

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

**JOÃO PAULO KRAMER SENS**

**PRECEDENTES JUDICIAIS: justificativa histórico-crítica e análise da  
técnica da distinção à luz do Novo Código de Processo Civil**

CURITIBA  
2015

JOÃO PAULO KRAMER SENS

**PRECEDENTES JUDICIAIS: justificativa histórico-crítica e análise da técnica da distinção à luz do Novo Código de Processo Civil**

Monografia apresentada pelo acadêmico João Paulo Kramer Sens ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA  
2015

**JOÃO PAULO KRAMER SENS**

**PRECEDENTES JUDICIAIS: justificativa histórico-crítica e análise da técnica da distinção à luz do Novo Código de Processo Civil**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

**ORIENTADOR:** \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão

\_\_\_\_\_  
Profª. Ma. Paula Pessoa Pereira

Curitiba, 04 de dezembro de 2015.

*À Jisla,  
a quem devoto, sobretudo, o meu amor.*

## AGRADECIMENTOS

Eis a monografia com a qual concluo minha graduação em Direito. Ela representa, assim, o desfecho de um período dedicado às ciências jurídicas.

Do mesmo modo, esse trabalho encerra uma importante fase em minha jornada de estudos na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Trata-se da jornada que me trouxe (e lá se vão alguns anos) a Curitiba, cidade à qual me afeiçoei profundamente.

É bem verdade que toda jornada se assenta sobre escolhas e renúncias. E, de minha parte, posso dizer que esta modesta jornada, embora tenha me privado de outros caminhos e da convivência com pessoas que sempre tive por perto, trouxe-me as realizações então esperadas e a alegria de novas amizades. Por isso, não hesito em dizer que as renúncias valeram a pena!

Mas logo se diga: as renúncias não partiram só de mim.

Não fosse o apoio que recebi dos meus pais, sequer poderia desfrutar da oportunidade de ensaiar essas breves linhas. São dignos de nota o amor que deles recebi, bem como a sólida educação que me transmitiram até aqui. Certamente depositaram em mim um voto de confiança, e me sentirei feliz se tiver honrado suas expectativas. Ao Francisco Deodoro e à Maria Joana, meus queridos pais, agradeço, enfim, o sacrifício e a paciência com que se sempre pude contar. Com alegria, devoto-lhes essa conquista, porque dela vocês também são parte.

Sou igualmente grato à minha mulher, Jislaine, e ao meu filho, João Eduardo, com quem, desde minha primeira juventude, tenho a alegria de desfrutar de uma boa vida em família. Sem vocês minhas rotinas de estudos seriam, sem dúvida, menos felizes.

Agradeço aos meus irmãos, Pedro e Mateus, pelo carinho sempre presente.

Aos meus amigos, com quem dividi os bancos acadêmicos na Faculdade de Direito, agradeço por vivenciarmos juntos as alegrias e as angústias surgidas nesses cinco anos.

Aos professores da Faculdade de Direito, pelas preciosas lições.

Ao professor Sérgio Cruz Arenhart, meu orientador nessa monografia, sou grato pela sua amizade e solicitude.

Não é preciso dizer que vocês tornaram mais fácil e mais feliz minha caminhada até aqui. Tenho, portanto, um justo débito de gratidão com todos. Obrigado!

## RESUMO

De início, o trabalho faz alusão ao problema da falta de estabilidade nas decisões dos tribunais brasileiros. Relaciona esse problema à forma como o direito positivo fora concebido nos países ligados à tradição de *civil law*. A partir daí, traçam-se algumas anotações de caráter histórico-crítico, analisando-se a evolução do Estado de Direito na tradição jurídica do *civil law*. Ante essa incursão histórica, vê-se que a figura da lei, antes tida como soberana e absoluta na construção do Direito, cede lugar ao protagonismo da decisão judicial. Em face dessa constatação, demonstra-se que importantes valores sustentados pelo Direito, tal como a segurança e a igualdade jurídicas, devem passar a ser abordados da perspectiva da decisão judicial, eis porque se faz necessário, entre nós, o desenvolvimento de uma teoria do precedente judicial. Justificada a necessidade de adoção de um sistema de precedentes no Brasil, parte-se para o estudo da teoria do precedente, lançando-se mão do instrumental teórico fornecido pela doutrina do *common law*. Nesse ponto, falou-se na “interpretação do precedente” como estudo de seus elementos operativos. Em seguida, o trabalho atinge o seu cerne ao tratar da técnica da distinção (*distinguishing*), demonstrando a sua importância para a aplicação e o desenvolvimento dos precedentes. Por fim, o trabalho demonstra a franca adesão das Supremas Cortes e do Novo CPC ao modelo de jurisprudência sumulada, propondo, por essa razão, que a técnica do *distinguishing* sirva de norte na aplicação dos verbetes sumulares.

**Palavras chave:** Precedentes obrigatórios. *Ratio decidendi*. *Distinguishing*. Súmulas.

## RESUMEN

Al principio, la obra alude al problema de la falta de estabilidad en las decisiones de los tribunales brasileños. Este problema se refiere a cómo el derecho positivo existente fue concebido en los países vinculados a la tradición del *civil law*. A partir de ahí, elaborar unas notas de carácter histórico-crítico, el análisis de la evolución del Estado de Derecho en la tradición jurídica de *civil law*. Ante esta incursión histórica, vemos que la figura de la ley, antes visto como soberana y absoluta en la construcción del derecho paso a la función de la decisión del tribunal. Ante este hallazgo, se demuestra que los valores importantes defendidos por la ley, tales como la seguridad jurídica y la igualdad, ahora debe ser abordado desde la perspectiva de la decisión del tribunal, es por ello que es necesario, entre nosotros, el desarrollo de una teoría del precedente judicial. Justificada la necesidad de adopción de un sistema del precedentes en el Brasil, empezamos a estudiar la teoría del precedente, el lanzamiento de la mano de las herramientas teóricas proporcionadas por la doctrina del *common law*. En ese momento, se habló de la "interpretación del precedente" como un estudio de sus elementos operativos. Entonces el trabajo llega a su corazón cuando se trata de la técnica de la distinción (*distinguishing*), lo que demuestra su importancia para la aplicación y desarrollo del precedente. Por último, el trabajo muestra el apoyo abierto de las Cortes Supremas y el Nuevo CPC a sumulada modelo jurisprudencia y propone, por lo tanto, que la técnica del *distinguishing* sirve al norte en la aplicación de los verbetes sumulares.

**Palabras clave:** Precedentes obligatorios. *Ratio decidendi*. *Distinguishing*. Súmulas.

## SUMÁRIO

<b>NOTAS INTRODUTÓRIAS.....</b>	<b>09</b>
<b>CAPÍTULO 1 - O PROTAGONISMO DA DECISÃO JUDICIAL E A NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO. REFLEXÕES HISTÓRICO-CRÍTICAS.....</b>	<b>14</b>
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	14
1.2 DA ORDEM SOCIAL HOMOGÊNEA ÀS POSIÇÕES JURÍDICAS HETEROGÊNEAS....	17
1.3 DA CODIFICAÇÃO DA LEI ÀS CLÁUSULAS GERAIS E MICROSSISTEMAS.....	22
1.4 DA SUBSUNÇÃO LEGAL À CONSTRUÇÃO INTERPRETATIVA.....	25
1.5 DA LEGALIDADE FORMAL AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE.....	28
<b>CAPÍTULO 2 - INTERPRETAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL.....</b>	<b>32</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	32
2.2 JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTE E DECISÃO JUDICIAL.....	32
2.2.1 Precedente e jurisprudência. Diferença quantitativa.....	32
2.2.2 Precedente e decisão judicial.....	33
2.2.3 Precedente e jurisprudência. Diferença qualitativa.....	35
2.3 RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM.....	37
2.3.1 <i>Ratio decidendi</i> .....	38
2.3.2 <i>Obiter dictum</i> .....	41
<b>CAPÍTULO 3 - A IMPORTÂNCIA DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO PARA A APLICAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES.....</b>	<b>43</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	43
3.2 <i>DISTINGUISHING</i> : APLICAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO.....	44
3.2.1 Aplicação do Precedente.....	44
3.2.2 Desenvolvimento judicial do Direito.....	48
3.2.2.1 Limitação do precedente.....	51
3.2.2.2 Extensão do precedente.....	56
3.3 <i>DISTINGUISHING</i> E A INDEPENDÊNCIA DO JUIZ.....	58
<b>CAPÍTULO 4 - TÉCNICA DA DISTINÇÃO NOS PRECEDENTES SUMULADOS..</b>	<b>61</b>
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	61
4.2 SÚMULA. CONCEITO, ORIGEM E FUNÇÃO.....	62
4.2.1 Súmula Vinculante.....	63
4.2.2 Súmula não é precedente.....	65
4.3 <i>DISTINGUISHING</i> NOS PRECEDENTES SUMULADOS.....	69
<b>REFLEXÕES CONCLUSIVAS.....</b>	<b>75</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>78</b>

## NOTAS INTRODUTÓRIAS

Constitui preocupação deste trabalho evidenciar que a adoção de um sistema de precedentes judiciais pode contribuir amplamente para o aperfeiçoamento da função jurisdicional no país.

Mais e mais vezes, nota-se na comunidade jurídica a consolidação de uma consciência<sup>1</sup> que vê na instituição dos precedentes judiciais o amadurecimento do processo civil brasileiro rumo à tutela da igualdade e da segurança jurídica.

Os precedentes judiciais encontram lugar cativo no debate jurídico atual por uma razão muito simples. As decisões judiciais no Brasil – e nos países de *civil law* em geral – guardam pouco grau de estabilidade, variando constantemente de sentido na resolução de casos idênticos.<sup>2</sup> No dia a dia forense, é possível constatar, sem muita dificuldade, a existência de decisões judiciais conflitantes entre si, porque estabelecidas com sentidos opostos para a resolução de casos que possuem a mesma hipótese fática. Diante desse quadro, os valores da igualdade e da segurança jurídica passam a reclamar proteção sob o ponto de vista da decisão judicial.<sup>3</sup>

Quando construída sob o pálio de um sistema de precedentes, a decisão judicial deixa de ser um produto excessivamente individual do magistrado, e passa a ser tratada como a resposta institucionalizada que o Poder Judiciário desenvolve para a solução do caso concreto. Vale dizer, antes de ser uma solução singular, construída sob as razões pessoais do magistrado, a decisão judicial, em um sistema de precedentes, deve observância aos parâmetros decisórios e às razões de decidir já consolidados pelo Poder Judiciário, sobretudo no âmbito das Supremas Cortes.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> A consciência em torno da necessidade de se estabelecer um regime de precedentes judiciais no Brasil pode ser comprovada através da vasta produção literária surgida nos últimos anos acerca do tema. No âmbito da legislação - como que atendendo aos apelos da doutrina - o Congresso Nacional aprovou o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15), tendo reservado capítulo próprio para tratar do precedente judicial (arts. 926 a 928).

<sup>2</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo: Ed. RT, vol. 172, jun./2009. p. 121.

<sup>3</sup> CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculos à igualdade e a segurança jurídicas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 231, maio/2014. p. 349; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 139-147.

<sup>4</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 187, set./2010. p. 181-208.

Com isso, evita-se a carga excessivamente idiossincrática presentes nas decisões judiciais, em tudo responsável pela forte insegurança sentida pelo cidadão que confia ao Poder Judiciário a solução de seus litígios.

Não mais se sustenta o discurso segundo o qual caberia apenas ao legislador preservar a igualdade e a segurança jurídicas através da lei. Tal entendimento cai por terra ao se constatar que invariavelmente compete ao juiz interpretar e acomodar as fontes normativas sob as nuances do caso concreto.

Neste ponto, é preciso ter presente ao menos dois fatores que condicionam o sentido normativo a ser adotado pela decisão judicial. Primeiro, os fatos também são objetos significantes, de tal modo que “o problema teórico da interpretação não abrange apenas a interpretação do texto; abrange, ainda, como acabamos de referir, a ‘qualificação’ jurídica dos fatos”.<sup>5</sup> Segundo, que, no Estado contemporâneo, a lei em sentido estrito não é a única fonte do Direito. Sobressai na teoria das fontes normativas a eficácia reconhecida às normas constitucionais<sup>6</sup> e aos tratados de direitos humanos<sup>7</sup> internalizados pelo país. É importante considerar essa realidade, porque ela denuncia o crescente poder de articulação das fontes normativas pelo juiz.<sup>8</sup>

Percebe-se que, na prática, o juiz goza de grande liberdade na consideração dos fatos e das fontes normativas que constituirão o substrato do julgamento. No entanto, a independência e a liberdade do juiz são mal compreendidas quando se pensa que, além de poder *distinguir* e valorar os fatos que importarão para a solução do caso, o juiz tem liberdade para formatar a norma jurídica que sobre eles incidirá.

Esquece-se que a norma jurídica deve ser construída institucionalmente, mediante um sistema de precedentes judiciais, que fixem as razões que então prevalecerão nos casos futuros. Portanto, a liberdade do juiz não lhe franqueia a possibilidade de “escolher” a norma jurídica que regulará o caso, pois esta não deve ser fruto de uma construção individualizada e

---

<sup>5</sup> HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 664.

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Constituição como norma. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, vol. 1, mai./2011, p. 73- 85; Ver, também, HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>7</sup> Cf. §3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>8</sup> Como se não bastasse, os aportes ético-morais e as inclinações políticas e sociais do magistrado, bem como o sistema de valores que carrega, são potencialmente influentes sobre a formação do juízo que prevalecerá na solução de cada caso. Como forma de livrar os julgamentos desses subjetivismos, os precedentes judiciais devem se assentar sobre argumentos racionalmente justificáveis. Somente devem importar as boas razões que demonstrem que o sentido normativo delineado para o caso é o que melhor atende à Constituição e aos direitos fundamentais. Trata-se de pôr em prática a máxima inglesa *rule of law, not of men*.

descompromissada com a coerência da ordem jurídica. Trata-se de fixar, para a solução das questões jurídicas, precedentes interpretativos assentados sob as melhores razões, que deverão orientar todo o Poder Judiciário.

Veja-se, então, que a liberdade do juiz diz especialmente com a *distinção* e valoração dos fatos,<sup>9</sup> e não com a “escolha” da norma jurídica que presidirá o julgamento. É que no tocante ao direito a ser aplicado, deverá o juiz observar sobretudo a interpretação fixada pelos precedentes das Supremas Cortes.

É natural que o texto legal seja suscetível de oferecer leituras diversas para a resolução de um mesmo caso concreto, pois importam para o delineamento do seu significado normativo tanto a consideração das nuances fáticas, quanto as valorações promovidas pelo julgador. Ocorre que esse estado de coisas contribui para a instabilidade a que está sujeito o discurso do Poder Judiciário no Estado contemporâneo. Diante disso perdem credibilidade as promessas do Estado de Direito em favor da igualdade e da segurança jurídicas.

Por muito tempo foi possível crer que a garantia da “igualdade de todos perante a lei” fosse suficiente para assegurar um tratamento igualitário do Estado em relação aos particulares. Porém, a evolução da teoria do Direito - no sentido de deslocar a atenção da figura do legislador para a do juiz - demonstrou que a lei já não é capaz de sozinha tutelar os valores que estão na origem da formação do Estado de Direito, tais como a igualdade e a segurança jurídicas.

Tais valores necessitam de nova abordagem, partindo-se, desta vez, da perspectiva da decisão judicial. A nosso ver, a instituição de um sistema de precedentes judiciais é a proposta doutrinária que chega mais perto de uma solução ideal para o problema da variação irracional nas razões de decidir.

Entretanto, não é tarefa fácil desenvolver a implementação dos precedentes judiciais em países tradicionalmente refratários à ideia de decisões dotadas de força obrigatória.<sup>10</sup> Sobretudo quando se tem consciência de que não são poucos os preconceitos que comprometem a perfeita compreensão da importância dos precedentes. Neste ponto, é expressivo o preconceito contido

---

<sup>9</sup> Ainda que a liberdade de julgamento do juiz diga mais com a distinção e a valoração dos fatos, é preciso reconhecer que o juiz não está livre de, a pretexto de acomodar os fatos ao texto legal, chegar a mais de um resultado normativo. Aduz o prof. Ovídio Baptista da Silva que “o juiz não labora com a simples descrição empírica dos fatos. Ele deve interpretar tanto a norma legal quanto atribuir aos fatos ‘significados’ que haverão de ser qualificados como jurídicos”. Daí a importância de os precedentes judiciais estabelecerem, explicitamente, em face de quais fatos incidirá a norma jurídica neles delineada. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. **Verdade e significado**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista(3)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 16 de maio de 2015.

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. p. 132-133.

na ideia de que o precedente judicial não é passível de ser assimilado pela ordem jurídica de *civil law*, em razão de faltar a esta o substrato cultural do *common law*, onde o instituto se desenvolvera.<sup>11</sup>

Quem lança mão desse argumento não percebe que os valores que estão à base do sistema de precedentes nos países de *common law* são os mesmos que fundamentam o Estado de Direito na tradição de *civil law*. Basta lembrar que a máxima *treat like cases alike* (tratar igualmente casos iguais), pronunciada nos países que desenvolveram o sistema de precedentes, exprime a necessidade de proteção aos valores da igualdade e da segurança jurídica perante as decisões judiciais. Ora, idêntica preocupação está presente em qualquer sistema jurídico comprometido com o Estado de Direito. Assim, não é preciso dizer que, se o precedente judicial é próprio de uma cultura jurídica preocupada com a igualdade e com a segurança, há boas razões para que ele seja adotado entre os países de *civil law*, pois que são igualmente comprometidos com tais princípios.

Ademais, registre-se que a doutrina do precedente judicial não pode ser confundida com a tradição jurídica do *common law*.<sup>12</sup> Isso porque a necessidade de seguir precedentes judiciais foi reconhecida - nos países anglo-saxões - em anos relativamente recentes, se considerarmos que a cultura jurídica de *common law* registra mais de mil anos.<sup>13</sup>

De qualquer forma, a ideia aqui é tomar o instituto do precedente judicial menos como um produto cultural, e mais como uma *técnica processual* disposta a ser assimilada por qualquer sistema jurídico que reconheça a importância de conferir estabilidade às suas decisões judiciais.

Em bom tempo, foi publicado o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). A nova legislação vem a ofertar subsídio legal para a operacionalização do precedente judicial no Brasil. Com termo inicial de vigência previsto para o ano de 2016 (art. 1045, NCPC), a nova lei processual já provoca os primeiros passos no desenvolvimento de uma teoria dos precedentes pela doutrina brasileira.

---

<sup>11</sup> Conforme propomos, o instituto do precedente judicial deve ser encarado antes como uma técnica processual, e menos como um produto cultural. Não se trata de ignorar a relevância da internalização do instituto pela cultura jurídica brasileira - sobretudo porque isso incrementa a eficácia e adoção prática do instituto - mas de lançar um olhar pragmático no sentido de promover a sua incorporação pela legislação e pela prática dos tribunais. Nesse sentido cf. FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 950, dez./2014. p. 201-202.

<sup>12</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 31-33.

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 32.

Por óbvio, a introdução legislativa do instituto não dispensa a ampla e profunda teorização sobre o seu conteúdo e alcance. Ao contrário, a inauguração do sistema de precedentes judiciais mediante a sua disciplina legal apenas vem a incrementar os esforços da doutrina<sup>14</sup> comprometida com o desenvolvimento do instituto.

Nessa empreitada teórica, não surpreende que os autores brasileiros devam se valer das contribuições oferecidas pela doutrina anglo-saxã no tocante aos precedentes judiciais. Essa postura é naturalmente justificável na medida em que o instituto é amplamente desenvolvido e praticado há décadas nos Estados Unidos e na Inglaterra.

De outra parte, cumprirá ao pensamento jurídico brasileiro aperfeiçoar a elaboração teórica do precedente judicial de acordo com as especificidades do sistema jurídico pátrio. De modo algum poderá ser admitida a recepção passiva do instrumental teórico oferecido pelo direito comparado. Ao revés, é dever da doutrina desempenhar análise crítica do direito comparado, em ordem a sintonizar o instituto do precedente com o sistema jurídico-constitucional do país.

Registre-se que, inclusive neste trabalho, a propósito de analisar a técnica do *distinguishing* à luz do Novo Código de Processo Civil, utilizaremos as noções conceituais e os institutos fornecidos pela doutrina do precedente judicial de origem anglo-saxã, sobretudo a norte-americana.

---

<sup>14</sup> NUNES, Dirlé; ALMEIDA, Helen; REZENDE, Marcos. A contribuição da doutrina na (con) formação do direito jurisprudencial: uma provocação essencial. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 232, jun./2014. p. 327-362. Os autores ressaltam a importância da doutrina na análise crítica das mudanças promovidas pelo Novo CPC: “Há, por derradeiro, de se provocar a doutrina e os doutrinadores a analisarem o sistema processual e todas as técnicas do Novo Código de Processo Civil em consonância com suas normas fundamentais e, prioritariamente, com os ditames do modelo constitucional de processo, de modo a resgatar uma literatura jurídica que cumpra seu papel essencial, com responsabilidade, no fornecimento de bases essenciais e críticas do direito jurisprudencial e, em decorrência, na construção do sempre inacabado Estado Democrático de Direito”.

## CAPÍTULO 1 - O PROTAGONISMO DA DECISÃO JUDICIAL E A NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO ESTADO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO. REFLEXÕES HISTÓRICO-CRÍTICAS

### 1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A conformação do princípio da separação dos poderes ganhou traços mais rígidos no *civil law*, circunstância que dificultou, entre nós, a assimilação de decisões com força vinculante.<sup>15</sup> A rígida separação de poderes ainda determinou a compreensão de que o juiz dispõe de liberdade para decidir o caso concreto, desde que rigorosamente obediente à lei.

Na tradição jurídica de *civil law* imperou o postulado da supremacia do Parlamento e o apego exclusivo à lei como fonte do Direito.<sup>16</sup> Por razões históricas, a lei enquanto produto do Parlamento deveria ser a única fonte vinculante do trabalho do juiz. Esse quadro tem origem na Revolução Francesa, onde a burguesia vitoriosa deixou clara a preocupação de afastar os arbítrios do Estado absolutista presentes no Antigo Regime. Alçando a lei como fonte soberana do poder, procurou-se afastar os desmandos do governo absolutista e a manipulação das fontes jurídicas pela aristocracia de juízes que imperava na França pré-revolucionária.<sup>17</sup>

Embora o primado da lei, assentado sobre o princípio da separação de poderes, tenha origem determinante na França revolucionária, ele afetou radicalmente o funcionamento dos sistemas jurídicos de *civil law* influenciados pelos ideais da Revolução.

Assim, a premissa teórica que ainda reverbera sobre nós é a de que a lei é fonte soberana do Direito, atuando como fator de proteção contra os arbítrios do poder estatal. Para a realização desse propósito, inadmissível que qualquer manifestação de poder possa subverter o sentido desejado pelo Parlamento. Assim, desde logo se rejeitou a ideia de que os juízes pudessem fixar decisões com força vinculante sobre os casos futuros. Pois, do contrário, tais decisões

---

<sup>15</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 87 e ss.

<sup>16</sup> HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. 1. ed. Santa Catarina: Fundação Boiteux. 2009. p. 346.

<sup>17</sup> HESPANHA retrata bem o propósito dos revolucionários: “Com o objetivo de impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial reduzir-se-ia à pura aplicação do texto legal. Uma indeterminação do sentido da lei, que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em última análise em legislador, afigurava-se contraditória com a doutrina da divisão de poderes” (HESPANHA. António Manuel. **Idem**. p. 346).

supostamente concorrerem com a lei, atribuindo aos juízes atividade propriamente legislativa.<sup>18</sup>

Pouco depois de consolidada a Revolução, autorizou-se que o magistrado interpretasse a lei, desde que para extrair dela o único e exclusivo significado fixado pelo legislador.<sup>19</sup> Vale dizer, o judiciário deveria ser apenas a boca da lei (*bouche de la loi*), exprimindo tão somente a vontade ali preexistente.

Como se viu, tais compreensões acerca da lei e da separação dos poderes têm origem em contingências históricas ligadas à Revolução Francesa. Não obstante, a cultura jurídica de *civil law* absorveu fortemente os ideais da Revolução, sobretudo a rígida ideia da separação dos poderes e a soberania da lei como fonte normativa. Por via de consequência, em tais países houve rejeição à proposta de se atribuir força vinculante às decisões judiciais, ainda que tal medida fosse reconhecida como necessária para a tutela da igualdade e a segurança jurídica.<sup>20</sup> Igualmente, acatou-se a ideia de que o juiz é livre, nos limites da lei, para decidir o caso concreto.

Porém, como se verá, o texto legal não é bastante enquanto parâmetro para a garantia de unidade das decisões judiciais. É óbvio que a lei ainda serve de limite para a atuação jurisdicional. Porém, trata-se de limite equívoco, pois que dotado de sentidos normativos múltiplos, todos potencialmente extraíveis mediante atividade interpretativa.<sup>21</sup>

Vale dizer, em países como o Brasil, a soberania da lei e a rígida separação dos poderes justificam, a um só tempo, a liberdade do juiz, amparada na suposta *univocidade* da lei, e a rejeição à força vinculante dos precedentes judiciais. Daí só pode resultar um quadro de

---

<sup>18</sup> MARINONI demonstra o engano dessa suposição. Conforme o autor, a lei se diferencia da decisão com eficácia obrigatória na medida em que obriga todos os poderes, ao passo que os precedentes judiciais apenas vinculam o Poder Judiciário. Ademais, enquanto os precedentes podem ser revogados pelos tribunais – observados certos requisitos – a lei a tanto não se sujeita (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 201).

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. p. 43 e ss.

<sup>20</sup> Em alusão à obra do processualista italiano Piero Calamandrei, MARINONI demonstra que, mesmo no Estado Legislativo, havia importante doutrina que reconhecia a insuficiência da lei na missão de garantir a certeza, a segurança e a igualdade jurídicas. Nas palavras do autor: “Calamandrei não só demonstrou a importância da uniformidade da interpretação da lei para a realização da igualdade e da segurança, como aludiu a meios que, de uma forma ou outra, garantiriam essa uniformidade, entre eles o que chamou de ‘sistema de precedentes obrigatórios’ – ou seja, o *stare decisis*, próprio ao *common law*. Porém, Calamandrei disse que não poderia admitir um sistema em que, nas suas próprias palavras, o juiz é um ‘verdadeiro criador do direito positivo’ e a diversidade sucessiva da interpretação judicial é abolida”. A repulsa de Calamandrei em relação ao sistema de precedentes se justifica, na medida em que, naquele tempo, a teoria do direito ainda não havia demonstrado a função colaborativa exercida pelo juiz e o legislador para a construção do direito. Do mesmo modo, ignorava-se a técnica que permite o desenvolvimento do direito através da revogação (*overruling*) de precedentes (MARINONI. Luiz Guilherme. **Idem**. p. 58).

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 90 e ss.

decisões judiciais que, a pretexto de aplicarem a lei, variam de sentido ao sabor das interpretações a que chegam os magistrados na resolução de casos idênticos.

Ainda que já não mais se ignore que o magistrado exerce sua função com base em atividade eminentemente interpretativa, persiste latente o falso pressuposto de que o texto legal comporta um único e verdadeiro sentido normativo. Ou - o que é pior - mesmo que se reconheça que a lei é equívoca, porque suscetível de oferecer diversos sentidos normativos, a função jurisdicional continua a atuar com base na premissa oposta, isto é, de que o juiz resolve o caso com base na *vontade da lei*<sup>22</sup> - a fazer vistas grossas para a existência de decisões divergentes.

Ora, não há norma preexistente no texto, como que aguardando estivesse para ser reproduzida com precisão pelo magistrado. O texto é plurissignificativo, sobretudo quando valorado pelo julgador em face das circunstâncias concretas. De modo que não passa de um mito teórico a afirmação de que o juiz deve apenas cumprir a *vontade da lei*. Nas palavras de BAPTISTA DA SILVA, a crença de que exista uma “vontade da lei”, a ser reproduzida fielmente pelo magistrado, não passa de uma “doce miragem”.<sup>23</sup>

Como se não bastasse, esse mito vem acompanhado da falsa compreensão segundo a qual as decisões judiciais vinculantes agridem a separação de poderes porque em nada se diferenciariam da lei. Ora, como se verá, os precedentes vinculantes não assumem as vestes da lei, pois não são normas dotadas de generalidade e abstração, destinando-se apenas à resolução de casos particularizados por circunstâncias de fato. Ademais, os precedentes vinculantes não fogem aos limites impostos pelo texto legal. Antes, prestam a exprimir-lhe o significado através da fixação de boas razões que vincularão os casos futuros.

No mais, a evolução da teoria do Direito revela que o princípio da separação dos poderes assumiu novos contornos, em ordem a se reconhecer que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo exercem funções colaborativas na elaboração do Direito. Por isso, com apoio nas lições de HART, afirma SODERO: “dos son las técnicas de las que se vale el Derecho para regular las conductas: el precedente y la legislación, siendo ambos elementos necesarios de todo sistema jurídico”.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Verdade e significado**. p. 1-3. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista(3)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 16 de maio de 2015.

<sup>23</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Idem**. p. 2.

<sup>24</sup> SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 21, out./2004. p. 218. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-el-cambio-de-los-precedentes-0/>. Acesso em 06/08/2015; V.,

Em suma, o devir da história promoveu mudanças profundas na organização da sociedade desde a Revolução Francesa. Desde a implantação do Estado Legislativo, as transformações sociais e políticas não têm cessado. De igual modo, a evolução tecnológica e os valores culturais sofreram consideráveis mudanças. Basta ver que o Direito já não se assenta sobre o paradigma do Estado Legislativo. Ele fora submetido a ajustamentos teóricos e dogmáticos sem os quais a regulação social permaneceria engessada e ineficaz.

O Direito hoje está fundado em bases teóricas compatíveis com as transformações que a história operou na realidade vivida, em tudo ajustáveis ao que se convencionou chamar de Estado de Direito Constitucional.<sup>25</sup>

Tais ajustamentos evidentemente esbarram na forma como passamos a enxergar o papel da lei e o significado por ela desempenhado no ordenamento jurídico atual.<sup>26</sup> Percebe-se que a lei já não é suficiente para tutelar os valores enaltecidos pela Revolução Francesa. É que a dinâmica dos poderes e o rearranjo das fontes normativas deslocou o centro gravitacional do Direito. Novas fontes normativas ganharam posição de destaque na ordem normativa, a fim de garantirem a proteção de valores fundamentais no Estado de Direito Constitucional.<sup>27</sup>

Por via de consequência, o Poder Judiciário passou a ser demandado para a tutela desses novos valores. Para tanto, o juiz foi investido em tarefas crescentemente mais ativas e dinâmicas, desafiando o modelo de estrita separação dos poderes. Em verdade, a estrita separação entre os poderes deu lugar a expressões colaborativas entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Vale dizer, *a decisão judicial ganhou lugar determinante na construção do Direito*.<sup>28</sup>

## 1.2 DA ORDEM SOCIAL HOMOGÊNEA ÀS POSIÇÕES JURÍDICAS HETEROGÊNEAS

---

também, HART, H. L. A. **El concepto de Derecho** (trad. Genaro Carrió). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977. p. 155.

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.143-150.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 143.

<sup>27</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 94-98.

<sup>28</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, vol. 94, jan./1999. p. 3. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67429>. Acesso em: 11/05/15; Nas palavras do autor: “Houve mudanças do paradigma jurídico no mundo do Direito, a partir do século passado. Reinava, nesse tempo, o paradigma da lei, para analisar e solucionar questões jurídicas, mas, já na primeira metade do século XX, o centro de preocupação passou a ser o juiz”.

O modelo de sociedade que sucedeu a Revolução Francesa, fundada no Estado Liberal, refletia interesses jurídicos significativamente mais homogêneos quando comparada à ordem social pluralista dos dias atuais.<sup>29</sup> Na verdade, esses interesses homogêneos que, bem vistas as coisas, confundiam-se com a vontade “geral” incorporada pela lei, eram os únicos que importavam à regulação jurídica promovida pelo Estado.

Entretanto, não se pode negar que - assim como qualquer ordem social - a sociedade inspirada no Estado Legislativo era bastante complexa. Do ponto de vista sociocultural, qualquer sociedade carrega fenômenos bastante heterogêneos dentro de si. Também na esfera político-econômica as sociedades apresentam certa complexidade, sobretudo porque as mudanças nessa área ocorrem com grande velocidade. Nesse sentido, toda sociedade apresenta uma rica ordem de fatos que desafia a sensibilidade do legislador.

Não obstante, a inteireza da vida social não interessou ao Estado Legislativo, que, a propósito, ocupava-se tão somente dos anseios da burguesia ascendente. GROSSI sintetiza essa realidade em seu pensamento: “E o legalismo se torna necessariamente também formalismo, já que, de agora em diante, será direito só aquele conjunto de fatos socioeconômicos que o Estado tornará jurídicos graças aos seus complicados tecidos filtrantes”.<sup>30</sup>

Vê-se que a redução da complexidade social constituiu um processo forçado, levado a cabo pela normatização jurídica de alguns poucos fatos sociais. Muitas situações da vida foram deliberadamente ignoradas pelo legislador.<sup>31</sup> A elas simplesmente não se reconhecia carga jurídica, “ou, melhor, a tem, mas não será reconhecida pelo poder detentor de sanções e de coações e, portanto, por este relegada ao inferno das ilicitudes ou, se for por bem, no limbo da irrelevância”.<sup>32</sup> A redução da complexidade social e a simplificação do Direito são dois lados da mesma moeda.

Assim, a simplificação do Direito foi operada formalmente pela lei, mediante a redução, *em tese*, da complexidade social. Para MARINONI, “a ideia de lei genérica e abstrata, fundada no Estado Legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por ‘homens livres e iguais’ e dotados das mesmas necessidades”.<sup>33</sup> Tratava-se de relações fundadas, sobretudo, em aspectos patrimoniais e familiares que prevaleciam no cenário social da época. E como tais

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. p. 40.

<sup>30</sup> GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 104.

<sup>31</sup> Para uma análise sociológica sobre a origem histórica da codificação civil no Brasil, ver GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 45.

<sup>32</sup> GROSSI, Paolo. **Idem**. p. 104.

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 40.

hipóteses fáticas pouco variavam, raramente apresentando peculiaridades que fugissem à moldura abstrata da lei, do juiz somente se esperava o enquadramento lógico da hipótese fática à norma abstrata.

A lei fixava a norma *geral e abstrata* capaz de regular suficientemente a maioria dos casos concretos que, marcados pela homogeneidade social, não exigiam do juiz mais que um exercício de subsunção normativa. A complexidade da vida e a heterogeneidade dos fatos foram sepultadas pela lei, e ao magistrado não cabia ressuscitá-las. Exatamente como aduz MARINONI: “Ora, se a lei não podia considerar determinados bens ou posições sociais, é claro que o juiz estava proibido de interpretar a norma considerando as diferenças entre as pessoas”.<sup>34</sup>

Por via de consequência, os bens e interesses jurídicos tutelados pelo Direito sofreram significativo processo de homogeneização, requerendo, para a sua proteção, pouco mais que a interpretação gramatical do texto legal.

Assim, o sentido normativo aplicado aos casos concretos era tanto mais exato e previsível quanto mais parecidas eram as hipóteses fáticas submetidas a julgamento. A lei, a propósito de atender completamente aos interesses da classe emergente (burguesia), dava conta de normatizar abstratamente as relações jurídicas então prevalentes à época.

A homogeneização da sociedade, que inegavelmente causou a redução da complexidade social, calhava perfeitamente com o modelo de norma geral e abstrata editada pelo Parlamento. A técnica legislativa fundada na abstração e na generalidade visava disciplinar a totalidade das situações jurídicas prevalentes à época.<sup>35</sup> E como tais hipóteses se reduziam aos interesses patrimonialistas da classe burguesa, verificava-se que a lei era praticamente suficiente para tutelar com previsibilidade todos os casos concretos.<sup>36</sup>

Com isso, quer-se dizer que a técnica da abstração e da generalidade da lei, aliada à redução da complexidade social, provocada pelo Estado Legislativo, ofereceram boas condições para a obtenção da certeza, segurança e igualdade (formal) nas relações jurídicas então travadas.

No que concerne ao princípio da igualdade, a lei assegurava-o apenas do ponto de vista formal. Lembre-se que um dos lemas da Revolução consiste justamente na igualdade (*liberté, égalité, fraternité*). Ocorre que esta igualdade apenas poderia ser invocada no plano formal ou jurídico. Ignorava-se, ou simplesmente não se desejava, um tratamento igualitário do ponto de

---

<sup>34</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. p. 41.

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. São Paulo: EDIPRO, 2008. p. 180- 183.

<sup>36</sup> GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. p. 99 e ss.

vista material. Nesse sentido, pouco importava ao legislador e ao juiz considerar as dessemelhanças sociais, culturais e econômicas que caracterizavam os cidadãos nas suas relações jurídicas. Todos eram postos sob o pálio da igualdade formal, devendo ser tratados, sem qualquer distinção, pela fria igualdade da lei.

A principal consequência provocada pelo princípio da igualdade formal, do ponto de vista da atividade judicial, foi a abordagem padronizada dos casos jurídicos, a despeito de ali estar presente uma relação jurídica protagonizada por litigantes com idênticas posições econômicas e sociais, ou uma relação jurídica marcada pelo radical desequilíbrio econômico e social entre as partes. É como pensa HESPANHA, quando afirma que: “Esta forma especializada de pensar as normas sociais consistia, desde logo, para o primeiro liberalismo, em pensar ‘em geral’, de forma abstracta e igual, as situações sociais (*máxime*, as situações de conflitos de direitos)”.<sup>37</sup> Obviamente, com isso foi possível incrementar o grau de certeza e segurança jurídica do Direito aplicado, cujo sentido era invariavelmente fixado para hipóteses fáticas homogêneas, onde as desigualdades materiais trazidas pelos litigantes não eram levadas em conta para efeito de se estabelecer tratamento diverso mediante a decisão judicial.

Ora, considerando a suposta igualdade existente entre os indivíduos, no Estado Liberal de Direito, bem assim a preocupação do Direito voltada para interesse homogêneos, tornou-se perfeitamente crível a possibilidade de se obter certeza jurídica nas relações jurídicas. É que, bem vistas as coisas, a lei se destinava a regular casos onde sempre estavam envolvidos os mesmos cidadãos (indivíduo burguês) e interesses homogêneos (patrimônio, contratos, família etc.), de modo que as circunstâncias fáticas eram sempre as mesmas, havendo pouco espaço para peculiaridades concretas. Diante disso, o sentido da lei e a interpretação que lhe era dada eram significativamente mais estáveis.

No entanto, outro panorama passa a ser visto com o Estado Constitucional.

Ao contrário do que sucedeu no Estado Legislativo,<sup>38</sup> o legislador contemporâneo não forjou a redução da complexidade social destinando regulação homogênea aos interesses jurídicos surgidos em sociedade. As legislações atuais, na esteira do que apregoam as Constituições promulgadas no pós-Segunda Guerra, reconhecem a multiplicidade de interesses jurídicos que demandam tutela estatal.

---

<sup>37</sup> HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. p. 365.

<sup>38</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 130-134.

Bem se vê que, no Estado de Direito contemporâneo, certas posições jurídicas foram postas a salvo da opressora igualização formal que punha em desequilíbrio as partes da relação jurídica. Fala-se hoje em sujeitos de direito hipossuficientes, de que são exemplo o consumidor, o trabalhador e o locatário, nas respectivas relações em que figuram como partes. Tais sujeitos de direito foram resgatados do limbo social que imperou no Estado Legislativo. Este resgate importou em uma proteção diferenciada, reservada a eles pelo Estado de Direito Constitucional.

A função jurisdicional, ao se deparar com os interesses conflitantes no processo, não deve mais ignorar as possíveis desigualdades jurídicas existentes entre as partes. A premissa segundo a qual os sujeitos de direito devem ser vistos pelo estrito ângulo da igualdade formal, ignorando-se os fatores que geram desequilíbrio material entre as partes, não mais subsiste. Do contrário, cabe ao juiz, no seu ofício de intérprete, distinguir as posições jurídicas heterogêneas. Espera-se do magistrado uma atuação sensível às diferentes posições jurídicas que demandam a tutela jurisdicional. Importa ao magistrado encontrar na legislação os instrumentos capazes de compensar, quando assim parecer necessário, o desequilíbrio material transportado para a relação jurídico-processual.

Mesmo quando omisso o legislador, compete ao próprio magistrado, compreendendo o desequilíbrio de posições jurídicas, reservar-lhes adequada proteção segundo o melhor sentido normativo extraído da Constituição e das normas que consagram direitos fundamentais.

Se no passado não se exigia maior sensibilidade do juiz, justamente porque a regulação normativa deveria incidir de modo indistinto sobre todas as posições jurídicas, atualmente do juiz se espera uma abordagem sintonizada com as nuances do caso concreto. Sua atividade, por consequência, se tornou mais *complexa e dinâmica*.

Assim, a decisão judicial não deixa de ser uma resposta pautada na lei, com vistas à solução do caso concreto. Entretanto, trata-se, hoje, de uma resposta para cuja formulação concorrem uma série de outros fatores antes não considerados pelo julgador. Esses fatores estão, como se viu, ligados, sobretudo, à realidade fática trazida para o processo e às posições jurídicas assumidas pelas partes.

Se a jurisdição de *civil law*, sob o império do Estado Legislativo, consagrou-se como uma função bastante simplificada em virtude das características encontradas na ordem jurídica e social da época, não é difícil perceber que a absorção da complexidade social, e o reconhecimento de novas posições jurídicas pelo Estado Constitucional, dinamizou e tornou mais complexa a função jurisdicional.

Logo, a decisão judicial torna-se mais instável diante da heterogeneidade de situações materiais que impõe sua constante reconfiguração normativa.

### 1.3 DA CODIFICAÇÃO DA LEI ÀS CLÁUSULAS GERAIS E MICROSSISTEMAS

A codificação carrega os dogmas da completude, da coerência e da clareza da lei,<sup>39</sup> em ordem a permitir a regulação indistinta de todas as situações juridicamente relevantes. Tais dogmas também expressam a ideia de que “o ideal da supremacia do legislativo era o de que a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que apenas poderiam gerar uma única interpretação, inquestionavelmente correta”.<sup>40</sup>

No entanto, como se sabe, nem mesmo a sistematização da legislação por meio de Códigos foi inteiramente capaz de alcançar os intentos do legislador. Para se chegar a essa constatação sequer seria necessário proceder a uma investigação empírica, sendo intuitivo pensar que a complexidade do mundo da vida faz ilusória a exigência de que a lei cumpra rigorosamente os requisitos da completude, da coerência e da clareza.

Basta ver que a emergência incessante dos fatos cotidianos, bem como a evolução da civilização, torna a legislação sempre, mais ou menos, defasada. Não há aí completude.

Igualmente, não se pode ver na exigência de coerência e de clareza da lei mais que um programa de metas. Em outras palavras, não se nega a importância de ter presentes esses atributos na lei, de modo que as normas guardem, tanto quanto possível, harmonia entre si (coerência), evitando-se assim possíveis antinomias, bem como reflitam a clareza de seus termos, fugindo da obscuridade. No entanto, especialmente em razão da existência do embate de interesses que povoa o Parlamento, as normas legais eventualmente se chocam, revelando incoerência na ordem legislativa.<sup>41</sup> De outra parte, a clareza é, entre todos os atributos, provavelmente o mais difícil de ser alcançado, sobretudo se atentarmos para o fato de que o texto legal é equívoco, na medida em que frequentemente comporta mais de um significado.

---

<sup>39</sup> TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-2.

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. p.42.

Ainda assim, ao menos para os fins perseguidos pelo Estado Liberal, a técnica da codificação era tida como suficiente para acomodar a disciplina normativa das relações jurídicas homogêneas, pois estas pouco ou quase nada variavam. Contudo, a “redescoberta” da complexidade social no Estado Constitucional exigiu uma nova postura do legislador. Passou-se a regular posições jurídicas antes negligenciadas. Para tanto, o legislador precisou adotar novas técnicas legislativas.<sup>42</sup>

Essa nova postura se revela especialmente nos chamados microssistemas<sup>43</sup> e nas cláusulas gerais<sup>44</sup>. Para exercer seu papel em sintonia com a Constituição, o legislador precisou dar vazão normativa aos novos direitos e às novas posições jurídicas por ela acolhidos. Assim, a necessidade de promover a regulamentação das novas posições jurídicas, como a do consumidor, do locatário, da criança e do adolescente, do idoso, dentre outras, exigiu a edição de leis especiais.

A normatização dos novos direitos foi situada fora da codificação tradicional, cujas normas continuam a disciplinar os velhos institutos de caráter individual e patrimonialista, nascidos no Estado Liberal (propriedade, contratos, empresa, família etc.). Portanto, preferiu-se acomodar a regulamentação dos novos direitos em leis especiais, capazes de lhes conferir regime jurídico e terminologias próprias. É com esse espírito que foram editados o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Inquilinato, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso etc. Trata-se dos chamados microssistemas que, embora ainda convivam com os grandes Códigos, passam a dar vezo ao fenômeno da descodificação.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição**: premissas para uma reforma legislativa. p. 5. O autor aduz que: “As demandas sociais, a cada momento, impõem atos normativos de impressionante fugacidade e variabilidade [...]. Haveria, afinal, um direito pós-moderno, cuja compreensão servisse à proposta de reformulação legislativa e ao oferecimento de critérios interpretativos condizentes com o tempo presente?”.

<sup>43</sup> IRTI, Natalino. **L’età della decodificazione**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1986, p. 65. Importa advertir que o termo microssistemas é adotado aqui em razão de sua ampla difusão na doutrina. Entretanto, não se olvida das críticas que o vocábulo sofre por trazer a ideia de que as leis especiais estariam alijadas do todo normativo, e, portanto, indiferentes aos princípios comuns que governam o sistema jurídico. Em verdade, ao invocar o termo, não se pretende trazer esse entendimento. Adere-se, no mais, ao próprio pensamento de Natalino Irti: “[...] i micro-sistemi: insiemi di norme speciali, che, dettate per singoli istituti o classe rapporti, si ritrovano in comuni principi di disciplina”.

<sup>44</sup> NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 41, 2004. p. 89-94.

<sup>45</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24-28. Para o civilista, “A codificação liberal entrou em profunda crise com o advento do Estado Social – no Brasil, inaugurado com a Constituição de 1934. Inúmeras matérias foram subtraídas do Código Civil, que reduziu imensamente sua função prestante. As razões da codificação civil deixaram de existir quando perdeu sua centralidade para a Constituição, quando os novos direitos privados multidisciplinares não conseguiram ser nela contidos [...]”.

A nova realidade legislativa impôs a consideração de novas fontes normativas, antes não pautadas para a resolução dos casos concretos. Com isso, a tarefa interpretativa do magistrado lança-se, atualmente, não apenas sobre o Código. Vai além dele, para assimilar também o sentido fornecido pela legislação especial (microssistemas).

A dinamização das fontes normativas operada pela edição de leis especiais, responsável pelo incremento de significados à atividade do intérprete judicial, foi bem observada por TEPEDINO:<sup>46</sup>

Afinal, como agir o intérprete diante do sistema fragmentado e o pluralismo tão acentuado de fontes, não raro de difícil gradação hierárquica? E o quadro ainda se agrava, posteriormente, em face da proliferação desmesurada da produção legislativa, estimulada pelos avanços da tecnologia e por uma realidade econômica cada vez mais complexa, a reclamar novos mecanismos de regulamentação. [...] Todas essas circunstâncias, ao corroborarem, definitivamente, o ocaso da chamada *era da segurança*, própria do século passado, indicam tempos marcados por um equilíbrio assaz delicado de fontes normativas; e pela **necessidade, daí decorrente, de fornecer aos operadores jurídicos novos parâmetros interpretativos** (grifos nossos).

Ao lado da crescente expansão das fontes legislativas, acolhedoras de novos direitos e das novas posições jurídicas, aparecem incorporadas à legislação as chamadas cláusulas gerais.

As cláusulas gerais constituem técnica legislativa que potencializa a carga semântica do texto legal. Vale dizer, ao operar através de cláusulas gerais, o legislador estabelece *normas abertas*, cujo sentido pode ser amplamente conformado de acordo com o caso concreto e os imperativos constitucionais.<sup>47</sup>

As cláusulas gerais opõem-se à técnica casuística, mediante a qual o legislador procura prever no texto legal - geralmente em Códigos - a regulamentação pormenorizada de todas as possíveis situações jurídicas existentes.

A necessidade de introdução de cláusulas gerais na legislação em vigor se dá justamente porque o legislador não possui condições de, antecipando-se à evolução da vida social, normatizar todas as hipóteses fáticas emergentes.<sup>48</sup> Ou, ainda, não é capaz de fornecer, em tempo hábil, resposta adequada às transformações ocorridas nas hipóteses de incidência já disciplinadas.

<sup>46</sup> TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição**: premissas para uma reforma legislativa. p. 5.

<sup>47</sup> NALIN, Paulo. **Cláusula geral e segurança jurídica no código civil**. p. 89.

<sup>48</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Idem**. p. 8.

Em virtude de sua abertura textual e de seu conteúdo relativamente indeterminado, *as cláusulas gerais transferem do legislador para o juiz o ônus de disciplinar os casos emergentes*. É que, na condição de intérprete da lei, o magistrado terá condições, em face das cláusulas gerais, de conformar os critérios abertos do texto legal às situações sociais vindouras.<sup>49</sup> Com isso, “afasta-se o pretense caráter abstrato do legislador e, no plano metodológico, as bases interpretativas meramente formais, insuficientes para assegurarem a fidelidade do magistrado à tábua de valores do sistema, em favor de um conteúdo normativo flexível [...]”.<sup>50</sup>

No que importa para este trabalho, é de se registrar que *a técnica das cláusulas gerais provocou, igualmente, a ampliação dos poderes do juiz*, oferecendo-lhe suporte normativo significativamente aberto para a resolução dos casos concretos. Novamente, aqui, chama-se a atenção para a mudança do centro gravitacional, antes encontrado na lei, para a figura da decisão judicial. Pois, ao fim e ao cabo, é a decisão judicial que assimila o sentido normativo extraível das fontes, hoje potencializado pelas cláusulas gerais.

Se a segurança e a igualdade, antes garantidas pela lei codificada, não mais subsistem em face da ampla criatividade judicial condicionada pela pluralidade de fontes e pelo o caráter aberto de suas normas, chega o momento de recuperá-las sob a perspectiva da decisão judicial.<sup>51</sup>

Vale dizer, é hora de incorporar ao ofício do magistrado a técnica dos precedentes judiciais, sem a qual não haverá responsabilidade do Poder Judiciário para com os novos tempos. NALIM sintetiza bem o ponto: “o juiz merece a confiança dos operadores do Direito, carecendo-lhe, no entanto, melhor compreender o seu papel e a sua responsabilidade social, por não ser ele um mero ‘aplicador da lei’, mas, de outro viés, um construtor do sistema jurídico [...]”.<sup>52</sup>

#### 1.4 DA SUBSUNÇÃO LEGAL À CONSTRUÇÃO INTERPRETATIVA

Como se demonstrou no item precedente, o magistrado de ontem não precisava trazer para o seu ofício o manejo de outras fontes normativas diversas da lei. A lei, em sentido estrito, era o único objeto de trabalho do juiz.

---

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. p. 94-96.

<sup>50</sup> TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição**: premissas para uma reforma legislativa. p. 10.

<sup>51</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 96.

<sup>52</sup> NALIN, Paulo. **Cláusula geral e segurança jurídica no código civil**. p. 97.

Se é certo que a redução do *Direito* à figura da *lei* provocou a simplificação da atividade judicial, também se pode dizer que a *forma* como a lei era aplicada contribuiu para o agravamento dessa simplificação.

Afirma-se que o magistrado estava dispensado de valorar os fatos, devendo apenas subsumi-los à hipótese normativa prevista na lei. Fala-se, assim, na aplicação da norma legal a partir do método lógico-dedutivo (subsunção).<sup>53</sup> Ou seja, trata-se de um método caracterizado pela mecanicidade na aplicação da lei, refratário à valoração judicial dos fatos e baseado no formalismo interpretativo.

Este método interpretativo guarda evidente sintonia com as ideias filosóficas e científicas que prevaleceram entre os intelectuais positivistas de então.

É preciso lembrar que à época do Estado Legislativo as ideias propaladas pelo pensamento positivista receberam forte adesão do poder político. Esse movimento, de origem filosófica, propunha a exaltação do cientificismo, à moda cartesiana. Em linhas gerais, pensava-se que as ciências teriam condições de compreender e disciplinar com exatidão tanto os fenômenos naturais como os sociais.

O propósito cientificista alcançou o Direito, de tal sorte que, por longo tempo, imaginou-se ser possível a ele atribuir as mesmas credenciais das ciências matemáticas. Esquecia-se que o direito não maneja elementos exatos e unívocos. Trata-se de uma ciência social, em tudo dependente das subjetividades humanas encontradas quer no plano social, quer no plano normativo.

No que aqui interessa, é preciso registrar que a rigorosa pretensão de cientificidade atingiu os métodos interpretativos pensados para o Direito. O explícito objetivo de conferir certeza e exatidão aos significados normativos, bem como à solução dos casos sob julgamento, impôs ao magistrado a hercúlea tarefa de inferir a resposta exata da lei para cada hipótese fática. Conta-se que o racionalismo positivista impõe que o “processo de interpretação das leis deve se dar por meio de um processo racional e lógico, ignorando-se influências de cunho sócio-cultural”.<sup>54</sup>

Tratava-se de um exercício silogístico baseado na inferência lógica entre duas premissas. A premissa menor consistia na hipótese fática, a qual deveria ser identificada pelo

<sup>53</sup> HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. p. 399.

<sup>54</sup> TUTIKIAN, Cristiano. O paradigma da deificação da lei e a tarefa hermenêutica de concretização da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 45, 2006. p. 193.

juiz com vistas à subsunção na premissa maior, a norma legal. Desse exercício mecânico deveria resultar a exata solução para o caso concreto.

Perceba-se, no entanto, que não havia qualquer preocupação com a natural equivocidade das palavras depositadas pelo legislador na lei. Supunha-se que o legislador era capaz de plasmar um significado único e tão límpido que poderia ser, invariavelmente, descoberto com exatidão pelo juiz, desde que atendido um rígido procedimento pela dedução lógica entre norma e fato.

Do mesmo modo, ignorava-se que, para a adequada e justa solução do caso, faz-se necessária a consideração das particularidades fáticas presentes no caso, de modo a evitar uma padronização normativa insensível às distinções de cada caso. É que a valoração judicial dos fatos é uma atividade que não pode ser ignorada pelo juiz, sob pena de se conferir tratamento normativo idêntico a realidades distintas. Na verdade, só por um faz-de-conta forçado os adeptos do formalismo interpretativo puderam imaginar que o juiz teria condições de se abster do exercício de valoração dos fatos.

Não obstante, ao partir-se da premissa segundo a qual o juiz está livre da valoração dos fatos e preso à subsunção lógica do fato à norma, supunha-se que o método lógico-dedutivo seria capaz de assegurar a certeza, a segurança e exatidão dos julgamentos. Esse era o desejo do racionalismo positivista.

Contudo, atualmente se compreende que a norma jurídica é uma realidade autônoma em face do texto legal.<sup>55</sup> Essa análise faz ver que a norma jurídica proferida pelo juiz, com base no texto legal, nem sempre guarda consenso com outras decisões pautadas no mesmo texto.

Isso se explica em razão da equivocidade do texto legal, o qual é depositário de vários significados normativos. Com isso, a rigor, a norma é resultado da interpretação judicial, que parte de elementos textuais e extratextuais, especialmente da valoração dos fatos. Vê-se, aí, claramente, a dissociação entre norma e texto. De modo que o texto é incapaz, por si só, de assegurar segurança jurídica e igualdade aos seus destinatários.

Evidentemente, o juiz não pode ignorar o substrato semântico e os limites fornecidos pelo texto. No entanto, o juiz precisa ir além do texto, valorando os fatos, e conjugando o texto da lei com outras fontes normativas (Constituição, tratados internacionais etc.), de modo que a

---

<sup>55</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema. p. 90-93.

norma a que se chega não pode ser confundida com o sentido literal fornecido pelo texto da lei.<sup>56</sup>

Em face da tese da separação entre texto e norma, sobressai a falsidade do método lógico-dedutivo (subsunção) de interpretação judicial. É que o método subsuntivo, baseado no raciocínio silogístico entre fato e norma, além de denunciar um extremo simplismo, tenta fazer crer que para cada fato existe uma hipótese normativa precisamente delimitada no texto legal, a qual supostamente dispensaria qualquer valoração judicial.

Ao contrário, a interpretação judicial constitui atividade criativa que exige o concurso de elementos legais e dados extralegis. Vale dizer, a construção da norma jurídica é exercida em regime de colaboração entre o legislador e o juiz.<sup>57</sup> E é sobretudo em razão da convergência de elementos extralegis no processo decisório que se exige do magistrado a demonstração de suas valorações mediante justificação racional.

Nesse sentido, tendo-se em conta que a atividade interpretativa oferece ao magistrado inúmeras opções normativas, é indispensável que os juízes e tribunais respeitem seus próprios precedentes judiciais, sob pena de se fazer da interpretação um método eminentemente pessoal de escolhas normativas. Lembre-se, ainda, que não há interpretação correta ou verdadeira. “Há, isso sim, interpretação que, a partir de diretivas e de juízo de valor, é devidamente justificada; há, por assim dizer, ‘decisão adequada’ ou ‘decisão racionalmente aceitável’”.<sup>58</sup>

## 1.5 DA LEGALIDADE FORMAL AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Constitui preocupação natural a todo ordenamento jurídico o alcance da certeza, da segurança e da igualdade jurídicas. Pode-se mesmo dizer que esses valores são pressupostos para a própria existência do Estado de Direito.

No processo de instituição da nova ordem político-jurídica, os revolucionários franceses perceberam a necessidade de atrelá-la a esses valores. O rompimento definitivo com o Antigo

---

<sup>56</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema**. p. 93.

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. RT, vol. 1, mai./2011. p. 149. Entende o autor que: “o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e realizar escolhas entre soluções possíveis”; Cf., também, MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 142-145.

<sup>58</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 106.

Regime dependia da construção de um Direito capaz de oferecer certeza, segurança e igualdade à classe burguesa vitoriosa. Assim, é flagrante a preocupação dos idealizadores do Estado Legislativo de Direito no sentido de incorporar tais predicados à ordem legal que então se desenvolvia pelas mãos do Parlamento.

O instrumento identificado como sendo o único capaz de incorporar tais valores na ordem jurídica foi a lei. Ora, se a lei representava os anseios da classe vitoriosa que habitava o Parlamento, constituindo-se como o único veículo de produção do Direito, nada mais natural que fosse ela tida como a única forma de promover a certeza, a segurança e a igualdade jurídicas.

Daí porque ser característica marcante o fato de o Estado de Direito assentar suas bases exclusivamente sobre a lei.<sup>59</sup> Essa é a concepção que nasceu com a Revolução Francesa, mas que ainda afeta a mentalidade jurídica dos operadores do Direito nos países da *civil law*.

Ressalte-se. No Antigo Regime o Direito era altamente instável e desigual, na medida em que refletia os arbítrios do poder monárquico e os privilégios de classes.

Note-se, assim, que encontrar algum instrumento capaz de oferecer segurança, certeza e igualdade à sociedade francesa que então se delineava significava romper com os desmandos políticos e as desigualdades que imperavam na antiga ordem jurídica. Com vistas a este propósito, a forma encontrada foi a lei.

De um lado, a implementação do poder político pela via legislativa foi a melhor forma encontrada pelos revolucionários franceses a propósito de combater o absolutismo monárquico e as arbitrariedades praticadas no Antigo Regime.<sup>60</sup> De outro lado, com a instituição do Direito pela via exclusiva da lei, o novo estado francês pretendia promover os emblemáticos valores da igualdade e da liberdade entre os cidadãos.<sup>61</sup> De modo que, a partir daí, a sociedade seria posta

---

<sup>59</sup> HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. p. 346. Frise-se que a crença de que a lei - como fonte privilegiada do Direito - resolveria todos os problemas jurídicos e políticos é própria de uma época em que imperava o princípio da supremacia do Parlamento. Somente o Parlamento representaria a “vontade geral” do povo. E o Direito, identificado rigorosamente na lei, supostamente seria capaz de garantir os valores enaltecidos pela Revolução, além de impedir as velhas arbitrariedades do poder. Nesse sentido, registra o historiador A.M. HESPANHA: “No plano das fontes de direito, este princípio elevava a lei parlamentar - expressão da ‘vontade geral’ - à dignidade de fonte primeira, se não única, de direito. Ela era o produto da (i) vontade popular e, para mais, de uma (ii) vontade geral, de todo o povo, liberta do despotismo e de espírito de facção [...]”.

<sup>60</sup> HESPANHA, António Manuel. **Idem**. p. 347-348. Não apenas o despotismo do rei era responsável pela prática abusiva do poder e pela manutenção dos privilégios de classe. Também o corpo de juízes, no Antigo Regime, tinha sua parcela de culpa, na medida em que atuavam em favor de interesses dos grupos sociais a que pertenciam. “Realmente, pelo menos na Europa, a Revolução tinha sido feita também contra a tirania dos juízes que, apoiados no caráter casuísta e flexível do direito tradicional, tornavam o direito num saber hermético, cujos resultados eram imprevisíveis e incontroláveis pelos cidadãos”.

<sup>61</sup> HESPANHA, António Manuel. **Idem**. p. 341-345.

a salvo da manipulação do poder, tão comum na França pré-revolucionária, marcada pelos privilégios de classes e pelos arbítrios da magistratura corrupta. A lei seria parâmetro objetivo e impessoal capaz de garantir tratamento paritário entre quaisquer cidadãos.

Eis, assim, o pano de fundo histórico por detrás do princípio da legalidade formal.

Em face desse princípio, a lei se constituiu como forma absoluta de dar vazão ao Direito. E até aí o Direito é apenas o reflexo da soberania parlamentar.<sup>62</sup> Compreende-se, assim, que o procedimento legislativo posto em prática pelo Parlamento seria o caminho absoluto para a formulação do Direito. Trata-se do objetivo pós-revolucionário que busca estabelecer o Direito mediante a promoção da vontade geral expressada pelos representantes do povo.

A revelação do Direito estava condicionada a um critério formal. Tinham-se por jurídicas as normas que fossem regularmente editadas pelo Poder Legislativo.<sup>63</sup> Eis a legalidade puramente formal, responsável por condicionar a validade da norma jurídica ao cumprimento de um critério procedimental.

O monismo jurídico, traduzido na lei enquanto fonte exclusiva do Direito, contribuiu para a simplificação da atividade judicial. Isso se explica na medida em que a individualização da norma jurídica pelo juiz não dependia da conjugação de fontes normativas diversas. Bastava a consideração do texto legal. Encontrando apenas no texto legal o parâmetro normativo que deveria regular o caso concreto, o magistrado não se punha em condições de encontrar sentido normativo diverso daquele proposto pela lei, sobretudo quando se sabe que ele estava impedido de valorar os fatos.

De outro lado, sabe-se que a atividade judicial se torna potencialmente mais complexa quando precisa lançar mão de diversas fontes normativas. Nessa circunstância, as fontes articulam-se entre si, condicionam-se mutuamente, especialmente quando há hierarquia entre elas. É o que ocorre nos dias atuais, em que o sentido normativo revelado pela decisão judicial se mostra potencialmente mais instável, sobretudo porque o processo de construção judicial da norma é atraído por um número maior de fontes normativas. De sorte que a variação nos resultados normativos obtidos pelo magistrado será tanto maior quanto maior for o número de arranjos possíveis entre as fontes.

Nesse ponto, interessa ter presente o princípio da juridicidade.

---

<sup>62</sup> GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. p. 73-76; HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. p. 345.

<sup>63</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. p. 44.

O princípio da juridicidade pretende fazer ver que o Direito não se resume à lei em sentido estrito. Se no Estado Liberal de Direito a atividade judicial era subserviente apenas ao à lei formal, atualmente o espectro normativo com o qual o julgador trabalha é significativamente mais amplo. Importa, para esta conclusão, sobretudo, a circunstância de que a Constituição<sup>64</sup> e os tratados internacionais de direitos humanos tiveram sua força normativa reconhecida na maioria dos países ocidentais, após a segunda guerra mundial.

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos, ao Poder Judiciário foi confiada a função de controlar a constitucionalidade e a convencionalidade das leis. De sorte que o princípio da separação dos poderes passa a ser compreendido, ante a possibilidade de afastamento da lei pelo julgador, sempre que esta destoar dos preceitos firmados na Constituição ou em tratados internacionais de direitos humanos.

A força normativa dessas normas superiores também impôs ao Judiciário o dever de tutela de novos direitos, sobretudo os de caráter fundamental. Para tanto, o magistrado foi munido pela legislação de instrumentos e poderes processuais capazes de proporcionar uma resposta jurisdicional efetiva aos direitos ameaçados ou lesados.

Esta crescente dinamização da atividade judicial, com aportes de novos instrumentos e poderes à disposição do juiz, importou no incremento da criatividade judicial. Ocorre que, *uma quantidade maior de poderes implica, naturalmente, em uma maior diversidade de soluções materiais para o caso concreto*. Tal circunstância passa a reclamar parâmetros decisórios aptos a definir as opções normativas mais adequadas para cada hipótese fática. Importa considerar, mais uma vez, a adoção da técnica dos precedentes judiciais para definir os entendimentos que prevalecerão em cada caso concreto.

---

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). p. 147; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Constituição como norma**. p. 73-85; Cf., também, HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

## CAPÍTULO 2 - INTERPRETAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No *common law*, a ideia de interpretação do precedente está associada ao processo de identificação e compreensão dos elementos que compõem o precedente judicial.<sup>65</sup> Ao se interpretar o precedente, deseja-se realizar o seu “raio-X”, individualizando-se suas partes principais e, se possível, o seu processo de formação.

Logo, não se trata de buscar o seu significado ou conteúdo semântico. Interpretar precedente não é atividade que se confunda com a interpretação da lei.<sup>66</sup> Na interpretação do precedente, repita-se, não se deseja encontrar o sentido normativo fixado pelo precedente, mas sim dissecá-lo com vistas a encontrar os seus elementos operacionais.

### 2.2 JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTE E DECISÃO JUDICIAL

A funcionalização de qualquer sistema de precedentes judiciais passa pela correta identificação e aplicação do instituto. Nesse item, importa definir o conceito de precedente judicial, partindo-se das distinções por ele apresentadas quando confrontado com as noções de jurisprudência e de decisão judicial.

#### 2.2.1 Precedente e jurisprudência. Diferença quantitativa

Nos países de *civil law*, a acepção mais moderna do vocábulo *jurisprudência* quer se referir ao repositório de decisões proferidas por um tribunal, para a resolução de determinado

---

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 221.

<sup>66</sup> Enxergando semelhanças entre uma atividade e a outra, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Ed. RT, vol. 893, mar/2010. p. 35-36.

tema jurídico.<sup>67</sup> É certo, portanto, que há um elemento quantitativo<sup>68</sup> a caracterizar o significado moderno de jurisprudência. Pois, não se concebe a jurisprudência senão a partir da formação sucessiva de decisões judiciais que reafirmam o entendimento do tribunal acerca de dada questão jurídica. Há aí a ideia de conjunto ou acervo de decisões.

Por sua vez, o precedente constitui uma única decisão judicial.<sup>69</sup> Ao contrário da jurisprudência, o precedente não se caracteriza pela pluralidade decisória.

É bem verdade que a clareza ou o amadurecimento do precedente podem exigir o seu aperfeiçoamento através de uma cadeia de decisões. No entanto, ao evocar o precedente, o sujeito processual fará referência à decisão paradigmática, isto é, à decisão tida como representativa da *ratio decidendi* invocada.

Logo, se a jurisprudência lembra uma coleção de julgados, o precedente tem a sua imagem associada a apenas uma decisão judicial.

## 2.2.2 Precedente e decisão judicial

Entretanto, importa ressaltar que não é qualquer decisão judicial que terá aptidão para se tornar um precedente.<sup>70</sup> Para assim se qualificar, a decisão deve guardar algumas características que a tornem potencialmente<sup>71</sup> capaz de vincular às suas razões a solução dos casos análogos futuros. Nesse sentido, a decisão deve necessariamente enfrentar de maneira pioneira<sup>72</sup> alguma questão jurídica, mediante a interpretação das fontes normativas e à luz de determinados fatos, com vistas à fixação da tese jurídica que prevalecerá sobre os casos futuros.

---

<sup>67</sup> ZANETI JR., Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 235, set./2014. p. 297-298; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. **Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro**. p. 208-209.

<sup>68</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 36, vol. 199, set./2011. p. 140.

<sup>69</sup> TARUFFO, Michele. **Idem**. p. 140.

<sup>70</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 213.

<sup>71</sup> De acordo com MARINONI, para constituir precedente a decisão deve contar com a “potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 213); Cf., outrossim, FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. **Idem**. p. 210.

<sup>72</sup> ZANETI JR. Fala em decisão que “crie uma nova tese jurídica para formar um precedente” (ZANETI JR., Hermes. **Idem**. p. 298); Em sentido semelhante, MARINONI entende que “precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 214).

Nessa perspectiva, DIDIER JR. entende que o precedente “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.<sup>73</sup> De seu turno, ZANETI JR. afirma que os precedentes judiciais “consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. [...] Por tais razões, os precedentes devem ser tratados como norma [...]”.<sup>74</sup>

Destaque-se ainda que, para se sustentar enquanto precedente, a decisão deve ostentar densidade argumentativa, expondo racionalmente as justificativas que fundamentam a opção interpretativa acolhida para a solução do caso.<sup>75</sup> A decisão judicial, para credenciar-se como precedente, desafia o órgão julgador a tecer robusta fundamentação. É esse severo dever de justificação decisória que imprime universalidade à regra insculpida no precedente, habilitando-o a se impor sobre os casos futuros.

O pesado ônus argumentativo e a interpretação desenvolvida pelo precedente habilitam-no a agregar conteúdo à ordem normativa. Nessa perspectiva, o precedente é mais que uma simples decisão judicial, porque é capaz de irradiar conteúdo normativo para além do caso sob julgamento. “Dito de outra forma, apenas será precedente a decisão que resultar efeitos jurídicos normativos para os casos futuros”.<sup>76</sup>

Ressalte-se que, no mais das vezes, as decisões judiciais são apenas decisões, e não precedentes. Frequentemente, as decisões se limitam a definir questões de fato,<sup>77</sup> cuja solução é sempre peculiar e não repetível, não desafiando a fixação de qualquer *tese jurídica*. MARINONI afirma que, para a formação do precedente, importa a resolução de uma *questão de direito* a partir de determinada interpretação judicial capaz de guiar os casos futuros. *In verbis*: “Note-se que o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito – ou nos termos do *common law*, de um *point of law* -, e não de matéria de fato [...]”.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial e antecipação dos efeitos da tutela**. 8ª ed. Salvador: JusPODVIM, 2013, vol. 2, p. 427.

<sup>74</sup> ZANETI JR., Hermes. **Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil**. p. 300.

<sup>75</sup> O papel elementar da densidade da fundamentação na formação do precedente é lembrado por ARRUDA ALVIM WAMBIER: “Podem [as decisões judiciais] tornar-se precedentes relevantes, porque, por exemplo, se trata de um caso de importância nacional, cuja solução esteja sendo muito esperada e a decisão seja densa, bem fundamentada e chame a atenção” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Brazilian precedents**. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes). Acesso em: 22.06.2015.

<sup>76</sup> ZANETI JR., Hermes. **Idem**. p. 301.

<sup>77</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 169.

<sup>78</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 213-214.

Ademais, algumas decisões não acrescentam *significado normativo* ao texto legal, limitando-se a declarar, sobre a hipótese fática, os efeitos expressos na lei. Nesses casos, a força vinculante da norma decorre estritamente do texto legal, e não do precedente, que sequer existe.<sup>79</sup> Haveria precedente, nesses casos, se a decisão judicial desenvolvesse “acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para solução de questões jurídicas”.<sup>80</sup> Também não há precedente nos processos cujas decisões terminam por reafirmar a aplicação de um precedente já formado.<sup>81</sup>

Eis, então, que se todo precedente é também uma decisão judicial, não é toda decisão que se qualifica como precedente.

Até aqui se viu que os conceitos de decisão, de precedente e de jurisprudência são absolutamente distintos. Evidenciou-se que existe uma diferença de ordem *qualitativa* entre decisão e precedente. Ou seja, o precedente contém um *plus*<sup>82</sup> de natureza normativo-argumentativa que autoriza a transcendência de sua eficácia para além do caso concreto.

Todavia, na comparação entre os conceitos de jurisprudência e de precedente somente se fez uma distinção de natureza *quantitativa*. Vale, neste momento, diferenciá-los do ponto de vista *qualitativo*.<sup>83</sup>

### 2.2.3 Precedente e jurisprudência. Diferença qualitativa

---

<sup>79</sup> É certo que nos casos em que os efeitos normativos decorrem exclusivamente da lei não há espaço para a formação do precedente. Isso não significa, porém, que aí não haja decisão judicial. É que onde houver pronunciamento judicial, a atribuir solução para a questão jurídica, haverá decisão judicial. Obviamente, a decisão aí fixada influirá apenas sobre o caso julgado. Não exhibe potencial normativo capaz de determinar a resolução de casos futuros. Nesse sentido, cf. o conceito de decisão judicial em DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial e antecipação dos efeitos da tutela.** p. 312.

<sup>80</sup> ZANETI JR., Hermes. **Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil.** p. 301.

<sup>81</sup> ZANETI JR., Hermes. **Idem.** p. 300.

<sup>82</sup> Esse *plus* certamente resulta de uma atividade judicial que exerce a valoração dos fatos e a interpretação das fontes normativas, em ordem a atuar em regime de colaboração com o Legislativo. Porém, ressalte-se que a consubstanciação dessa atividade através da fixação de precedentes só pode encontrar legitimação por meio da argumentação racional. “Esses ‘conteúdos’, a partir de valorações racionalizadas mediante a devida argumentação, especificam o significado da lei diante das circunstâncias concretas do caso” (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema.** p. 155).

<sup>83</sup> TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** p. 140-141.

A diferença substancial existente entre precedente e jurisprudência reside no âmbito da eficácia de cada um. Enquanto a jurisprudência representa uma coletânea de julgados dotada de eficácia persuasiva sobre os órgãos jurisdicionais, o precedente, na acepção que aqui importa, ostenta eficácia obrigatória. Esse parece ser o entendimento compartilhado por ZANETI JR., para quem “[...] a característica da jurisprudência é atuar apenas de forma ‘persuasiva’ e não há sentido falar em precedentes ‘persuasivos’”.<sup>84</sup>

Não há vantagem alguma em sustentar a existência de precedentes persuasivos em países que sofrem patente instabilidade decisória. É que a eficácia persuasiva é própria de um modelo de atuação judicial baseado na uniformização<sup>85</sup> da jurisprudência, e que até então tem se revelado infrutífero para a garantia da igualdade e da segurança.

Explica-se. O dever de imprimir uniformidade à interpretação do direito constitucional e infraconstitucional é da competência das Supremas Cortes brasileiras.<sup>86</sup> Todavia, esse dever tem sido associado à mera função de controle<sup>87</sup> das decisões proferidas pelos tribunais inferiores. Como não estão vinculadas às teses fixadas pelas Supremas Cortes, as decisões de segunda instância frequentemente delas divergem, sujeitando-se à correção *a posteriori*. Resulta daí a irracionalidade presente no sistema de decisões judiciais, responsável pela morosidade, insegurança e desigualdade jurídicas.

Vale dizer que esse cenário é próprio de um sistema de justiça que adota a jurisprudência (eficácia persuasiva) como modelo de orientação para os tribunais e os jurisdicionados.<sup>88</sup> Ora, como se sabe, a padronização decisória mediante a formação de jurisprudência “persuasiva” muitas vezes não é capaz de impor coerência e estabilidade sequer no âmbito do próprio tribunal que a produziu.<sup>89</sup>

<sup>84</sup> ZANETI JR., Hermes. **Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil.** p. 298.

<sup>85</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema.** p. 113-118.

<sup>86</sup> Ver artigos 102, III, e 105, III, da Constituição da República.

<sup>87</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem.** p. 66-68.

<sup>88</sup> Na introdução intitulada “Para além da jurisprudência”, ZANETI JR. preleciona: “Um modelo apenas de ‘jurisprudência, como se verá, também não atende a um Estado Democrático Constitucional. [...] a jurisprudência funciona aqui apenas como razão subjetiva, não sendo obrigatória para fins de universalização, e, portanto, permitindo contrastes sincrônicos e diacrônicos” (ZANETI JR., Hermes. **Idem.** p. 294).

<sup>89</sup> Denunciando a instabilidade decisória no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ARRUDA ALVIM WAMBIER assim afirma: “Decisões do STJ deveriam ser precedentes e deveriam, sobretudo, ser respeitadas pelo próprio Tribunal que as proferiu. [...] Com alguma frequência, os próprios Ministros alteram suas decisões em questão de dias ou semanas” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Brazilian precedents.** Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes). Acesso em: 22.06.2015).

Daí que, ao menos para o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes que atenda à nossa realidade,<sup>90</sup> só há razão prática em se falar sobre precedentes dotados de eficácia obrigatória ou vinculante.

Além do mais, a eficácia persuasiva é inerente a qualquer espécie de decisão que defina alguma questão de direito. A lógica presente em todo e qualquer sistema judiciário, estruturado em ao menos duas instâncias, impõe aos órgãos recursais a consideração da força persuasiva das decisões de primeira instância, e vice-versa.<sup>91</sup> Esse dado é ainda mais natural quando se tem uma ordem jurídica que admite a jurisprudência como fonte<sup>92</sup> do direito, pois exige do julgador que, ao afastar a aplicação de jurisprudência consolidada, exponha as razões de seu convencimento em sentido contrário.

Veja-se, pois, que se a carga persuasiva é própria a toda decisão que enfrente e defina dada matéria de direito, não há utilidade prática em se teorizar sobre precedentes persuasivos, ao menos do ponto de vista da igualdade e da segurança jurídicas. Importa, isto sim, tratar do efeito vinculante (*binding effect*) extraído de suas razões determinantes. E é sobretudo nesse ponto que o precedente judicial deve se diferenciar da jurisprudência. Trata-se de uma diferença substancial (*qualitativa*) que revela a eficácia obrigatória de um, e a mera eficácia persuasiva da outra.<sup>93</sup>

### 2.3 RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM

No item anterior, a conceituação do precedente judicial se deu do ponto de vista externo, isto é, a partir de sua análise comparativa com conceitos formatados pela tradição de *civil law*, tais como jurisprudência e decisão judicial. Passa-se agora à delimitação do instituto sob à ótica de sua configuração interna. Em outras palavras, interessa a partir daqui examinar os elementos

---

<sup>90</sup> A propósito da insuficiência da ideia de eficácia persuasiva, anota o ex-Ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira: “Segundo os seus defensores [da eficácia obrigatória], todavia, tal persuasão não basta, considerando não só a repetição de ações e recursos em temas já assentes, inclusive nos Tribunais Superiores, como também o descaso da Administração com a orientação reiterada dos tribunais, a aumentar abusivamente o volume do serviço forense” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A súmula e sua evolução no Brasil**. p. 15. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/401>. Acesso em 25/08/2015).

<sup>91</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 116.

<sup>92</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004. p. 18-26.

<sup>93</sup> ZANETI JR., Hermes. **Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil**. p. 299-301.

constituintes da identidade do precedente. Fala-se, assim, em *ratio decidendi* e *obiter dictum* como componentes elementares na identificação e compreensão do precedente.

### 2.3.1 *Ratio decidendi*

Lembre-se que, dentre outras definições possíveis, o precedente pode ser tido como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo **núcleo essencial** pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (sem grifo no original).<sup>94</sup>

Pois bem, importa nesse momento analisar o que se entende por “núcleo essencial” do precedente judicial. Para se referir a essa porção do precedente, a doutrina inglesa invoca a expressão *ratio decidendi* (razão de decidir), ao passo que o direito estadunidense usa o vocábulo *holding* ou *core*. Essas expressões se referem à porção do precedente que manifesta a regra de direito (tese jurídica) *necessária* para a solução do caso.<sup>95</sup> Trata-se da regra de direito (*rule of law*), consubstanciada em uma tese jurídica, necessária para a resolução do caso e com força para vincular as decisões futuras.<sup>96</sup>

A rigor, a força vinculante do precedente reside estritamente na sua *ratio*.<sup>97</sup> É possível mesmo dizer que a *ratio decidendi* é a “alma” do precedente judicial, ou seja, a essência do instituto, e a parte que verdadeiramente importa quando se busca identificar a fonte de sua eficácia obrigatória. Em verdade, quando o termo precedente é invocado no seu sentido próprio, quer-se referir à sua *ratio*.<sup>98</sup>

A *ratio decidendi* se expressa nos fundamentos da decisão judicial. Logo, se a decisão judicial frequentemente se divide em três partes, sendo elas o relatório, a fundamentação e o dispositivo, importa para a identificação da *ratio*, sobretudo, a fundamentação.<sup>99</sup> Contudo, isso

<sup>94</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Processo Civil**. p. 427.

<sup>95</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. p. 77; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. p. 175.

<sup>96</sup> Reconhece-se que a definição de *ratio decidendi* guarda identidade com a própria definição de precedente. Entretanto, não há acordo na doutrina sobre a definição de *ratio decidendi*. ARRUDA A. WAMBIER, por exemplo, lembra que a *ratio* pode ser definida como uma “proposição de direito necessária para a decisão” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law**. p. 35).

<sup>97</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Idem**. p. 35; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 220.

<sup>98</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. RT, vol. 237, nov./2014. p. 370.

<sup>99</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. – (Curso de processo civil; vol. 2). p. 406-408. Os autores ensinam que o relatório expõe a suma do processo, fazendo ver que o juiz conheceu os dados e os fatos que compõem a causa. A

não implica dizer que a sua identidade não guarde relação com o relatório e o dispositivo. Absolutamente. A interpretação das razões de decidir exige o exame do relatório (onde consta o substrato fático considerado pelo raciocínio decisório) e do dispositivo (que revela o resultado alcançado pela decisão).<sup>100</sup>

Nesse sentido, o que conduz ao resultado estabelecido na parte dispositiva da decisão é justamente a *ratio decidendi* desenvolvida na fundamentação. Note-se que ela não se confunde com a própria fundamentação. Mas nela está contida. Isso porque, dentro de seus limites, a fundamentação contém elementos diversos da *ratio*, tal como outros raciocínios decisórios ou teses que não são determinantes para o alcance da solução jurídica adotada. Além do mais, é possível que na fundamentação estejam presentes mais de uma *ratio decidendi*, especialmente quando existem diversas questões de direito, para cuja resolução há que se definir o correspondente número de teses jurídicas.<sup>101</sup>

Veja-se que a *ratio* constitui essencialmente uma tese jurídica destinada a resolver uma questão de direito. Todavia, isso não implica afirmar que os fatos não devam importar para a definição da *ratio decidendi*. É justamente em consideração de certos e determinados fatos que a *ratio* assume sua identidade.

ARRUDA A. WAMBIER ratifica esse entendimento: “Tanto é assim que afirmam que um precedente é uma proposição *de direito*, não a integrando as questões de fato. Mas, de rigor, decisões precisam ser compreendidas à luz dos fatos: assim, fatos tratados como relevantes (material) pelo juiz são, de certo modo, parte da *ratio decidendi*”.<sup>102</sup> Vale dizer, a tese jurídica acolhida pelo órgão julgador é delineada em face de determinados fatos presentes no caso sob julgamento.

Trata-se, portanto, da tese jurídica para a qual concorrem i) a indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), ii) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e iii) o juízo decisório (*judgement*).<sup>103</sup>

---

fundamentação exige do magistrado a alusão às razões de sua decisão, permitindo, assim, às partes sobre ela realizar controle. Já o dispositivo é, por assim dizer, a conclusão do julgamento qualificada pela coisa julgada (imutabilidade), isto é, o lugar onde se exprime o juízo de procedência ou improcedência da demanda. O NCPD trata o relatório, a fundamentação e o dispositivo como “elementos” da sentença (Ver artigo 489).

<sup>100</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 221.

<sup>101</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 220.

<sup>102</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law**. p. 35.

<sup>103</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. p. 175.

Viu-se até aqui a noção em torno do conceito de *ratio decidendi*. Se não há total acordo sobre a sua definição, o mesmo se pode dizer acerca do método utilizado para a sua identificação no bojo da decisão-precedente.

No *common law*, dois são os principais métodos de determinação da *ratio decidendi* lembrados pela doutrina e pelos tribunais.<sup>104</sup> O método clássico, devido a Eugene Wambaugh, sustenta que a *ratio* é a proposição jurídica ou regra de direito necessária para se chegar à conclusão firmada na decisão. Ou seja, toma-se a *ratio* como aquela regra sem a qual a referida conclusão não seria alcançada. Para saber se a regra ou a proposição é necessária ao atingimento da conclusão, WAMBAUGH propõe um teste. O teste consiste em inverter o sentido da regra ou da proposição, a fim de verificar se a decisão também altera o sentido. Acaso a decisão mude de sentido, a proposição será considerada necessária para a conclusão, e, portanto, constituirá razão de decidir para a decisão. Entretanto, se, em face da inversão de sentido da proposição, o resultado da decisão não mudar, é possível concluir que a proposição não constitui passo necessário para o seu alcance, não sendo, portanto, *ratio*.<sup>105-106</sup>

Por sua vez, o método de GOODHART, desenvolvido para a determinação da *ratio decidendi*, assenta-se especialmente sobre o exame dos fatos da causa tomados em consideração pelo juiz. Para GOODHART, é imperioso identificar quais foram os fatos considerados determinantes pelo magistrado (*material facts*), e quais foram tidos como fatos não determinantes para a obtenção da conclusão firmada na decisão.<sup>107</sup> Assim, GOODHART propõe que a *ratio* deva ser determinada mediante a análise conjugada de dois elementos: a) os fatos determinantes (materiais) e os fatos imateriais; e b) o resultado consubstanciado na decisão, obtido com base nos fatos determinantes.

Certamente, ambos os métodos – de Wambaugh e de Goodhart – mantêm grande influência sobre os operadores jurídicos do *common law*. Em face da contribuição desses

---

<sup>104</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008. 126; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 222.

<sup>105</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Idem**. p. 127. O autor relaciona o método de Wambaugh ao raciocínio aristotélico baseado no silogismo. Assim, a *ratio decidendi* constituiria a premissa maior e necessária, enquanto os fatos constituiriam a premissa menor, de modo que a conclusão do silogismo seria a decisão em si.

<sup>106</sup> O método de Wambaugh revela-se falho nos casos em que existem dois fundamentos (*rationes decidendi*) para a decisão. É que, considerando que qualquer um dos dois fundamentos é suficiente para sustentar o resultado da decisão, o outro se torna desnecessário segundo o teste, embora também constitua *ratio* se visto de maneira independente. Cf., nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 222-223.

<sup>107</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Idem**. p. 130.

autores, a doutrina atual é praticamente uniforme no sentido de que a determinação da *ratio decidendi* passa pelo exame da *unidade fático-jurídica* que compõe o caso-precedente.<sup>108</sup>

### 2.3.2 *Obiter dictum*

É comum a afirmação segundo a qual a *obiter dictum* deve ser distinguida por exclusão. Isto é, chega-se à *obiter dictum* mediante a verificação do que não constitui *ratio decidendi*.<sup>109</sup>

Nessa dimensão, *obiter dictum* (no plural, *obiter dicta*) é, em síntese, qualquer regra de direito ou proposição jurídica não necessária para o alcance do resultado consubstanciado na decisão. Em outras palavras, a *obiter dicta* consiste em reflexões incidentais ao raciocínio decisório e que, embora não sirvam para sustentar a solução jurídica adotada, reforçam a construção argumentativa do órgão julgador. Trata-se de opiniões ditas de passagem, ou, em termos literais, ditas “para morrer”.<sup>110</sup>

Logo, em virtude de não atuar como fundamento determinante (razão para decidir) do precedente, a *obiter dictum* não ostenta eficácia obrigatória, mas tão somente eficácia persuasiva sobre o órgão prolator e os juízes e tribunais a ele vinculados.<sup>111</sup>

Embora identificar a *obiter dicta* seja tão difícil quanto determinar a *ratio decidendi* - eis que um conceito está atrelado ao outro - a sua identificação é imprescindível para divisar, no interior do precedente, a parte que precisamente possui efeito vinculante.

Frequentemente, a dificuldade existente na identificação da *obiter dicta* se deve ao fato de que os julgadores raramente definem com clareza os argumentos que adotaram como determinantes para chegar à decisão. Nos julgamentos colegiados a situação se agrava quando

---

<sup>108</sup> ZANETI JR., Hermes. **Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil.** p. 298; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** p. 226-227; MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial.** *Revista de Processo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 206, abr./2012, p. 65.

<sup>109</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** p. 139.

<sup>110</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law.** p. 35; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de processo civil.** p. 430.

<sup>111</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito.** p. 177.

o dispositivo reflete uma decisão cujos votos adotam, entre si, razões diversas para sustentar o resultado obtido.<sup>112</sup>

Nada obstante, é possível afirmar com tranquilidade que, além das passagens dispensáveis para o alcance da conclusão, constituem *obiter dicta* aquelas que se referem a fatos hipotéticos ou que não integram a causa. Bem assim, as questões não aduzidas pelas partes, ou que, embora aduzidas, não hajam sido enfrentadas pelo juiz ou pela maioria colegiada.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 172; MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 127-130.

<sup>113</sup> LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Idem**. p. 172; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 233.

## CAPÍTULO 3 - A IMPORTÂNCIA DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO PARA A APLICAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES

### 3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como se viu, a força vinculante do precedente judicial está atrelada à sua *ratio decidendi*. Mais do que exprimir o significado do precedente, a *ratio* constitui a porção que importa para a regulação dos casos futuros. Trata-se da *unidade fático-jurídica* (tese jurídica consubstanciada à luz dos fatos materiais) que deve ser identificada, desde logo, para que o precedente possa ser aplicado.

A adoção do precedente para a regulação de casos semelhantes depende da prévia identificação de sua *ratio decidendi*. Logo, a precisa delimitação da *ratio* constitui pressuposto lógico da aplicação do precedente.<sup>114</sup> Trata-se, antes, de descrever a *ratio* (*raciocínio descritivo*) para, em seguida, projetar sua eficácia normativa sobre o caso comparado (*raciocínio prescritivo*).

Entretanto, alguém poderia pensar que, uma vez delimitada a extensão e o significado da *ratio decidendi*,<sup>115</sup> o processo de formação do precedente estaria completo, bem como que a regulação de casos semelhantes dependeria apenas de uma aplicação mecânica da *ratio*. No entanto, essa visão traduz uma compreensão equivocada do precedente, porque o enxerga como um fenômeno estático.<sup>116</sup> Ocorre que a natureza do precedente (*ratio decidendi*) é eminentemente dinâmica.<sup>117</sup> A *ratio decidendi* não nasce pronta e acabada. Bem assim, a sua aplicação aos casos futuros pode depender da consideração de novas circunstâncias fáticas, capazes de lhe dar nova configuração.

---

<sup>114</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 325.

<sup>115</sup> Embora comumente se afirme que a delimitação da *ratio* cabe ao juiz que julgará o caso subsequente à demanda que deu origem ao precedente, devemos reconhecer que tanto melhor se o órgão julgador do caso precedente puder dar contornos claros às razões que presidiram o seu julgamento. Nesse sentido, explica MARINONI: “Admitir o delineamento da *ratio* no momento do julgamento não tem o efeito de eliminar a possibilidade da sua interpretação ou de proibi-la por parte das cortes inferiores” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. p. 131-135).

<sup>116</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re) introdução da facticidade ao mundo jurídico. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 234, ago./2014. p. 287.

<sup>117</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de processo civil**. p. 450-459; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 325.

Ao contrário das normas legais, a *ratio* é formada a partir de um conjunto de fatos e argumentos jurídicos (unidade fático-jurídica) que impedem que o precedente seja operado de forma mecânica. Isso porque os fatos do caso-precedente precisam ser comparados com os fatos inseridos nos casos aos quais se pretende aplicar o precedente, tanto quanto os argumentos consubstanciados no precedente podem ser reforçados ou desconstruídos em casos futuros. Vale dizer, o precedente está sujeito a evoluções, sobretudo em seu aporte fático, podendo sofrer restrição ou ampliação em seu campo de incidência.

A natureza dinâmica do precedente importa especialmente para o processo de desenvolvimento do Direito.<sup>118</sup> Assim, a aplicação do precedente judicial está intimamente ligada a técnicas que prestigiam a sua dinâmica em face de novas realidades.

De fato, existem inúmeras técnicas voltadas à operação com precedentes, todas elas responsáveis por dinamizar a regra do *stare decisis*, permitindo o desenvolvimento do sistema. Todavia, importa para este trabalho tratar da técnica da distinção (*distinguishing*), que, de longe, é o mecanismo mais recorrente e significativo na atividade de aplicação do precedente judicial.<sup>119</sup>

### 3.2 *DISTINGUISHING*: APLICAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO

#### 3.2.1 Aplicação do Precedente

Como se sabe, os precedentes são voltados a regular o futuro. A unidade fático-jurídica (*ratio decidendi*) contida no precedente deve ser aplicada a casos semelhantes, por força de sua eficácia vinculante. Em suma, essa é a própria ideia de *stare decisis*, segundo a qual casos iguais devem ser tratados igualmente (*treat cases like acase*). A questão que se coloca, então, é: como determinar a existência de identidade entre dois casos, a fim de que eles sejam tratados com isonomia? Ora, se a aplicação do precedente ao caso futuro está condicionada à existência de identidade entre ambos, importa considerar a técnica que permite estabelecer essa comparação.

---

<sup>118</sup> RE, Edward D. *Stare decisis*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 122, trad. port. Ellen Gracie Northfleet, abr./jun. 1994. p. 282.

<sup>119</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. p. 142.

O *distinguishing* serve a esse propósito como técnica de confronto, mediante a qual o juiz verifica se o caso sob julgamento guarda identidade com o precedente.<sup>120</sup> De modo que “a lógica jurídica, nesse particular, tem como pressuposto o método de ‘*reasonig from case to case*’ [raciocínio de caso a caso]”.<sup>121</sup>

Não há como conceber a aplicação do precedente judicial sem ter presente a técnica da distinção (*distinguishing*). Isso porque o *distinguishing* constitui instrumento indispensável na condução do raciocínio judicial que permite ao magistrado concluir pela incidência ou afastamento do precedente sobre o caso atual.

O *distinguishing* é um instituto que, no *common law*, admite vários significados, a depender da perspectiva de que se parte para compreendê-lo. DUXBURY, embora reconheça a obviedade da ideia, define-o como a prática que permite aos juízes distinguir um caso de outro.<sup>122</sup> Ao dizer que o *distinguishing* é prática que permite demonstrar a dessemelhança entre os casos, DUXBURY ressalta menos o método de confronto que caracteriza o *distinguishing*, e mais o resultado obtido a partir dele, isto é, o afastamento do precedente.

Evidentemente, o *distinguishing* pode significar a não aplicação do precedente enquanto resultado da dessemelhança material entre os casos. Nessa perspectiva, a consequência imediata da técnica da distinção é a não incidência do precedente sobre o caso em julgamento. Vale dizer, o *distinguishing* autoriza o afastamento do precedente, de modo que seu campo de incidência não abranja o caso distinguido.

No entanto, não se pode negar que o *distinguishing* também é método de confronto que pode levar o julgador a concluir pela aplicação do precedente, e não o seu afastamento, desde que presente a identidade material entre os casos.

Por aqui já se percebe que a ideia de *distinguishing* evoca dois significados complementares. De um lado, o *distinguishing* é técnica de confronto entre casos, pautado no raciocínio analogético<sup>123</sup> (*distinguishing*-método). De outro, ele pode ser visto como o próprio

---

<sup>120</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. p. 174.

<sup>121</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Idem**. p. 171.

<sup>122</sup> Entretanto, adverte o autor, essa é a visão do *distinguishing* que o projeta para fora do caso. Ou seja, ocorre, nessa hipótese, o confronto do caso-precedente com outro caso, que lhe é externo. De outra parte, é possível tratar o *distinguishing* do ponto de vista interno ao precedente. Nessa hipótese, a distinção é operada para o efeito de separar os elementos do precedente, isto é, a *ratio decidendi* da *obiter dicta*, bem como os fatos materiais dos fatos irrelevantes (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 113).

<sup>123</sup> DUXBURY, Neil. **Idem**. p. 59.

afastamento do precedente (*distinguishing*-resultado), na hipótese de existir distinção material entre os casos.<sup>124-125</sup>

Veja-se, portanto, que “fazer *distinguishing*” não significa necessariamente recusar aplicação ao precedente. Se, por um lado, o *distinguishing* é visto como método de operação com precedentes, é preciso reconhecer que, havendo identidade fática entre o caso-precedente e o caso sob julgamento, impõe-se a aplicação do precedente, e não o seu afastamento. Logo, quando se encara o *distinguishing* como técnica de confronto, o resultado que dele pode derivar para a resolução do caso em julgamento pode tanto atrair como repelir a incidência do precedente que se supunha aplicável.

Contudo, o afastamento do precedente mediante a técnica da distinção deve estar amparado em circunstâncias que demonstrem diferenças fundamentais entre os casos confrontados. Importa evidenciar que num dos casos existem fatos materiais não contidos no outro, em ordem a determinar solução jurídica diversa.<sup>126</sup> Daí a importância de se ter presente a noção de fatos materiais (*material facts*) proposta por GOODHART<sup>127</sup>, para bem determinar quais são os fatos que autorizam concluir pela distinção entre os casos. Isto é, a distinção deve ser material, e não baseada em fatos não determinantes para a solução dos casos então comparados.<sup>128</sup>

A propósito de ilustrar a diferença entre fatos determinantes (*material facts*) e fatos não determinantes, a doutrina se vale do seguinte exemplo: se houver precedente que autorize o dono de um cão preto a transitar com o animal em uma calçada, deve-se entender que a *ratio decidendi* também deve beneficiar o dono de um cão marrom ou vermelho. No entanto, não é dado que o dono de um carro preto conduza o veículo sobre a calçada. Logo, para a elaboração da *ratio*, tomou-se como fato determinante o *cão*, e não a *cor preta*.<sup>129</sup>

<sup>124</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de processo civil**. p. 454. Na mesma direção, admitindo duas acepções para o vocábulo *distinguishing*, um em “sentido amplo”, outro em “sentido estrito”, V. NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015**: uma breve introdução. In CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÉDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (Org.). *Precedentes judiciais no NCPC*. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 312.

<sup>125</sup> Logo, a locução “fazer um *distinguishing*”, cada vez mais presente entre os operadores do *civil law*, pode significar tanto a atividade de comparar um caso a outro, como pode significar o afastamento do precedente em razão do resultado obtido com o exercício desta comparação.

<sup>126</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. p. 142.

<sup>127</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Idem**. p. 128-133.

<sup>128</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. p. 114.

<sup>129</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 77.

Como é de se supor, por mais que duas causas possam guardar entre si semelhanças profundas que justifiquem a mesma solução jurídica para ambas, dificilmente haverá entre elas identidade absoluta. Na rica diversidade de circunstâncias que concorrem para a conformação dos casos, certamente haverá fatos ora presentes, ora ausentes em uma das causas, tornando-as ligeiramente diferentes. Contudo, a ausência de identidade absoluta entre as causas não significa que devam elas sofrer um *distinguishing* (*distinguishing*-resultado).<sup>130</sup> É que os fatos responsáveis por apontar as dessemelhanças entre os casos nem sempre são fundamentais.

De acordo com KELSEN, “como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos, a ‘igualdade’ de dois casos que a esse respeito interesse considerar apenas pode residir no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais”.<sup>131</sup> Da perspectiva do precedente, é preciso verificar quais fatos foram levados em consideração no raciocínio judicial que conduziu à elaboração da *ratio decidendi*, e se esses fatos são determinantes para a compreensão do caso sob julgamento.

Se os fatos que são apontados como fator de diferenciação entre os casos confrontados não foram fundamentais (*material facts*) para a delimitação da *ratio decidendi* do caso-precedente, nem tampouco são determinantes para a formulação de uma nova *ratio decidendi* para o caso sob julgamento, não devem eles justificar o afastamento do precedente. Ou seja, nessa hipótese, o precedente deverá ser aplicado porque, no tocante aos fatos materiais, não há diferença relevante entre os casos.

Por isso, quando pautado em circunstâncias fáticas irrelevantes, o afastamento do precedente será qualificado como arbitrário. Porém, a técnica não deve servir ao magistrado como prática abusiva para a não aplicação do precedente em hipóteses nas quais ele deveria incidir. Nesse sentido, anota MARINONI que “poder para fazer o *distinguishing* está longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convêm”.<sup>132</sup>

Veja-se, então, que o *distinguishing* é técnica de confronto entre o caso-precedente e o caso sob julgamento, para o fim de se determinar se a identidade fática entre ambos justifica a incidência da *ratio decidendi* do primeiro sobre o segundo. Ou seja, o *distinguishing* permite verificar se o segundo caso está vinculado ao primeiro, ou se se encontra fora de seu campo de incidência por apresentar peculiaridades fáticas determinantes que reclamem solução jurídica diversa.

<sup>130</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 326.

<sup>131</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 278.

<sup>132</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 325-326.

Desse modo, como o *distinguishing* constitui técnica indispensável para a aplicação futura do precedente a casos semelhantes, ele deve estar presente no raciocínio judicial que resolve tais casos. Nessa dimensão, o dever de justificação é inerente ao exercício do *distinguishing*. Tendo em conta que o que está em jogo é a obrigatoriedade de seguir precedentes, não pode o órgão julgador recusar-lhes aplicação sem antes expor fundamentadamente as razões que demonstrem a distinção material entre caso-atual e o caso que deu origem ao precedente. Nesse sentido, o dever de justificação contribui para a preservação do sistema de precedentes, evitando rupturas inadequadas que comprometam a sua estabilidade e a segurança jurídica que dele se espera.

Em verdade, o dever de justificação pode servir tanto à continuidade dos precedentes (*rationes decidendi*), prestigiando a segurança jurídica e a isonomia nos casos por ele abarcados, como serve para fundamentar o seu afastamento em face de particularidades fáticas que reclamem solução jurídica diversa. Nessa última hipótese - quando a falta de identidade entre os casos implica no afastamento do precedente - prestigia-se a justiça do caso concreto. “Assim, se, por razões de equidade e de integridade, casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento, por motivos idênticos e em respeito aos mesmo valores, situações diversas devem ser tratadas diferenciadamente”.<sup>133</sup>

Até aqui foi destacada a função meramente operativa do *distinguishing*, a qual permite dar aplicabilidade aos precedentes. Ocorre que o *distinguishing* se presta também ao desenvolvimento do sistema de precedentes. E é aí que reside sua função mais interessante.

Essa faceta da técnica da distinção voltada para a evolução do sistema será melhor trabalhada no item que segue.

### 3.2.2 Desenvolvimento judicial do Direito

A ideia de *stare decisis* é frequentemente invocada por aqueles que pretendem enfatizar a vocação do *common law* para a garantia da estabilidade no Direito. Esse é, inclusive, o traço que se procurou destacar nesse trabalho, a propósito de chamar a atenção para a necessidade de se implementar uma política de respeito aos precedentes judiciais entre nós. Ocorre que a

---

<sup>133</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 202.

estabilidade constitui apenas uma das virtudes proporcionadas pela doutrina do *stare decisis*. É que, na sua versão contemporânea, o *stare decisis* também demonstra ter capacidade de contribuir para o desenvolvimento do Direito.

Se é certo que, na origem, o *common law* sustentava uma visão mais rígida da regra do *stare decisis*, autorizando quase nenhuma mudança no interior do sistema, não se pode negar que atualmente o seu funcionamento se tornou mais dinâmico, admitindo redefinições de ordem normativa nas regras jurisprudenciais, sem prejuízo para a continuidade do direito consagrado nos precedentes.<sup>134</sup> Na lição de EDWARD D. RE, “[...] *stare decisis* não é apenas uma doutrina de estabilidade e uniformidade. Suas restrições e limitações inerentes, bem como os fatores que determinam a inaplicabilidade de decisões anteriores, tornam possível a necessária flexibilidade, indispensável para a mudança e o progresso”.<sup>135</sup>

A possibilidade de mudança no âmbito dos sistemas regidos pelo *stare decisis* ocorre graças à existência de técnicas ligadas ao processo de aplicação dos precedentes. É nesse ponto que importa destacar a técnica do *distinguishing*.<sup>136</sup>

Pois bem. Restou claro que, por um lado, o *distinguishing* se destina a viabilizar a aplicação de precedentes mediante a confrontação de casos. Essa é, propriamente, a sua função operativa no interior do sistema. E, como se viu, no processo de comparação entre o caso-precedente e o caso-atual, é necessário opor a *ratio decidendi* do primeiro em face das circunstâncias fáticas e jurídicas que caracterizam o segundo, em ordem a se verificar o grau de semelhança entre ambos.

Entretanto, importa considerar que a tentativa de subordinar o caso sob julgamento ao campo de incidência normativa do precedente geralmente provoca mudanças na *ratio decidendi*. É certo que, por ocasião do julgamento do caso-precedente, a *ratio* assume a sua primeira feição enquanto unidade fático-jurídica. Porém, ela não está livre de sofrer acomodações posteriores, operadas pelo aperfeiçoamento da questão jurídica, ou pela influência de fatos antes não considerados.

---

<sup>134</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. p. 8-9.

<sup>135</sup> RE, Edward D. *Stare decisis*. p. 285.

<sup>136</sup> Obviamente, não se pretende aqui ignorar a importância das demais técnicas utilizadas na aplicação de precedentes, e que são igualmente aptas a introduzir mudanças no sistema de precedentes obrigatórios. Inegável, por exemplo, a contribuição que o *overruling* desempenha na superação de entendimentos judiciais passados, e na instauração de *rationes decidendi* mais sintonizadas e compatíveis com o tempo presente. Todavia, este estudo volta a atenção para o *distinguishing*, em ordem a salientar que, diferentemente das técnicas de superação, a técnica da distinção leva à evolução dos precedentes sem impor-lhes a revogação. Trata-se de destacar no *distinguishing* a difícil – porém possível – tarefa de conciliar a continuidade e o desenvolvimento do Direito.

Em seu estado primitivo, a *ratio decidendi* dificilmente reflete com precisão o seu conteúdo e alcance. Pois ao ser elaborada pela primeira vez, tendo em conta apenas as particularidades integrantes do caso que lhe deu origem, a *ratio decidendi* acaba por ignorar fatos ou situações que, ao se relacionarem com a questão jurídica nela enfrentada, ou por imporem o enfrentamento de nova questão, poderiam refinar ainda mais os seus contornos. Nessa medida, a *ratio decidendi* constitui sempre um ponto de partida, suscetível de desenvolvimento em face de novas circunstâncias que com ela guardem pertinência.<sup>137</sup>

Em verdade os precedentes, depois de instituídos, tanto podem se revelar amplos demais como podem se mostrar demasiadamente restritivos.<sup>138</sup> No entanto, apenas é possível chegar a essa constatação quando o precedente é visto na perspectiva dos novos casos a serem regulados, pois estes frequentemente desafiam a consideração de fatos antes não tomados em conta, bem como de questões jurídicas a eles atreladas.<sup>139</sup>

A natureza embrionária da *ratio* impõe a necessidade de seu aperfeiçoamento ao longo do tempo. Como ensina DWORKIN,<sup>140</sup> trata-se de tomar o precedente tal como se fosse um romance que vai ganhando forma à medida em que os capítulos vão sendo escritos. Há, portanto, um processo de ressignificação constante da *ratio decidendi*, que, embora não negue a sua formação inicial, agrega-lhe conteúdo.

É fácil compreender que o caráter germinal da *ratio* guarda relação como a circunstância de ser impossível, para a Corte responsável por elaborá-la, ter presente todos os fatos ou questões que possam importar para a determinação de seu conteúdo e alcance. É que “[...] as normas não são capazes de antever todas as situações que poderão ou que deveriam ser abrangidas em seu teor, possuindo, por isso, uma textura aberta, cuja construção jamais se conclui [...]”.<sup>141</sup> Logo, o refinamento da *ratio* depende do surgimento de novos casos que com ela guardem relação de pertinência, quer sob o ponto de vista fático, quer sob o ponto de vista jurídico.

---

<sup>137</sup> RE, Edward D. *Stare decisis*. p. 282.

<sup>138</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. p. 130-142; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedente obrigatórios**. p. 329.

<sup>139</sup> RE, Edward D. **Idem**. p. 283. O jurista norte-americano sugere que a consideração de novos fatos pode importar no enfrentamento de questões jurídicas ainda não tratadas: “Naturalmente, as questões suscitadas num processo derivam dos fatos apresentados. Os fatos do caso, conseqüentemente, são da maior importância. A máxima latina *ex facto oritur jus* nos afirma que o direito deriva dos fatos”.

<sup>140</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 213 e ss.

<sup>141</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Idem**. p. 178.

### 3.2.2.1 Limitação do precedente

A limitação do precedente nada mais é do que a redução do seu campo de incidência normativa. Ou seja, o precedente é limitado nas hipóteses em que a sua *ratio decidendi* sofre contração, perdendo a abrangência normativa que antes exibia. Com isso, a *ratio* deixa de atrair uma série de casos que antes, a princípio, por ela estavam abrangidos.

Cumprido ressaltar que a dinâmica por detrás da limitação do precedente tem origem na técnica do *distinguishing*. Ao levar a efeito o processo de confrontação entre casos - a fim de avaliar a aplicabilidade do precedente - o magistrado pode concluir ser necessário atribuir contornos mais restritos à *ratio decidendi*. Isso deve ocorrer quando a *ratio decidendi* se revelar ampla demais, ou, em outras palavras, quando a unidade fático-jurídica que a compõe tiver sido definida em termos excessivamente abrangentes.<sup>142</sup> Nessas hipóteses, a limitação do precedente frequentemente se dá mediante a fixação de alguma exceção à regra insculpida na *ratio decidendi*.<sup>143</sup>

A fixação de qualquer exceção à *ratio decidendi* depende da consideração de algum fato ou circunstância que justifique, à luz da finalidade e das razões do precedente, a redução do seu âmbito de incidência, e, portanto, a não aplicação da *ratio* ao caso sob julgamento.

De um lado, a exceção pode vir associada a alguma circunstância contida no próprio caso precedente, mas à qual não se tenha, de início, reconhecido caráter fundamental. De outro, é possível que a exceção esteja atrelada a circunstância ou fato externo ao caso precedente. Nessa hipótese, a exceção vem relacionada com alguma peculiaridade presente no caso sob julgamento, que impõe a redefinição da *ratio*, e a correspondente redução de seu campo de incidência.

Pois bem, já se disse que a limitação do precedente está associada a alguma exceção à sua *ratio decidendi*. Assim, de início, cabe demonstrar a hipótese em que tal exceção é criada

---

<sup>142</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. p. 177.

<sup>143</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015**: uma breve introdução. p. 318-321. Os autores usam a noção de “redução teleológica”, proveniente da Lógica, para explicar que “A redução teleológica parte da premissa segundo a qual as normas jurídicas (incluídas as jurisprudenciais) são condicionantes superáveis, possuindo exceções implícitas cuja descoberta fica a cargo do intérprete”.

em razão da consideração de circunstância ou fato que, apesar de presente no caso precedente, não foi tido como fundamental para a elaboração da *ratio*.<sup>144</sup>

Senão vejamos. Se supusermos que determinada *ratio decidendi* tenha sido delineada originariamente para resolver um caso cujos fatos materiais são “A”, “B” e “C”, é de se esperar que quando estes fatos venham a se repetir no futuro a força vinculante da *ratio* se imponha. Ocorre, entretanto, que o juiz do caso subsequente, ao interpretar o precedente, pode se convencer de que a *ratio* foi formulada em termos muito amplos, razão pela qual venha a decidir pela sua restrição mediante a adição do fato “D”, que, apesar de presente no caso precedente, não havia sido tido como fundamental.<sup>145</sup>

Veja-se que, nessa situação, o juiz promove o incremento da *ratio*, na medida em que agrega uma nova condicionante para a configuração da unidade fático-jurídica. Importa perceber, ainda, que esse incremento não é sinônimo de extensão do precedente. Muito ao contrário. No exemplo tratado, o refinamento da *ratio*, através do acréscimo ao seu conteúdo, importou redução em seu campo de incidência. Ou seja, se antes bastava a presença dos fatos “A”, “B” e “C” para que o precedente fosse aplicado, a partir de agora, com o incremento da *ratio decidendi*, passou a ser necessário também o concurso do fato material “D”.

Um outro exemplo, extraído da experiência norte-americana e trabalhado por RAMIRES<sup>146</sup>, pode contribuir para a compreensão deste ponto.

Trata-se do caso *Oregon vs. Smith*, julgado pela Suprema Corte Norte Americana em 1990. Smith, americano nativo, foi demitido de seu emprego sob a justificativa de que teria utilizado certa substância alucinógena (peiete). Trata-se de um alucinógeno consumido pelos nativos em rituais religiosos tradicionais. Ao requerer o benefício do seguro desemprego, Smith obteve a negativa do Estado do Oregon. O indeferimento do pedido fundou-se exatamente na circunstância de o rompimento da relação de emprego ter sido motivada pelo uso da droga.

---

<sup>144</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. p. 172. O autor demonstra que, no caso *Peabody Fund v. Sir Lindsay Parkinson Ltd.*, o precedente *Anns v. Merton London Borough* [1978] sofreu “interpretação restritiva” da *House of Lords*. Reconheceu-se que faltava em *Peabody Fund v. Sir Lindsay Parkinson Ltd.* uma circunstância na ausência da qual o precedente *Anns v. Merton London Borough* não poderia ser aplicado. Tal circunstância passou, assim, a constituir requisito material da hipótese de incidência do precedente. Logo, a *ratio decidendi* do precedente agregara novo elemento em seu conteúdo e tivera limitado o seu alcance.

<sup>145</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015**: uma breve introdução. p. 318.

<sup>146</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. p. 133-134.

No Judiciário, para fundamentar sua pretensão, Smith invocou a 1ª Emenda, que garante a liberdade religiosa. O *Justice* Scalia rejeitou o argumento ao afirmar que a Suprema Corte jamais havia decidido que práticas ou crenças religiosas poderiam eximir qualquer indivíduo da obediência à lei. Essa foi a opinião que prevaleceu na Corte.

Entretanto, o histórico de precedentes daquela Corte demonstra que, em diversos outros casos, alguns cidadãos foram dispensados de cumprir obrigações legais, a fim de bem exercerem sua liberdade religiosa. É o caso da decisão que dispensou testemunhas de Jeová da obrigação de saudar a bandeira americana em escolas públicas (*West Virginia Board Education v. Barnette*). Também em outro caso, julgado no ano de 1963, a Corte decidiu que o seguro desemprego não poderia ser negado a uma mulher adventista que se recusara a trabalhar nos sábados. Por fim, em 1972, a Corte decidira que crianças *amish* não poderiam ser constrangidas a continuar o estudo escolar após a oitava série, embora houvesse lei que fixasse a educação compulsória.

O que surpreende é que, ao contrário do que se poderia supor, esses precedentes não foram esquecidos ou ignorados pela Corte. Em verdade, o *Justice* Scalia, responsável pelo voto condutor em *Smith v. Oregon*, afirmou que os casos que deram origem a tais precedentes não eram exatamente iguais ao caso *Smith v. Oregon*. No seu entendimento, em todos os casos anteriores, além da garantia de liberdade religiosa, havia sempre outra garantia constitucional a reforçar a dispensa de obediência à obrigação legal (p. ex., garantia de liberdade de expressão ou direito de os pais determinarem livremente a educação dos filhos).<sup>147</sup>

Ora, neste caso o que o *Justice* Scalia fez foi justamente agregar nova circunstância (a liberdade de expressão ou o direito dos pais de determinar a educação dos filhos) à *ratio* fixada nos antigos precedentes da Corte. O conteúdo da *ratio* primitiva foi alterado e o seu âmbito de incidência reduzido. Trata-se de hipótese em que o precedente foi limitado com base na consideração de uma circunstância que - supostamente<sup>148</sup> presente nos casos anteriores – somente foi alçada como elemento fundamental em *Smith v. Oregon*.

É preciso ressaltar que a adequabilidade do *distinguishing*, na hipótese em que o precedente é limitado mediante a consideração de nova condicionante (circunstância de fato ou jurídica), só pode ser verificada através do exame das razões do precedente, ou do princípio

<sup>147</sup> Exemplos de julgados inspirados em RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. p. 133-134.

<sup>148</sup> Para críticas à maneira como o *Justice* Scalia conduziu o *distinguishing* nesse caso, cf. NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução**. p. 320-321; RAMIRES, Maurício. **Idem**. p. 134.

jurídico nele consubstanciado.<sup>149</sup> Nessa perspectiva, é fundamental perguntar se a criação de alguma exceção à regra consubstanciada na *ratio*, mediante a consideração de circunstância antes ignorada, justifica-se em face das razões do precedente (*substantive reasons*). Assim, a limitação do precedente, mediante a criação de uma exceção à sua *ratio decidendi*, não pode se dar com base em circunstância irrelevante, se vista da perspectiva do princípio jurídico que orientou o precedente.

A acomodação da *ratio decidendi* em face da consideração de outras circunstâncias, quer sejam internas ou externas ao precedente, depende de sua compatibilidade com a finalidade principiológica do precedente. De modo que, “embora o precedente possa ter o seu conteúdo restrito ou ampliado, é preciso ver que a aplicação do precedente deve ser compatível com a sua finalidade”.<sup>150</sup>

Note-se, então, que o critério para avaliar a adequação de qualquer modificação na *ratio decidendi* deve ser de natureza normativo-principiológica.<sup>151</sup> Diante disso, não parece que o *distinguishing* realizado pelo Justice Scalia, a propósito de limitar a incidência de precedentes anteriores, tenha sido acertado. Basta ver que a circunstância invocada pelo Justice, para excepcionar o caso sob julgamento, consistiu no fato de supostamente existir nos precedentes anteriores um segundo fundamento constitucional - além da liberdade religiosa - que justificava a dispensa de obediência à lei. Ora, em *Sherbert v. Verner*, a Corte decidira que o seguro desemprego não poderia ser negado a uma mulher adventista que se recusara a trabalhar aos sábados. Trata-se de caso materialmente idêntico ao de *Smith v. Oregon*, tendo como pano de fundo a dispensa do cumprimento de obrigação legal, com vistas ao pleno exercício da liberdade religiosa, nada mais. Assim, o princípio firmado em *Sherbert v. Verner* indica que: o direito ao exercício da liberdade religiosa justifica, por si só, a dispensa do cumprimento de obrigação legal. Portanto, o princípio jurídico que orientou a decisão em *Sherbert v. Verner* deveria justificar a aplicação deste precedente em favor de Smith.

Logo, o caso *Smith v. Oregon* é um exemplo de utilização inadequada do *distinguishing*, sobretudo porque procedeu à limitação da *ratio decidendi*, mediante a consideração de circunstância não justificável à luz do princípio jurídico consubstanciado no precedente.

---

<sup>149</sup> NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015**: uma breve introdução. p. 324.

<sup>150</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 330.

<sup>151</sup> RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. p. 135-137.

Pois bem. Viram-se até aqui exemplos que demonstram a limitação do precedente quando a Corte, em momento posterior à instituição do precedente, eleva alguma circunstância, já presente no caso que lhe deu origem, à condição de requisito para a incidência do precedente. Isto é, cria-se uma exceção à aplicação do precedente na medida em que o universo de casos por ele regulado é reduzido pela inserção de uma nova condicionante em sua hipótese de incidência.

No entanto, o precedente também pode ser limitado quando a sua *ratio decidendi* sofre acomodação provocada por circunstância exterior ao caso que lhe deu origem. Ou seja, nessa hipótese, são os casos futuros, que, ao serem confrontados com o caso precedente, impõem a consideração de circunstância ou fato material não previsto pela Corte no momento da instituição do precedente. Nessas hipóteses, é o caso sob julgamento, ao qual se pretende aplicar o precedente, que traz circunstância capaz de atualizar a *ratio decidendi* originária, reduzindo-lhe o campo de incidência por meio da criação de uma exceção. O julgamento do HC n. 85.185-1,<sup>152</sup> pelo Supremo Tribunal Federal, ilustra bem essa hipótese.

Discutiu-se, nesse julgado, a aplicação da Súmula n. 691 do STF. Diz o verbete sumular: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de ‘habeas corpus’ impetrado contra decisão do relator que, em ‘habeas corpus’ requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

Como se verá em outro capítulo, as súmulas da jurisprudência predominante não constituem precedentes judiciais propriamente ditos.<sup>153</sup> De sorte que a Súmula n. 691 expressa, quando muito, uma conclusão ou solução jurídica firmada pelo STF em julgamentos anteriores de casos semelhantes. Analisando-se, porém, os precedentes que deram origem à Súmula n. 691, nota-se que o entendimento nela consagrado pretende evitar a chamada supressão de instância. Isto é, trata-se de impedir que o STF venha a apreciar o *habeas corpus* antes que a instância superior o julgue em definitivo. Trata-se, portanto, de viabilizar o devido processo legal, que abrange também o direito de ser julgado pela instância competente e o acesso às vias recursais próprias.<sup>154</sup> Logo, em observância ao devido processo legal, os precedentes

---

<sup>152</sup> STF, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 10 de ago. de 2005, DJ de 01 de set. de 2006.

<sup>153</sup> STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes? In *Direitos Fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*. Porto Alegre: HS Editora, a. 2, n. 5, out./dez. 2008. p. 164-166; REIS, Maurício Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada interpretação. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, vol. 24/2014, n. 26, p. 69-70.

<sup>154</sup> Consultando os julgados que motivaram a edição da Súmula 691, é possível depreender que o entendimento neles consubstanciado objetiva garantir o devido processo legal, especialmente através da preservação da competência funcional dos Tribunais Superiores. Cf., STF, 2ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25 de nov. de

estabelecem que não cabe ao STF conhecer do *habeas corpus* quando a questão de fundo nele tratada não tiver sido julgada em definitivo por Tribunal Superior.

Pois bem. Voltando-se ao caso julgado no HC n. 85.185-1, nota-se que circunstância nele contida foi capaz de levar o Supremo Tribunal Federal a limitar os precedentes que estão à base da Súmula n. 691.<sup>155</sup>

A propósito de que o seu *habeas corpus* fosse conhecido pelo STF, o impetrante justificou o afastamento da Súmula n. 691 alegando que o seu caso envolvia flagrante ilegalidade. Assim, registrou que os motivos que levaram o paciente a ser preso conflitavam claramente com a jurisprudência consolidada do Supremo. Portanto, havia manifesta ilegalidade em sua prisão.<sup>156</sup>

Após intenso debate sobre o ponto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal acolheu o argumento do impetrante, afastando a aplicação da Súmula, ante a consideração da flagrante ilegalidade, circunstância não prevista nos casos que motivaram a edição do verbete. A partir daí, a *ratio decidendi* subjacente à Súmula n. 691 teve seu âmbito de incidência reduzido.

Assim, diante do *distinguishing* realizado no HC n. 85.185-1, a *ratio decidendi* passa a ter outra configuração, a exigir que: *ressalvado caso de flagrante ilegalidade*, não cabe ao STF conhecer de ‘*habeas corpus*’ impetrado contra decisão do relator que, em ‘*habeas corpus*’ requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

### 3.2.2.2 Extensão do precedente

Em face do surgimento de novos casos, a *ratio* do precedente pode revelar um grau de restrição inadequado. Nessa hipótese, a finalidade do precedente ou as razões que estão à sua base (*substantive reasons*) recomendam a extensão do alcance da *ratio decidendi*.<sup>157</sup> De acordo com EDWARD D. RE, “um tribunal pode preferir estender um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entender que assim estará promovendo justiça”.<sup>158</sup> Desse modo, a

---

1997, DJ de 08 de maio de 1998; STF, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 28 de ago. de 2000, DJ de 24 de nov. de 2000.

<sup>155</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. p. 221-222.

<sup>156</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Idem**. p. 220.

<sup>157</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Idem**. p. 177.

<sup>158</sup> RE, Edward D. **Stare decisis**. p. 285.

eficácia do precedente poderá ser estendida para regular novos casos, ainda que apresentem situações inéditas, desde que as razões de um e de outros sejam compatíveis.<sup>159</sup>

Suponha-se que exista precedente autorizando cães a transitarem com seus donos sobre as calçadas, mas nada diga sobre a possibilidade do exercício desse direito por donos de gatos. Vê-se que, a princípio, a *ratio decidendi* delimitada pelo precedente é inadequadamente restritiva, pois não há razão aparente para limitar tal prerrogativa apenas em benefício daqueles que transitam pela calçada com seus cachorros. Do ponto de vista fático, tanto o gato como o cachorro podem ser assimilados sob o gênero “animais domésticos”. E, assim, ambos os bichanos protagonizam um mesmo fato material, qual seja: “transitar com animal doméstico sobre a calçada”. De modo que a *ratio decidendi* originária possui alcance inadequado, eis que restringe injustificadamente a regra aos cães. Nesse caso, o juiz subsequente precisa reconhecer que as razões ou a finalidade (*substantive reasons*) do precedente originário devem governar também o caso envolvendo o passeio com gatos sobre a calçada.

Em outro exemplo cotidiano, SCHAUER<sup>160</sup> ilustra que, a propósito de assegurar a tranquilidade e a ordem no interior de um restaurante, o proprietário fixa regra proibindo a entrada de cachorros no estabelecimento. Tempos depois, diante do aparecimento de freguês acompanhado de uma gata, o proprietário percebe que a razão que motivou a edição da regra proibitiva para cachorros deveria presidir o tratamento dispensado ao freguês e sua gata. Isto é, acaso fosse autorizada a entrada do felino no restaurante, o dono poria em risco a tranquilidade e a ordem do ambiente. Logo, as razões (*substantive reasons*) da regra proibitiva para cachorros são compatíveis com as razões que regulam a proibição de felinos no ambiente.<sup>161</sup> Justifica-se, assim, a extensão da regra.

Note-se que a *finalidade* perseguida pelo precedente serve de critério orientador para a decisão que amplia o seu âmbito de incidência.<sup>162</sup> Não há como justificar a extensão do precedente senão demonstrando que a hipótese fática do caso sob julgamento reclama a consideração das mesmas razões declinadas no precedente. Fora daí, qualquer extensão do precedente para a regulação de caso caracterizado por situação diversa é arbitrária e viola a racionalidade do sistema.

<sup>159</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 331.

<sup>160</sup> SCHAUER *apud* MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. p. 176-177.

<sup>161</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Idem**. p. 179.

<sup>162</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 330-331.

Por fim, é possível ver que o *distinguishing*, quando conduz à limitação ou à extensão do precedente, provoca a atualização da *ratio decidendi* sem que a sua conformação originária seja negada. MARINONI<sup>163</sup> aborda o ponto com precisão:

É interessante perceber que o sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde sua origem.

Não é difícil perceber que o *distinguishing* constitui a pedra de toque do sistema de precedentes. Ao tempo em que se presta como a principal ferramenta para a operacionalização do sistema, serve também ao seu desenvolvimento, impedindo a estagnação<sup>164</sup> do direito judicial.

### 3.3 *DISTINGUISHING* E A INDEPENDÊNCIA DO JUIZ

Não é incomum, entre os teóricos de *civil law*, a afirmação de que um sistema de precedentes dotados de eficácia obrigatória compromete a *independência do juiz* e retira-lhe a *liberdade* para resolver o caso concreto.<sup>165</sup> Quem tece essa crítica esquece, ou simplesmente ignora, que a independência do magistrado nada tem a ver com a possibilidade de desrespeitar precedentes. Esquece, igualmente, que a teoria dos precedentes oferece técnicas voltadas para a dinamização do sistema, conferindo ao magistrado liberdade para examinar a aplicabilidade do precedente ao caso sob julgamento.<sup>166</sup>

No que toca à *independência do juiz*, é preciso registrar que ela é garantida quando o magistrado se vê livre de influências e pressões promovidas indevidamente por outros agentes

<sup>163</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 331.

<sup>164</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito? **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 232, jun./2014, p. 312-313. O autor ressalta a importância do *distinguishing* como técnica capaz de impedir a estagnação de um Direito integrado por precedentes.

<sup>165</sup> VARGAS, Jorge de Oliveira. **O juiz da roça tinha razão. Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil**. Gazeta do Povo, Curitiba, 24 de jul. de 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/o-juiz-da-roca-tinha-razao-reflexoes-sobre-o-novo-codigo-de-processo-civil-1alvr8izfbkn7h89a9ldf9g7n>. Acesso em: 18 de jul. de 2015.

<sup>166</sup> É o caso do *distinguishing*, que permite ao magistrado contornar a rigidez do sistema (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Idem**. p. 313).

estatais, ou mesmo por particulares.<sup>167</sup> Por isso, vincular o juízo a precedentes não significa subtrair-lhe a independência funcional, a não ser que se entenda que o juiz é independente até mesmo perante o Direito. Ora, é justamente porque o magistrado deve atuar dentro e conforme ao Direito que os precedentes devem ser por ele respeitados.

Como se viu, a teoria do Direito consagrou a ideia de que a interpretação judicial contribui para a definição do Direito, de modo que os precedentes judiciais, na condição de fonte normativa, tornam-se normas jurídicas vinculantes. Não podem os juízes ignorar precedentes, sobretudo quando provenientes do STF e do STJ, incumbidos que são de definir a interpretação do direito constitucional e do direito federal infraconstitucional, respectivamente. Nessa linha de pensamento, MARINONI esclarece que “[...] o cargo de juiz não existe para que aquele que o ocupa possa proferir ‘a sua decisão’, mas para que ele possa colaborar com a prestação jurisdicional - para o que a decisão, em contraste com o precedente, nada representa, constituindo, em verdade, um desserviço”.<sup>168</sup>

Repita-se. A garantia de independência do juiz foi concebida originariamente para livrá-lo de influências e pressões externas que pudessem comprometer a sua autonomia funcional.<sup>169</sup> Não significa que exista independência para definir o Direito, ao menos quando este já tenha sido firmado em precedentes das Supremas Cortes, ou de tribunal ao qual o magistrado esteja vinculado.

Desse modo, é preciso reconhecer que o juiz continua independente no exercício de sua função. Basta ver que ele está cercado de garantias que o imunizam contra ingerências indevidas (V. Art. 95 da CF/88 e arts. 144 e 145 do NCPC). No entanto, deve o magistrado respeito ao Direito fixado nos precedentes judiciais, não possuindo liberdade para rejeitá-los quando presente a identidade fático-jurídica entre os casos. Em verdade, não apenas o juiz de primeiro grau não dispõe de autonomia para rejeitar precedentes, como também as próprias Supremas Cortes estão vinculadas às suas razões de decidir, graças à eficácia horizontal<sup>170</sup> exibida pelos precedentes.

---

<sup>167</sup> V. Art. 95 da Constituição da República de 1988, que confere aos juízes as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. O parágrafo único ainda arrola algumas vedações, de que é exemplo a vedação de exercer atividade político-partidária. Já o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) estabelece, em seus artigos 144 e 145, as hipóteses de impedimento e suspeição do magistrado.

<sup>168</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 204.

<sup>169</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 205.

<sup>170</sup> ZANETI JR., Hermes. **Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil**. p. 309. No âmbito legislativo, o artigo 926 do CPC/2015, quando estatui que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la

Do mesmo modo, a *liberdade de julgar* continua presente no sistema de precedentes. Trata-se, aqui, de se reconhecer a liberdade exercida pelo magistrado no exercício de interpretação dos precedentes. E a interpretação começa com a identificação da *ratio decidendi* contida no precedente. Segue, então, a sua confrontação com o caso sob julgamento.

Perceba-se que interpretar o precedente significa promover o seu “raio-X”, identificando nele os elementos constituintes – sobretudo a *ratio decidendi* – para o fim de confrontá-lo com os casos futuros. Diferente, portanto, da interpretação da lei, que, no *civil law*, franqueava ao juiz a liberdade plena para definir o Direito mediante a atribuição de sentido ao texto legal. É bem verdade que, às vezes, caberá ao magistrado interpretar a lei, definindo os contornos da norma jurídica que regulará o caso concreto. Entretanto, a interpretação da lei, ou a elaboração da norma jurídica, apenas lhe será franqueada quando a questão jurídica ainda não tiver sido resolvida em precedentes anteriores.

A liberdade de julgar deve ser concebida como liberdade para interpretar precedentes. Essa é a premissa da qual se deve partir quando o Direito já está definido no precedente. Ao juiz cabe apenas aplicá-lo ou afastá-lo do caso concreto, sempre que a comparação entre as unidades fático-jurídicas revelar, respectivamente, a identidade ou a distinção material entre ambos. “Em outras palavras, o juiz não perde a liberdade de diferenciar o caso sob sua análise daquele posicionamento firmado no precedente”.<sup>171</sup> Entretanto, por evidente, qualquer exercício de aplicação ou afastamento do precedente deverá ser justificado.

Assim, a técnica do *distinguishing* é condição necessária para a garantia de liberdade de julgamento. Ela dinamiza o direito judicial e impede que o juiz se torne um “autômato”. De acordo com o jurista norte-americano Edward D. Re, a doutrina do *stare decisis* entende inadequado seguir cegamente os precedentes instituídos. “Consequentemente, os precedentes não se devem aplicar de forma automática”.<sup>172</sup>

Com efeito, não há como operar de maneira estritamente mecânica um sistema de precedentes quando se tem presente que o magistrado tem liberdade para interpretá-los, distinguindo os casos quando assim lhe parecer justificadamente adequado.

---

estável, íntegra e coerente”, aponta para a necessidade de os tribunais obedecerem seus próprios precedentes (eficácia horizontal).

<sup>171</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito?** p. 313.

<sup>172</sup> RE, Edward D. *Stare decisis*. p. 283 e 285.

## CAPÍTULO 4 - TÉCNICA DA DISTINÇÃO NOS PRECEDENTES SUMULADOS

### 4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Neste Capítulo, relacionaremos a técnica do *distinguishing* com a aplicação das Súmulas da jurisprudência predominante das Supremas Cortes brasileiras. Essa análise se justifica na medida em que se tem notado uma supervalorização do instituto da Súmula na prática jurisprudencial dos últimos anos.<sup>173</sup> Perceba-se, ademais, que o próprio Novo Código de Processo Civil - na parte destinada à regulamentação dos precedentes judiciais – destaca o uso da Súmula como mecanismo destinado à uniformização da jurisprudência.<sup>174</sup>

Desse modo, embora acredite-se que a racionalidade por detrás da Súmula pouco contribui para o amadurecimento da teoria e da prática dos precedentes em nosso país, é preciso reconhecer que ela continua sendo adotada, de maneira crescente, tanto pelos tribunais, como pela legislação. Recomendável, portanto, o seu estudo e a tentativa de relacioná-la com as técnicas processuais derivadas da teoria dos precedentes obrigatórios.

---

<sup>173</sup> É indubitável que a Súmula vem experimentando um crescente prestígio no âmbito das Supremas Cortes brasileiras. Um dado que aponta para essa conclusão é o número significativo de verbetes editados somente no primeiro semestre deste ano. Se nos primeiros seis meses do ano de 2014 o STJ editou 11 (onze) verbetes sumulares (nsº. 503 a 513), no primeiro semestre de 2015 o número de verbetes subiu para 26 (nsº. 516 a 541). Ou seja, de um ano para o outro – levando-se em conta o período correspondente ao primeiro semestre de cada ano – o número de verbetes mais que dobrou. Já no âmbito do STF, nota-se um crescimento exponencial no número de súmulas vinculantes editadas durante o primeiro semestre de 2015. Entre o mês de janeiro e junho, a Suprema Corte editou 16 (dezesesseis) novas súmulas vinculantes (nsº. 38 a 53). Ao passo que, no mesmo período de 2014, apenas 1 (um) verbeito vinculante havia sido editado (o de nº. 33).

<sup>174</sup> Art. 926. [...]§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, *os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante*. § 2º *Ao editar enunciados de súmula*, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] II - *os enunciados de súmula vinculante*; [...]IV - *os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional*; [...]§ 2º A alteração de *tese jurídica adotada em enunciado de súmula* ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. [...] § 4º A *modificação de enunciado de súmula*, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

## 4.2 SÚMULA. CONCEITO, ORIGEM E FUNÇÃO

O vocábulo “Súmula” constitui abreviação da expressão *Súmula da jurisprudência predominante*. Trata-se de mecanismo pensado no início dos anos 1960 para sistematizar, de forma concisa, as teses jurídicas firmadas pela jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.<sup>175</sup> Nessa medida, a Súmula resulta da catalogação das teses firmadas pela Corte após reiteradas decisões acerca dos temas que lhe são submetidos.

De início, a Súmula foi idealizada apenas tendo em conta a jurisprudência do STF.<sup>176</sup> Entretanto, hoje bem se vê que ela também é utilizada no âmbito de outros tribunais e órgãos administrativos do país, com especial repercussão no Superior Tribunal Justiça, que tem por missão dar unidade à interpretação da legislação federal.

A Súmula não representa toda a coleção de decisões do tribunal. Reúne, isto sim, algumas teses ou conclusões jurídicas assentadas em decisões reiteradas pela Corte. Cada tese ou conclusão jurídica é condensada num verbete. A partir desse verbete, o tribunal enuncia o seu entendimento predominante sobre determinado tema.<sup>177</sup> Cada verbete integrante da Súmula do tribunal vem acompanhado de um número que o identifica (p. ex., súmula 691, do STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de ‘*habeas corpus*’ impetrado contra decisão do relator que, em ‘*habeas corpus*’ requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.)

Registre-se que é comum o uso do termo “súmula” no lugar da expressão “verbeta sumular”.<sup>178</sup> Assim, sempre que for empregado o vocábulo “súmula” acompanhado do número correspondente, quer-se referir a verbete sumular. Na ausência de qualquer número, a palavra Súmula expressará a coleção de verbetes sumulares editados pelo tribunal.

O ex-Ministro do STF, Victor Nunes Leal, reconhecido como idealizador da Súmula do Supremo Tribunal Federal, enxergava-a como um “método de trabalho” vocacionado a dar maior funcionalidade ao dia a dia da Corte.<sup>179</sup> Desde o início, o propósito foi elevá-la a fator de estabilização da jurisprudência do STF.<sup>180</sup> Mediante a instituição da Súmula, pretendeu-se fazer

<sup>175</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A súmula e sua evolução no Brasil**. p. 14. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/401>. Acesso em 25/08/2015.

<sup>176</sup> LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº. 145, jul./set., 1981. p. 2.

<sup>177</sup> CUNHA, Sérgio Sérulo da. Súmula vinculante em matéria penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 17, n. 81, nov./dez. 2009. p. 140.

<sup>178</sup> CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Idem**. p. 141.

<sup>179</sup> LEAL, Victor Nunes. **Idem**. p. 4.

<sup>180</sup> LEAL, Victor Nunes. **Idem**. p. 5-6.

saber aos advogados e aos demais juízes qual o entendimento do tribunal sobre determinados temas. Haveria na Súmula o papel de orientação da comunidade jurídica.<sup>181</sup> Com isso, esperava-se que o número de recursos dirigidos à Corte diminuísse quando a questão jurídica já tivesse sido pacificada por meio de entendimento sumulado.

A criação da Súmula também teve por fim oferecer maior celeridade na prestação jurisdicional da Corte. Isso porque quando sumuladas as teses jurídicas sobre causas que se repetirão no futuro a Corte não precisará retomar os debates sempre que for apreciá-las novamente, bastando aplicar o entendimento sumulado.<sup>182</sup>

Cita-se também que a Súmula, enquanto “método de trabalho”, objetiva evitar a chamada “loteria judiciária”, isto é, a prolação de decisões contraditórias, porque estabelecidas com base em entendimentos divergentes.<sup>183</sup>

Importa ainda mencionar que os verbetes sumulares são passíveis de revisão ou cancelamento, o que impede que a interpretação neles fixada permaneça congelada. Com isso, consegue-se o “ideal do meio-termo”.<sup>184</sup> Dá-se estabilidade ao Direito sumulado pela Corte, sem que ele permaneça inalterável com o passar do tempo.

#### 4.2.1 Súmula Vinculante

A Emenda Constitucional n. 45/2004, ao promover a “reforma do Judiciário”, criou a figura da súmula vinculante mediante a inserção do art. 103-A na Constituição Federal.<sup>185</sup>

Diferentemente da súmula “comum” ou “simples”, a súmula vinculante, tal como sugere o nome, é de aplicação obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Vale dizer,

<sup>181</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A súmula e sua evolução no Brasil**. p. 14. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/401>. Acesso em 25/08/2015.

<sup>182</sup> LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. p. 8-9.

<sup>183</sup> LEAL, Victor Nunes. **Idem**. p. 10; GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. **Revista Dialética de Direito Processual**, n.º. 10, jan./2004. p. 44.

<sup>184</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Idem**. p. 656; LEAL, Victor Nunes. **Idem**. p. 10-11.

<sup>185</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. [...].

sempre que o julgador se defrontar com caso que desafie a aplicação de lei cuja interpretação já foi definida pelo STF em súmula vinculante, deverá o órgão judicial aplicá-la.

Na esteira da “reforma do Judiciário”, a súmula vinculante foi incorporada ao ordenamento jurídico para realizar objetivos semelhantes àqueles anunciados por Victor Nunes Leal, quando da criação da Súmula “simples”.<sup>186</sup> Isto é, a súmula vinculante tem por fito a estabilidade da jurisprudência, a coerência e a celeridade na prestação jurisdicional.<sup>187</sup> Costuma-se ressaltar, inclusive, que a súmula vinculante busca “desafogar” o Judiciário, permitindo a resolução simplificada de causas repetitivas cuja tese jurídica já esteja sumulada com força obrigatória.<sup>188</sup>

Portanto, embora a súmula “simples” e a súmula vinculante comunguem dos mesmos objetivos, logo se percebeu que a primeira versão da súmula demonstrou ser insuficiente na persecução dos objetivos então almejados. Em outras palavras, a eficácia meramente persuasiva da súmula “simples”, quando muito, servia de orientação interpretativa para os demais órgãos do Judiciário.

Logo se percebeu que a jurisprudência das Supremas Cortes - sumulada ou não - era incapaz, diante de sua eficácia persuasiva, de garantir um mínimo de estabilidade e coerência decisórias no âmbito do Poder Judiciário. Vale dizer, “tão persuasão não basta”.<sup>189</sup> Pensou-se, então, em mecanismos que pudessem resolver o problema da “crise” do Judiciário. De acordo com TEIXEIRA, “surgiu, em decorrência, a idéia da súmula com eficácia jurídica obrigatória, vinculante, por meio da qual as instâncias jurisdicionais inferiores estariam obrigadas ao seu conteúdo [...]”.<sup>190</sup>

Registre-se que existem, na doutrina, importantes considerações contrárias ao uso da súmula, sobretudo quando dotada de efeito vinculante.<sup>191</sup> De todo modo, não cabe, aqui,

<sup>186</sup> LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. p. 5-6 e 8-9.

<sup>187</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A súmula e sua evolução no Brasil**. p. 29-30.

<sup>188</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 27, n. 92, jul./2007. p. 2-3; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 131, jul./set. 1996. p. 133-134.

<sup>189</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Idem**. p. 15.

<sup>190</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Idem**. p. 15

<sup>191</sup> GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. **Revista Dialética de Direito Processual**. p. 45; ver, também, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, jan./mar./1997. p. 51-64.

examinar o acerto ou desacerto da decisão legislativa que viu na súmula vinculante um instrumento voltado a combater parte dos problemas que afligem o Judiciário. O que não se pode negar é que o modelo de jurisprudência sumulada é um dado de nossa realidade. E um modelo que acaba de ser reafirmado pelo Novo Código de Processo Civil.

Diante disso, não há como deixar de relacioná-lo com a teoria do precedente judicial. Parte-se, assim, para o estudo da natureza jurídica exibida pela Súmula, a fim de se verificar em que medida a sua aplicação pode se beneficiar da técnica do *distinguishing*.

#### 4.2.2 Súmula não é precedente

Como as súmulas podem ser encaradas pela teoria dos precedentes? As súmulas constituem, propriamente, precedentes?

A Súmula – ou, precisamente, o verbete sumular – caracteriza-se como enunciado que condensa a conclusão jurídica extraída do julgamento de casos anteriores onde a Corte resolveu determinado tema jurídico. Nesse sentido, a súmula serve para orientar ou vincular (se súmula vinculante) os órgãos jurisdicionais no sentido da conclusão jurídica nela definida.

Veja-se que apesar de a conclusão jurídica ser construída à luz de casos concretos, ela acaba por ser confinada num texto, o verbete sumular.

Ora, a teoria do Direito bem demonstra que a norma jurídica é resultado interpretativo que envolve o texto e o caso concreto. Entretanto, por meio da Súmula da jurisprudência predominante, as Supremas Cortes brasileiras partem do texto (legal), chegam à norma, para, então, transformá-la em texto novamente.

Logo, os verbetes da súmula terminam por se reduzir a texto. Abstraem-se os casos concretos e os fatos à luz dos quais as súmulas são elaboradas.

É claro que o texto importa. A própria *ratio decidendi* só pode ser delimitada se partirmos do texto que - na decisão judicial - exprime a fundamentação judicial. Entretanto, no precedente, o texto está umbilicalmente atrelado ao caso concreto, aos fatos. Em outras palavras, o precedente reúne texto e contexto. Ao passo que o verbete sumular veicula apenas

texto. Daí se dizer que as súmulas se parecem mais com o texto legislativo,<sup>192</sup> ao menos no que toca à sua estrutura normativa.

Nessa medida, os verbetes sumulares carregam os atributos da generalidade e da abstração, próprios às normas legais.<sup>193</sup> Com essas características, o verbete sumular exhibe antes natureza conceitual do que factual, porque afasta-se da identidade fática que caracteriza o precedente, para veicular texto abstrato com abertura semântica própria da lei. BATISTA DA SILVA nos ensina que: “na verdade, a radical separação entre ‘norma’ e ‘fato’ determina a redução do Direito apenas ao mundo normativo, concebendo-o, conseqüentemente, como uma entidade abstrata”.<sup>194</sup>

STRECK afirma que, tão logo editado, o verbete sumular ganha autonomia, desvinculando-se da faticidade que lhe deu origem. E conclui que isso equivaleria, no *common law*, a conceber a *ratio decidendi* como uma simples proposição jurídica, desconectada do caso que a sustenta.<sup>195</sup>

Para demonstrar a carência de significado do enunciado que se encontra alijado de seu contexto, STRECK evoca exemplo de enunciado, utilizado em prova de concurso público, onde se afirma que: “um indivíduo nascido no México pode ser Presidente da República do Brasil”. Demonstra, então, que não há como determinar a correção ou a falsidade da assertiva sem que se conheça o seu contexto. Ora, por um lado, sabe-se que a Constituição brasileira prevê o cargo de Presidente da República como privativo de brasileiro nato. No entanto, não se pode determinar, apenas pela leitura da assertiva, se o indivíduo, apesar de nascido no México, estaria enquadrado em uma das situações que lhe assegurariam a condição de brasileiro nato (v.g., ser filho de pai ou mãe brasileiro que esteja a serviço do Brasil no México).<sup>196</sup>

Nota-se que ser ou não ser filho de pai ou mãe brasileiro que esteja a serviço do Brasil no exterior é, por assim dizer, fato material que condiciona o significado da assertiva, e afasta a abertura interpretativa provocada pela ausência do contexto fático.

---

<sup>192</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 206, abr./2012. p. 365-367; STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas, vaguezas e ambiguidades**: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes? p. 185.

<sup>193</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas, vaguezas e ambiguidades**: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes? p. 172.

<sup>194</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Direito material e processo**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista(2)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 28 de agosto de 2015. p. 1.

<sup>195</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Idem**. p. 173.

<sup>196</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Idem**. p. 171.

Acaso a assertiva usada no concurso público fosse um verbete sumular (“um indivíduo nascido no México pode ser Presidente da República do Brasil”), certamente ele apenas valeria nos casos em que o indivíduo fosse filho de pai ou mãe brasileiro a serviço do Brasil no México, ou na presença de condição equivalente. Do contrário, se o indivíduo nascido no México não pudesse ser reconhecido como brasileiro nato, a súmula (hipotética) não seria aplicada, valendo-se o intérprete da técnica do *distinguishing*. O exemplo bem demonstra que não há como compreender o texto (enunciado) sem que se parta da situação concreta que o tenha inspirado.<sup>197</sup>

Por tudo isso, é fácil ver que a súmula (vinculante ou não) não constitui precedente judicial. Basta lembrar que - conforme se entende neste trabalho - o precedente (*ratio decidendi*) caracteriza-se enquanto unidade *fático*-jurídica vocacionada a regular casos futuros que com ela guardem identidade. Na unidade *fático*-jurídica residem os fundamentos determinantes para a solução do caso-precedente. Tais fundamentos revelam a proposição jurídica que, à luz dos fatos materiais, vinculará a resolução de casos semelhantes. De seu lado, a súmula não exhibe essa unidade *fático*-jurídica inerente ao precedente judicial. Antes, revela-se texto, tradicionalmente aplicado sem vinculação com o seu histórico *fático*.<sup>198</sup>

“O precedente não cabe na súmula”.<sup>199</sup> O precedente é mais que a súmula. É mais porque contém os fatos materiais que condicionam a inteligência da proposição jurídica aplicada ao caso. Ao contrário, a súmula, porque abstraída dos casos que lhe deram origem, é incapaz de constituir uma unidade *fático*-jurídica. Ela não se particulariza e, em verdade, não poderia vincular casos futuros justamente em razão de não possuir identidade *fática*.

Diante da diferença existente entre a estrutura normativa da súmula e do precedente judicial, nota-se que naturalmente um e outro reclamam modos diversos de aplicação. Se a natureza da súmula, própria das normas genéricas e abstratas, admite aplicação praticamente automática em casos que pareçam se subsumir na sua hipótese normativa, o precedente, ao contrário, exige a problematização do caso sob julgamento.<sup>200</sup>

Ou seja, a aplicação do precedente impõe a confrontação entre o caso que lhe deu origem e o caso sob julgamento. Necessário, ainda, que sejam identificadas as razões (*substantive*

<sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas, vaguezas e ambiguidades**: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes? p. 173.

<sup>198</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco. **As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese**. p. 365-367.

<sup>199</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Idem**. p. 175.

<sup>200</sup> CARREIRA, Guilherme Sarri. Algumas questões a respeito da súmula vinculante e precedente judicial. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 199, set./2011. p. 224.

*reasons*) que levaram à conclusão jurídica consubstanciada no precedente. Portanto, além de haver a confrontação entre os casos, é necessário identificar o *principium* radicado nas razões do precedente. Só a partir desse exame será possível concluir pela aplicação ou não do precedente. E, obviamente, a técnica do *distinguishing* tem grande relevância aqui.

Por sua vez, a súmula tradicionalmente segue o método dedutivo, mediante o qual é aplicada quando o tema nela abordado é identificado abstratamente no caso sob julgamento, não se dando importância, assim, a peculiaridades concretas que pudessem recomendar solução diversa. Desse modo, a aplicação da súmula segue um formato estandardizado, por meio do qual o seu enunciado jurídico é acoplado abstratamente sobre os casos que aparentam trazer o tema nela já debatido. Assim, a súmula sempre foi tida com um dado pronto e acabado, sujeita à aplicação silogística, e alijada dos caracteres concretos que justificaram a sua edição.<sup>201</sup> A prática judiciária brasileira forjou a natureza abstrata da súmula. Com isso, o enunciado sumular consegue ser aproximado ou afastado do caso sem critérios adequados.<sup>202</sup>

Nas palavras de BAHIA, “[...] a aplicação das súmulas tem sido caracterizada de modo a decotar de um caso todas as ‘particularidades’ que não se encaixam, ou, dito de outro modo, enxergando o caso apenas *como um tema que se extrai daquele*, deixando de lado o que não se encaixe”.<sup>203</sup>

Assim, no direito brasileiro, as súmulas padecem de má aplicação. E, como se pretende demonstrar, o equívoco na aplicação das súmulas reside justamente no fato de elas serem tratadas como normas gerais e abstratas, sem atenção aos fatos integrantes dos precedentes que as motivaram. Por isso, sustenta-se aqui que a aplicação das súmulas exige, da parte do julgador, o resgate dos precedentes que estão à sua base. A súmula não deve ser vista como uma realidade normativa autônoma, sob pena de se prestar a resolver casos para os quais não fora pensada, ou, ainda, deixar de ser aplicada em situações às quais se ajustaria se vista da perspectiva dos precedentes que a justificam.

Justamente porque os verbetes de súmula são tidos como simples enunciações de teses jurídicas, sua aplicação exige o conhecimento dos precedentes e, assim, dos casos concretos a elas subjacentes. Trata-se, antes, de pensar nos *precedentes sumulados*, e não propriamente no verbe de súmula, que, para todos os efeitos, não passa de enunciado abstrato.

<sup>201</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. **O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante**: pela (re) introdução da facticidade ao mundo jurídico. p. 293.

<sup>202</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 482.

<sup>203</sup> BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. **Idem**. p. 293-294.

Ao se pensar nos *precedentes sumulados*, prestigia-se a metodologia envolvida na aplicação de precedentes judiciais, atraindo-se, assim, o uso de técnicas como o *distinguishing*. Vale dizer, a aplicação das súmulas (ou melhor, dos precedentes sumulados) deve ser relacionada à técnica do *distinguishing*, com o que se “reintroduz” os fatos na aplicação do Direito.

#### 4.3 *DISTINGUISHING* NOS PRECEDENTES SUMULADOS

Em seu art. 926, estabelece o Novo Código de Processo Civil: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Em seguida, como que oferecendo subsídios para alcançar o escopo previsto no *caput*, o parágrafo primeiro acrescenta: “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, *os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante*”.

Já o art. 927, do NCPC, estatui: “os juízes e os tribunais observarão: [...] II – os enunciados de súmula vinculante; [...] IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”.

Por meio da leitura dos dispositivos acima transcritos já se verifica que o NCPC apostou no instituto da súmula como meio de alcançar os objetivos declarados no *caput* do art. 926 (estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência). Em outras palavras, o regime legal de precedentes inaugurado pelo art. 926, *caput*, do NCPC,<sup>204</sup> relaciona-se com a sistemática das súmulas.

Andou mau o legislador. Trata-se de uma opção metodológica equivocada. É que a racionalidade por detrás da aplicação das súmulas, no direito brasileiro, distancia-se radicalmente da racionalidade que preside um sistema de precedentes obrigatórios.<sup>205</sup> Como se viu, a estrutura normativa atribuída à súmula, no direito brasileiro, rendeu-lhe ares de

---

<sup>204</sup> Embora o NCPC fale constantemente em “jurisprudência”, notadamente no art. 926 e ss., deve-se compreender que o vocábulo remete a “precedente”, no sentido estrito que aqui se emprega. Essa conclusão deriva da própria racionalidade do regime de precedentes que se pretende instaurar com a nova legislação. Nesse sentido, v. ZANETTI JR., Hermes. **Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil**. p. 306-307.

<sup>205</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 480-483.

generalidade e abstração,<sup>206</sup> a partir do que se tornou natural a aplicação automática do verbete sumular, segundo o método da subsunção. Logo, a natureza da súmula forjou-se, ao longo dos anos, para ser essencialmente conceitual, porque limitada ao texto.

O desacerto metodológico do legislador também reside no fato de que, para a elaboração de um sistema de precedentes obrigatórios, a utilidade de verbetes sumulares é pouca ou quase nenhuma. Isso porque se sabe que a eficácia vinculante, no sistema de precedentes, promana da *ratio decidendi* contida na fundamentação da decisão judicial. Não se pode esquecer que o manejo do precedente com eficácia obrigatória impõe o exame detido do caso-precedente e do caso sob julgamento, para o quê, o enunciado sumular pouco pode contribuir.

Porém, alguém poderia dizer que a nova legislação traz, no parágrafo segundo do art. 926, a solução para o problema metodológico atrelado às súmulas. Eis o que prevê o art. 926, §2º: “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Todavia, se bem visto, o dispositivo em nada inova. Ora, é natural que as súmulas sejam editadas – ao menos na maioria das vezes – em vistas dos fatos contidos nos casos que lhe deram origem. A elaboração do Direito não prescinde dos fatos (*da mihi factum dabo tibi ius*).<sup>207</sup> Em verdade, é a *aplicação* da súmula que tradicionalmente se opera desvinculada dos fatos. Por isso, é a *aplicação* da súmula que deve atentar para as peculiaridades concretas presentes nos casos confrontados.

Desse modo, não é o ato de *editar* a súmula, atentando-se para as circunstâncias fáticas, que irá salvar a metodologia ligada à sua aplicação. É, isto sim, a *aplicação* da súmula que deve se dar em atenção às peculiaridades dos casos que lhe deram origem. Isto é, cumpre ao intérprete, ao examinar a aplicabilidade da súmula, consultar os casos concretos que estão à sua base, confrontando-os com o caso sob julgamento.

Aliás, é pouco provável, e até mesmo não desejável, que as súmulas sejam editadas em completa fidelidade com histórico fático da qual derivam. A uma porque parece intuitivo que não deva ser possível confinar a riqueza do caso concreto num verbete sumular. A duas porque, como se vem de dizer, o direito judicial está em constante desenvolvimento, de modo que as necessárias transformações sofridas pela *ratio decidendi*, ao longo do tempo, são incompatíveis com qualquer técnica de redação que pretenda confiná-las num texto.

---

<sup>206</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 481; STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas, vagezas e ambiguidades**: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes? p. 172.

<sup>207</sup> RE, Edward D. *Stare decisis*. p. 283.

Em uma palavra, o problema da súmula é menos de redação, e mais de *aplicação*.

Lembre-se que qualquer que seja o enunciado (texto) a ser compreendido, somente será possível reter-lhe o sentido, se enxergado da perspectiva da situação concreta (caso) que o motivou.<sup>208</sup>

Por tudo o que se disse, é possível concluir que a forma como as súmulas são aplicadas, no direito brasileiro, vai na contramão da técnica dos precedentes obrigatórios.

Entretanto, bem vistas as coisas, a súmula não pode ser vista como um “mal em si”.<sup>209</sup> Ao funcionar como enunciado que carrega uma conclusão jurídica formulada após reiteradas decisões sobre determinado tema, a súmula poder ser vista como um ponto de partida interpretativo,<sup>210</sup> ou até mesmo servir para precisar ou esclarecer a conclusão alcançada nos precedentes. O “problema” da súmula, insista-se, está na forma com que historicamente ela vem sendo *aplicada*.

Daí a importância de relacionarmos as técnicas desenvolvidas pela teoria dos precedentes com a aplicação das súmulas (ou melhor, dos precedentes sumulados). Nesse ponto, importa ressaltar a técnica do *distinguishing* como instrumento capaz de oferecer uma leitura adequada à aplicação das súmulas.

Em verdade, o uso do *distinguishing* na aplicação de súmulas apenas pode fazer sentido se compreendido como *distinguishing dos precedentes sumulados*. Vale dizer, utilizar a técnica da distinção em relação aos *precedentes sumulados* - e não em face da súmula propriamente - significa reconduzir o verbete para a situação concreta da qual ele se desvinculou.

Permite-se, assim, que no processo de aplicação da súmula possam ser reconhecidas distinções ou semelhanças materiais entre os casos, capazes de justificar, respectivamente, o adequado afastamento ou aplicação da norma nela contida. Mais do que isso. Em função da técnica do *distinguishing*, o entendimento estandardizado na súmula se submete a atualizações criteriosas, atreladas à extensão e/ou limitação da *ratio decidendi*. Esse ponto é abordado com precisão por MARINONI:<sup>211</sup>

Sem a busca da história ou, ainda melhor, do DNA – por assim dizer – das súmulas, jamais será possível tê-las como auxiliares do desenvolvimento do direito, já que não existirão critérios racionais capazes de permitir a conclusão de que determinada

<sup>208</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas, vaguezas e ambiguidades**: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes? p. 173.

<sup>209</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Idem**. p. 173-174.

<sup>210</sup> MARINONI fala que a súmula, em si mesma, pode ser vista apenas como um “guia de interpretação”, ainda que estático (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. p. 483).

<sup>211</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Idem**. p. 481- 482.

súmula pode, racionalmente, ter o seu alcance estendido ou restrito (*distinguishing*) para permitir a solução do caso sob julgamento.

Vale, aqui, examinar julgado do Superior Tribunal de Justiça que utilizou corretamente a técnica do *distinguishing* em face de precedente sumulado. No Recurso Especial n. 1.359.976-PB, a Corte afastou adequadamente a aplicação da súmula n. 372, atentando para as particularidades presentes nos casos envolvidos.

O verbete n. 372, cujo comando estabelece que “na ação de exibição de documentos, não cabe aplicação da multa cominatória”, foi afastado, no caso sob julgamento, para que a multa cominatória então pudesse incidir.

É sabido que, nos casos envolvendo ação de exibição de documentos, o STJ firmou entendimento de que não cabe multa cominatória, precisamente em razão de já existirem sanções definidas pelo CPC/1973, as quais devem incidir sobre o requerido nas hipóteses em que este se recusar a exibir o documento invocado pelo requerente como prova dos fatos alegados. Assim, se a parte requerida se negar a exibir o documento, o magistrado tomará uma das seguintes providências: i) determinar a busca e apreensão do documento requerido; ou ii) presumir como verdadeiros os fatos que o requerente pretende provar por meio do documento.<sup>212</sup>

Endente o STJ que, além de a multa cominatória não estar prevista expressamente como meio hábil para constranger o requerido a exibir o documento, o CPC/1973 ainda teria fixado sanções próprias, aplicáveis em desfavor da parte renitente.

Porém, no Recurso Especial n. 1.359.976-PB, o caso era de ação de exibição de documento movida para obtenção de endereço de IP (“Internet protocol”). O requerente alegara ter recebido, em seu aparelho celular, mensagens anônimas contendo ameaças e agressões verbais. A mensagem anônima partira de SMS (“short message servisse”) disponibilizado no sítio eletrônico da parte requerida. O requerente pretendia, assim, ter acesso ao endereço de IP para identificar o nome do usuário nele cadastrado.<sup>213</sup>

Como o requerido se recusara a exibir o endereço de IP, a Corte local impusera multa cominatória, ao argumento de que as sanções previstas no CPC/1973 seriam “inócuas” nesse caso particular. A Corte afastara, portanto, a aplicação da súmula n. 372 do STJ, que veda a

---

<sup>212</sup>ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. p. 330-332.

<sup>213</sup> REsp n. 1.359.976-PB, 3ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino (DJ 14/09/2014).

incidência de multa cominatória na ação de exibição de documento. Eis o correto raciocínio da Corte de origem:<sup>214</sup>

Destarte, a causa é muito mais específica e deve ser vista sob outro prisma que não o do já sumulado pelo STJ na súmula 372, pois se trata de matéria eletrônica [...], a presunção de veracidade seria inviável, pois não se conhece quem foi que enviou a mensagem para o agravado. Da mesma forma, uma eventual determinação de busca e apreensão de documentos não lograria resultados.

O entendimento do tribunal *a quo* foi confirmado pelo STJ. Ambas as Cortes procederam ao *distinguishing* do precedente sumulado no verbete n. 372. Tal distinção foi realizada com base em circunstância não prevista à época da elaboração do precedente que inspirou a súmula n. 372.<sup>215</sup>

Trata-se de exemplo feliz do uso da técnica da distinção em precedente sumulado, porque capaz de conectar a inteligência do enunciado sumular às particularidades envolvidas nos casos confrontados.

Em outro caso aqui já referido (HC n. 85.185-1), o Supremo Tribunal Federal realizou *distinguishing* no verbete n. 691 de sua súmula. Para tanto, a Corte mergulhou nos precedentes que justificaram a edição da súmula n. 691. Confrontando-os com o caso sob julgamento, reconheceu neste último a presença de circunstância excepcional capaz de justificar o afastamento da súmula n. 691, que, a princípio, seria aplicável.

No HC n. 85.185-1, o adequado exame da súmula n. 691 em face do caso sob julgamento, mediante o uso da técnica do *distinguishing*, permitiu o desenvolvimento do direito judicial, tendo a *ratio decidendi* sofrido limitação em seu âmbito de incidência. Essa atualização operada na *ratio decidendi* só foi possível porque a Corte prestigiou as circunstâncias concretas presentes no caso-precedente e no caso sob julgamento. Tivesse a súmula n. 691 sido abstraída de tais circunstâncias, a Corte teria dado aplicação inadequada ao verbete.

Logo, a correta aplicação das súmulas e o seu necessário desenvolvimento judicial passam necessariamente pelo uso de técnicas fornecidas pela teoria dos precedentes. Dentre elas, destacou-se aqui o *distinguishing*.

<sup>214</sup> Cf., REsp n. 1.359.976-PB (DJ 14/09/2014).

<sup>215</sup> ARENHART e MARINONI já consideravam a existência de situações que pudessem excepcionar a aplicação da Súmula n. 372. Eis o que escreveram os autores: “Todavia, nada impede que, em circunstâncias excepcionais, seja determinada a exibição como consequência da procedência do pedido de exibição, especialmente quando se mostrar incabível ou inútil a aplicação da referida presunção. [...] Em tais casos, será possível ao magistrado também exigir do devedor – com apoio das sanções previstas no art. 461 do CPC [multa cominatória] – a apresentação dos dados [...]” (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. p. 331-332).

## REFLEXÕES CONCLUSIVAS

O problema prático que animou a elaboração deste trabalho não é novidade para ninguém. No Brasil, as decisões judiciais compõem um todo incoerente. Quando comparadas as soluções normativas que cada órgão julgador atribui para casos idênticos, ressalta o tratamento desigual perante o Direito. No mais, o que resta é uma grave sensação de insegurança jurídica para quem depende do sistema judiciário brasileiro.

Esse problema, sentido no dia a dia dos tribunais, está claramente atrelado a questões de ordem teórica. De modo que não há como dar boa solução ao problema sem enfrentar as premissas teóricas que o justificam. Por isso, no primeiro capítulo, foram dedicadas algumas linhas à transformação sofrida pelo Direito e pela Jurisdição, na tradição de *civil law*, desde a Revolução Francesa. Ali se demonstrou que o Direito é conformado, nos dias que correm, sobretudo por aquilo que dizem os tribunais. Isto é, ressaltou-se o protagonismo da decisão judicial na construção da ordem jurídica.

Diante desse protagonismo da decisão judicial, viu-se que os valores da igualdade e da segurança jurídica atraem uma nova abordagem teórica. A lei, enquanto referencial normativo, revela-se insuficiente para a garantia de tais valores. É que a decisão judicial é capaz de agregar significado à lei, de modo que os valores da igualdade e da segurança jurídica - para os quais importam a racionalidade do sistema - passam a reclamar a instituição de um sistema de precedentes judiciais.

Assentada a necessidade de um regime de precedentes, necessário se faz o estudo de seus elementos operativos. Nesse passo, importa compreender os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, tidos como os elementos internos do precedente. Do mesmo modo, o precedente judicial deve ser distanciado conceitualmente da noção de jurisprudência, em vista da diferença substancial que os separam: o grau de eficácia sustentando por um e por outra. Tradicionalmente, a jurisprudência exibe eficácia persuasiva sobre os órgãos judiciais brasileiros. De sorte que para romper com o problema da instabilidade decisória, em nosso país, somente há sentido em se falar numa teoria de precedentes obrigatórios (eficácia vinculante).

No entanto, é preciso estabelecer os métodos que permitam operar com o sistema de precedentes. Em vista desse propósito, destaca-se a técnica do *distinguishing*. Trata-se de método voltado à aplicação e ao desenvolvimento dos precedentes.

Embora amplamente teorizado na doutrina do *common law*, o *distinguishing* conta com uma abordagem ainda incipiente no Brasil. Daí porque os capítulos terceiro e quarto foram reservados ao seu estudo.

Propôs-se, aqui, que o *distinguishing* sirva também de norte para a aplicação das súmulas da jurisprudência predominante. A proposta se justifica na medida que a legislação e os tribunais têm demonstrado franca adesão ao modelo de jurisprudência sumulada. Conforme registrado, o próprio Novo Código de Processo Civil, na parte destinada à regulamentação dos precedentes judiciais, determina que os tribunais devam editar súmulas com vistas à uniformização e à estabilidade de sua jurisprudência.

Demonstrou-se que a metodologia que vem sendo empregada na aplicação dos verbetes sumulares não obedece à lógica de um sistema de precedentes. É que os tribunais frequentemente aplicam verbetes sumulares sem atentar para o contexto fático que motivara a sua edição. Dessa maneira, o significado contido na súmula acaba sendo mal compreendido porque alijado do substrato que lhe deu origem. Nessa perspectiva, a súmula se torna um instrumento “autoritário”, porque seu significado é tomado abstratamente para a resolução de casos que, apenas *em tese*, se enquadrariam na sua hipótese normativa.

Essa metodologia agride a racionalidade subjacente a um sistema de precedentes.

O regime de precedentes trabalha com a unidade fático-jurídica contida na decisão paradigma. Essa circunstância impede que a inteireza do caso concreto seja ignorada pelo precedente. Ali os fatos importam sobremaneira. E são eles que servem de referência para a comparação entre os casos concretos. Daí que a súmula - embora não constitua precedente - para ser aplicada com fidelidade aos valores do sistema (igualdade, segurança e desenvolvimento do Direito) deve andar *pari passu* com os precedentes que motivaram sua edição. Sem esse cuidado, elas acabam sendo reduzidas a normas abstratas, reclamando a cada caso novas interpretações.

Por tudo isso, a aplicação das súmulas deve se beneficiar da técnica do *distinguishing*, que exige o confronto entre os precedentes sumulados e os novos casos aos quais se pretende aplicar a súmula. Trata-se de pensar antes nos precedentes sumulados. Isso impõe que o órgão julgador e as partes não negligenciem o histórico de precedentes por detrás de cada súmula. Ante essa premissa, as súmulas terão condições de ser confrontadas com os casos futuros sem que seu significado seja deturpado.

Ademais, o *distinguishing*, conforme demonstrado, é técnica também voltada ao desenvolvimento do Direito. Logo, ao se voltar para a aplicação das súmulas, o *distinguishing* permitirá que elas sofram atualizações normativas, limitando ou ampliando o seu campo de incidência, sempre que as circunstâncias concretas assim impuserem.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, vol. 172, p. 121. São Paulo: Ed. RT, jun./2009.

\_\_\_\_\_. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. **Revista dos Tribunais**, vol. 893, p. 33-40. São Paulo: Ed. RT, mar/2010.

\_\_\_\_\_. **Brazilian precedentes**. Disponível em: [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes). Acesso em: 22.06.2015.

BAHIA, Alexandre Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. **Revista de Processo**, vol. 206, p. 359-379, São Paulo: Ed. RT, abr./2012.

\_\_\_\_\_; LADEIRA, Aline Hadad. O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re) introdução da facticidade ao mundo jurídico. **Revista de Processo**, vol. 234, p. 275-301, São Paulo: Ed. RT, ago./2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. vol. 1, p. 149. São Paulo: Ed. RT, mai/2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. São Paulo: EDIPRO, 2008.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisimprudência – A independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculos à igualdade e a segurança jurídicas. **Revista de Processo**, vol. 231, p. 349. São Paulo: Ed. RT, maio/2014.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. vol. 4, p. 929. São Paulo: Ed. RT, mai/2011.

CARREIRA, Guilherme Sarri. Algumas questões a respeito da súmula vinculante e precedente judicial. **Revista de Processo**. vol. 199, p. 213, São Paulo: Ed. RT, set./2011.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Súmula vinculante em matéria penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 81, p. 139 - 160, nov./dez. 2009.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial e antecipação dos efeitos da tutela**. 8ª ed. Salvador: JusPODVIM, 2013, vol. 2.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, vol. 950/2014, p. 199. São Paulo: Editora RT, Dez./2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Constituição como norma. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, vol. 1, p. 73- 85, mai./2011.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. **Revista Dialética de Direito Processual**, n.º. 10, p. 44-54, jan./2004.

GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

\_\_\_\_\_. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HART, H. L. A. El concepto de Derecho (trad. Genaro Carrió). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977. p. 155.

HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1986.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 94, p. 3-12, jan. 1999. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67429>>. Acesso em: 11 Mai. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. N.º. 145, jul./set., 1981.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 237, p. 369-391. São Paulo: Ed. RT, nov/2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **A ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 27, n. 92, p. 7-22, jul./2007.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. vol. 206, p. 61-72. São Paulo: Ed. RT, abr/2012.

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 41, p. 89-94, 2004.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 131, p. 133-134, jul./set. 1996.

NUNES, Dirle; ALMEIDA, Helen; REZENDE, Marcos. A contribuição da doutrina na (con) formação do direito jurisprudencial: uma provocação essencial. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 232/2014, p. 327-362, jun./2014.

\_\_\_\_\_; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução**. In CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (Org.). **Precedentes judiciais no NCPC**. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 301-335.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito? **Revista de Processo**, vol. 232/2014, p. 307-324. São Paulo: Ed. RT, jun./2014.

OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 187, p. 181-208, set./2010.

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

RE, Edward D. *Stare decisis*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 122, p. 281-287, trad. port. Ellen Gracie Northfleet, abr./jun. 1994.

REIS, Maurício Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada interpretação. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, vol. 24/2014, n. 26, p. 68-90.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 51-64, jan./mar./1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Verdade e significado**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista(3)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 16 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito material e processo**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 28 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, núm. 21, Out/2004, México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 217-255. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-el-cambio-de-los-precedentes-0/>. Acesso em 06/08/2015, às 16h33min.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma teoria geral dos precedentes? In *Direitos Fundamentais & Justiça*. **Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS**, a. 2, n. 5, p. 162-185, outubro/dezembro 2008. Porto Alegre: HS Editora, 2008.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 36, vol. 199, p. 139-148, setembro/2011.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do estado. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. Vol. 4, p. 25. São Paulo: Editora RT, Mai./2011.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A súmula e sua evolução no Brasil**. p. 1-33. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/401>. Acesso em 25/08/2015.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TUTIKIAN, Cristiano. O paradigma da deificação da lei e a tarefa hermenêutica de concretização da Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 45, p. 187-204, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **O juiz da roça tinha razão. Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil**. Gazeta do Povo, Curitiba, 24 de jul. 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/o-juiz-da-roca-tinha-razao-reflexoes-sobre-o-novo-codigo-de-processo-civil-1alvr8izfbkn7h89a9ldf9g7n>. Acesso em: 18 de jul. de 2014, às 10h46min.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes (*Treat Like Cases Alike*) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 235/2014, p. 293-349, set./2014.