uma concepção de Direito enquanto sistema de regras; enquanto isso, outros autores anglo-saxões entendem que a parte vinculante de um precedente se dá a partir dos *princípios subjacentes à decisão que o originou*, e, portanto, que a *ratio* não expressa, em si, uma regra disposta. Além disso, ainda, outros autores consideram que o efeito vinculante do precedente se dá a partir de um *balanço das razões que determinaram que a decisão*, e não a partir da *ratio* pura e simplesmente.

O que se conclui, portanto, é que a tese precedentista, ao defender que o Brasil teria adotado um “sistema” [*sic*] de precedentes vinculantes, não considera todas as nuances e idiosincrasias de um debate histórico que se desenvolveu no âmbito do *common law*. Ao mesmo tempo, nessa mesma perspectiva e, portanto, justamente por essas razões, a pesquisa realizada nesta monografia demonstra que as teses abstratas e generalizantes do Direito brasileiro aproximam-se muito pouco do precedente, legítimo, do *common law*, ao trabalharem

com a ideia de que a(s) Corte(s) “Suprema(s)” seria(m) responsável(is) por interpretar e, aos tribunais subsequentes — que, no *common law*, por sua vez, são responsáveis justamente por constituir o que vem a, posteriormente, ser o efeito vinculante na decisão pretérita —, restaria apenas uma tarefa mecânica de “aplicação”. A tese precedentalista brasileira, portanto, além de incorrer em alguns erros teóricos, não considera a complexidade de um debate histórico sobre a doutrina do precedente no *common law* e, mais que isso, insiste na ideia de que é possível cindir *aplicação e interpretação*.

Referências

ALEXANDER, Larry. Constrained by Precedent. In: **Southern California Law Review**, v. 63, n. 1. Berkeley: University of California Press, nov. 1989, pp. 01-65. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/alexander-1989-constrained-precedent.pdf>>.

ALEXANDER, Larry. Precedent. In: PATTERSON, Dennis (ed.). **A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell, 1996, pp. 493-504

ALLEN, Carleton Kemp. **Law in the Making**, 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 1939.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, pp. 160-161 e 235-248.

BLACK, Henry Campbell; NOLAN, Joseph R.; NOLAN-HALEY, Jacqueline M. **Black’s Law Dictionary**. 6 ed. St. Paul: West Publishing Co., 1990.

BOUVIER, John. **A Law Dictionary**, adapted to the Constitution and Laws of the United States of America and of the Several States of the American Union, with references to the Civil and other systems of Foreign Law. 6. ed. Filadélfia: Childs & Peterson, 1856.

BRISON, Susan J. SINOTT-ARMSTRONG, Walter. A Philosophical Introduction to Constitutional Law. In: BRISON, Susan J. SINOTT-ARMSTRONG, Walter (ed.). **Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation**. Boulder: Westview Press, 1993.

COLLIER, Charles W. Precedent and Legal Authority: A Critical History. In: **Wisconsin Law Review**. Madison, 1988, n. 771. Disponível em <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/675>>.

CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 13.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004, pp. 175, 177.

DEUTSCH, Jan G. Law as Metaphor: A Structural Analysis of Legal Process. In: **The Georgetown Law Journal**, v. 66, n. 6. Washington: Georgetown University Law Center, 1978.

DIDIER JUNIOR, Fredie. O Recurso Extraordinário e a Transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 13, nº 1085, 09 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/listagem-de-artigos/47-artigos-set-2010/6309-a-valoracao-da-prova-e-a-verossimilhanca-nas-medidas-de-urgencia>>.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001

ELLIOTT, E. Donald. INS v. Chadha: The Administrative Constitution, the Constitution, and the Legislative Veto. In: **The Supreme Court Review**, v. 1983. Chicago: University of Chicago Press, 1983, pp. 125-176.

EISENBERG, Melvin Aron. **La natura del common law**. Foggia: Università degli studi di Foggia, 2010, p. 84.

FACCHINI NETO, Eugênio; WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. Sociological jurisprudence e realismo jurídico — a filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX. **Revista da AJURIS**, v. 43, n. 140. Porto Alegre: AJURIS, pp. 75-122, jun. 2016.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. In: **The Yale Law Journal**, vol. 40, n. 2, dez. 1930, pp. 161-183.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette Câmara. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

LAMOND, Grant. Precedent and analogy in legal reasoning. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2016 ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2011. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>.

MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. In: **Precedent in Law**. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 157.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 101.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do Projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: **Revista dos Tribunais**, v. 101, n. 918, pp. 351-414, abr. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**, vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 605, 611.

MAYBEE, Julie E. Hegel's Dialectics. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Winter 2016 ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2011. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/hegel-dialectics/>>.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. In: **Revista da AGU**, v. 15, n. 3. Brasília: Fórum, jul./set. 2016, pp. 9-52.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016, p. 15.

MOORE, Michael. Precedent, induction, and ethical generalisation. In: GOLDSTEIN, Laurence (ed.). **Precedent in law**. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1987, pp. 183-198.

NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM. **115 N.Y. 506** (1889). Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm>.

PERRY, Stephen R. Judicial obligation, precedent and the common law. **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford, v. 7, n. 2, jul. 1987, pp. 215-257. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/ojls/7.2.215>>.

ROSS, Alf. **On Law and Justice**. Londres: Stevens & Sons, 1958, pp. 85-92.

SCOFIELD, Robert G. Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi From Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the twentieth Century. In: **The King's College Law Journal**, v. 16, 2005, pp. 311-328.

SCOTUS. **5 U.S. (1 Cranch) 137** (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html/>>.

SCOTUS. **438 U.S. 265** (1978). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/>>.

SIMPSON, Alfred W. Brian. Determining the ratio decidendi of a case. In: **Modern Law Review**, vol. 21, n. 2, mar. 1958, pp. 155-160.

STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. **The Modern Law Review**, v. 22, n. 06. Oxford, pp. 597-620, nov. 1959.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 18 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. O solilóquio epistêmico do ministro Roberto Barroso sobre precedentes. In: **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 03 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277** Distrito Federal, mai. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 124.306** Rio de Janeiro, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 126.292** São Paulo, fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>.

TARELLO, Giovanni. **Il realismo giuridico americano**. Milano: Giuffrè, 1962.

TARUFFO, Michele. Aspetti del precedente giudiziale. In: **Criminalia**: Annuario di Scienze Penalistiche. Pisa: Edizioni ETS, 2014, pp. 37-57.

UNIVERSITY OF OXFORD. *Per incuriam*. In: UNIVERSITY OF OXFORD. **The Oxford English Dictionary**. Oxford: Oxford University Press, 2017. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/per_incuriam>.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894.