



Papel criativo da jurisprudência, precedentes e formas de vinculação – Homenagem a Sergio Chiarloni

The Creative Role of Case Law, Precedents, and Forms of Binding Effect – Tribute to Sergio Chiarloni

Teresa Arruda Alvim*

Profesora asociada de la Pontificia Universidade Católica de São Paulo.

Código ORCID: 0000-0002-9606-0010 | Contacto: teresaarrudaalvim@aalvim.com.br

Resumen

Este artículo dialoga con un texto de Sergio Chiarloni sobre las funciones de las cortes supremas. Se centra en la constatación de que las decisiones de las cortes supremas poseen fuerza normativa y que, por tanto, deben ser uniformizadas y respetadas. Sobre el derecho brasileño, se comenta el sistema de precedentes introducido por el Código de 2015 y las formas mediante las cuales los precedentes vinculan y que no se restringen a la *ratio decidendi*.

Palabras clave: Tribunales Supremos, corte de casación italiana, fuerza normativa, función nomofiláctica, función uniformizadora, tesis, ratio decidendi

Abstract:

This article engages in dialogue with a text by Sergio Chiarloni on the functions of Supreme Courts. It focuses on the observation that decisions of Supreme Courts possess normative force and, therefore, must be harmonized and complied with. With specific reference to Brazilian law, the article discusses the system of precedents introduced by the 2015 Code and the ways in which precedents are binding, which are not limited to the ratio decidendi.

* Doctora en Derecho por la Pontificia Universidade Católica de São Paulo (Brasil) y profesora asociada de dicha casa de estudios. Profesora visitante en las universidades de Cambridge (Inglaterra) y de Lisboa (Portugal). Abogada.

Keywords: *Supreme Courts, Italian Court of Cassation, normative force, nomophilic function, uniformizing function, thesis, ratio decidendi.*

Recibido: 19 de agosto de 2025 | Aprobado: 15 de diciembre de 2025

Sumario: 1. Introdução.- 2. Funções das Cortes de topo – nomofilática e uniformizadora.- 3. A função paradigmática – Uma função contemporânea?.- 4. A situação do Brasil.- 4.1 A *ratio decidendi*.-4.2 As teses.- 5. Conclusão.- 6. Bibliografia.

1. Introdução

É uma grande honra homenagear Sergio Chiarloni, um dos (muitos) grandes processualistas que a Itália já teve.

Tive o imenso privilégio de gozar de sua amizade e de sua adorável esposa Mirella, arquiteta criativa, mulher interessante e inteligente.

Chiarloni era um processualista genial e um filósofo do processo. Homem erudito e lúcido, professor por vocação, integra o «grupo dos cinco», com Taruffo, Carpi, Proto Pisani e Tarzia.

Tive a alegria de publicar, numa coletânea de artigos que coordenei, um magnífico texto de Sergio Chiarloni (2012). Trata-se de um tema relevante e atual, principalmente no Brasil, país que acaba de adotar, em alguns casos, a possibilidade de que certas decisões judiciais sejam consideradas precedentes vinculantes.

Este tema sempre chamou a atenção de Chiarloni. Apesar de ser, na Itália, e na Europa como um todo, ainda um tabu se reconhecer que o direito não é obra exclusiva do Poder Legislativo, mas de uma atividade engrenada entre Legislativo e Judiciário, com o auxílio da doutrina, Chiarloni enfrenta a questão com coragem e lucidez.

Como se pode, de fato, afirmar, hoje em dia, que o juiz não cria direito?

São suas estas palavras:

Oggi è universalmente diffusa la consapevolezza che l'attività interpretativa della giurisprudenza racchiude in sé ineliminabili momenti di creazione del diritto. Il giudice non è più vissuto come la mitica *bouche de la loi*, formula storicamente condizionata nata Oltralpe, in un periodo in cui la dottrina della divisione dei poteri costituiva il segno che il potere era concretamente diviso tra la borghesia rivoluzionaria che aveva conquistato il potere legislativo e i residui feudali dello stato assoluto ancora incombenti sul potere

giudiziario. Le espressioni diritto vivente e diritto giurisprudenziale, moneta spicciola del discorso giuridico, ci rammentano ad ogni passo una semplice e banale verità: il giudice non solo crea il diritto del caso concreto attraverso l'attività di sussunzione dei fatti accertati nelle singole fattispecie legali (creando insieme così, nel tempo, un diritto dei casi identici o analoghi che non potrebbe essere appannaggio del legislatore, a meno di immaginarlo capace di abbandonarsi ad un impossibile furore analitico); il giudice crea anche regole nuove derivandole dai principi, aumentando l'estensione di clausole generali, dando rilievo all'equità, legittimando regole emergenti dalla prassi, secondo una tassonomia che prendo a prestito da Guido Alpa (cf. La creatività della giurisprudenza. La giurisprudenza e le fonti del diritto, Diritto giurisprudenziale, a cura di Bessone, Torino, 1996, p. 105)¹ (Chiarloni, 2012, p. 226, nota 2).

É com este magnífico artigo que pretendo dialogar.

2. Funções das Cortes de topo – nomofilática e uniformizadora

Da expressão *nomofilaquia* – função nomofilática, tema central de seu artigo, – tratou Calamandrei nos anos 20 do século passado, e esta passou a ser utilizada até pelo legislador italiano.²

Vem sendo usada pela doutrina de língua italiana, espanhola e portuguesa para significar uma das funções dos Tribunais Superiores, no sentido de que lhes cabe zelar pelo «direito objetivo», pelas «normas jurídicas».

Já dissemos, em obra publicada em coautoria com Bruno Dantas (Arruda Alvim & Dantas, 2019), que:

A função nomofilática do recurso de cassação foi largamente explorada por Calamandrei em sua obra clássica. Para o mestre florentino, a aplicação correta da lei na solução de uma lide assumiria dois vetores: o primeiro vinculado ao interesse público e o segundo associado ao interesse das partes processuais. Para as partes, portanto, a correta aplicação da lei consistiria em *interesse secundário*, pois a qualidade de *primário* era atribuída ao acolhimento da pretensão deduzida.

1 Grifos no original.

2 Como nos conta o próprio Chiarloni (2012): «Il capo I del d.lgs. n. 40 del 2006 è intitolato 'Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica'» (p. 226, nota 1).

Assim, no pensar de Calamandrei, o interesse primário das partes, em ver suas pretensões acolhidas, se converteria no veículo do interesse do Estado em controlar a aplicação do direito objetivo (pp. 321-322).

Entretanto, quando se fala em função nomofilática, se pensa imediatamente, hoje em dia, num primeiro problema. É claro que, atualmente, já não se consegue conceber que haja um apego à norma jurídica, sem que esteja subentendida a ideia de que, antes, esta mesma norma deva ter sido *interpretada*. Portanto, é evidente que se deve questionar qual seria exatamente o objeto da tutela nomofilática, já que não se concebe mais que seja a lei, independente de interpretação: de rigor, não se concebe mais texto algum independentemente de sua compreensão. Na verdade, um texto nada mais é do que um aglomerado de palavras numa tela ou numa folha de papel.

Embora ainda se fale em tutela ou função no nomofilática, é evidente que essa tutela não se refere ao zelo incondicional *da lei*, concebida em sua literalidade.

Por isso é que, hoje em dia, muitos mencionam a expressão *nomophilaquia* dialética ou tendencial, que significa exatamente que *algo deve ser preservado por meio da atividade dos Tribunais Superiores*, mas esse algo é a *ordem jurídica* considerada em sua inteireza, que deve ser mantida una e coesa.

Está-se, aqui, diante de uma noção muito menos precisa do que a anterior, porém muito mais rente à realidade.

Dizer que os Tribunais Superiores exercem a função nomofilática pura é quase uma ficção jurídica.

O segundo problema decorre do primeiro, apenas mencionado, e consiste em saber se, realmente, existe a viabilidade de se separar, integralmente, questões de fato de questões de direito, criando-se um Tribunal cuja função seja exclusivamente a de resolver questões de direito (*ius constitutionis*), sem se preocupar diretamente com o interesse das partes (*ius litigatoris*).

Não é uma questão de fácil solução e é por isso que alguns autores aludem à crise de identidade da Corte de Cassação italiana, como Taruffo.

Para nós, brasileiros, no entanto, o sistema proporciona maior facilidade, já que temos Tribunais de *rejulgamento e não de cassação*. Isto está na Súmula 456 da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e hoje, também, no art. 1.034, *caput* do CPC brasileiro de 2015.

A nosso ver, a *função nomofilática* não pode ser compreendida independentemente da função *uniformizadora*. Isto significa que a *regra positiva*, a *norma escrita*, não pode ser dissociada de sua interpretação. Se assim é, esta interpretação – onde, como vimos, há sempre um quê de criatividade, ainda que em graus

diferentes – deve ser *uniformizada*, como imperativo que deriva da necessidade de respeito ao princípio da igualdade.

Por isso, também escrevemos sobre esta função: A sua razão de ser é alcançar e manter a forma sistemática o direito além de garantir o respeito aos *princípios da igualdade perante o direito*. Em outras palavras, busca-se que haja uniformidade na interpretação das regras e princípios jurídicos, em todo o território submetido à sua vigência (Arruda Alvim & Dantas, 2019, pp. 323-324).

O princípio da *legalidade*, segundo o qual a conduta dos indivíduos é previamente valorada e lhes é dado saber o que podem ou não fazer e as consequências de suas atitudes, deve ser concretizado de modo *engrenado* com o princípio da *igualdade* ou da isonomia. Todos serão iguais perante a lei (= perante o direito), *apenas se a lei for compreendida e aplicada da mesma forma para todos*. Se assim não for, esvaziam-se por completo o sentido e a razão de ser desses princípios, base do Estado de Direito.

E é a correção de distorções decorrentes da desuniformidade da jurisprudência que compõe a essência da função uniformizadora dos recursos dirigidos aos tribunais de cúpula. O que se persegue é a consagração de mecanismo hábil a ensejar que, no curso do processo interpretativo que precede a solução de um conflito levado ao Judiciário, haja a «prorrogação» da segurança e da estabilidade geradas no momento da edição da lei.

Não se trata, é claro, como se observou há pouco, de afirmar que a literalidade da lei deve prevalecer, como se poderia pensar quando se faz menção à função nomofilática. Essa função zela pela prevalência da *uniformidade interpretativa*, que impede ofensas à igualdade e à legalidade, de modo que o direito, que é vocacionado a ter uma única interpretação *correta*, nas mesmas condições fáticas relevantes ao julgamento, seja igual para todos.

É o que diz a primeira alínea do art. 65 do *Ordinamento Giudiziario* (1942): «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge».

A uniformidade protege valores relevantes para as sociedades contemporâneas.

O art. 3 da Constituição Italiana (1948) fala de «igualdade perante a lei», constituindo-se, na verdade, em um resquício do positivismo, em sua concepção original. É claro que, como dissemos há pouco, deve haver igualdade *perante o direito*, que, como se admite abertamente hoje em dia, não se confunde com a lei.

Uma praxe interpretativa uniforme também conduz à previsibilidade do direito (Chiarloni, 2012, p. 227), que é uma das facetas da segurança jurídica.

A segurança jurídica é noção multifacetada. Significa muitas coisas. A necessidade de as normas nas quais deve pautar-se a conduta do jurisdicionado serem *previamente conhecidas* (previamente à conduta), de serem a mesma para todos e de serem estáveis liga-se a uma faceta subjetiva da segurança jurídica: a proteção à confiança.

O princípio da proteção da confiança vem se tornando cada vez mais relevante para o direito, porque eleva o nível do potencial de atividades humanas, contribuindo para a racionalização das escolhas, que integram a conduta dos homens, permitindo progressos de antecipação dos comportamentos futuros do *alter*.³

Em última análise, a sociedade «funciona melhor» quando uns confiam nos outros e todos confiam no Estado. E, é evidente, quando esta confiança é prestigiada.⁴

Individuos devem poder confiar no Estado. O Estado não pode frustrar e desorientar o jurisdicionado, tendo condutas contraditórias, e, portanto, surpreendentes. Interpretar o mesmo texto de lei de modos totalmente diversos é conduta, evidentemente, contraditória. Um *venire contra factum proprium*. O princípio da proteção da confiança é, a nosso ver, ínsito ao Estado de Direito.

Na verdade, a exigência de que as autoridades em geral ajam de boa-fé é indispensável à segurança jurídica.⁵ Aqui se está referindo, obviamente, à boa-fé objetiva, que nada tem que ver com o plano interno, das intenções: é a ausência de abuso, a coerência e a harmonia dos atos que compõem suas condutas.⁶

3 Antonio do Passo Cabral (2019, item 1.10.7.1, p. 156), comentando pensamentos de Niklas Luhmann.

4 Diz Canaris (1971) que a confiança, em regra, não é por si própria, digna de proteção, mas apenas porque serve como base para o comportamento de quem confia. No original: «Vertrauen ist i.d.R. nicht um seiner selbst willen schutzwürdig, sondern nur deshalb, weil es zur Grundlage für das Verhalten des vertrauenden wird» (p. 510).

5 Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2009): «A analogia é perfeita: o administrador *de boa-fé* que agiu na conformidade com ato administrativo tido por inválido, deve ser resguardado dos efeitos nocivos desta invalidação, pois os atos foram obra do próprio Poder Público. A Ação Pública deve invalidá-los, evitando que continuem a produzir efeitos, mas muitas vezes não se devem desconstituir o que se produziu ‘sob o beneplácito’ do próprio Poder Público» (p. 473).

6 No mesmo sentido, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2012): «A proibição de *venire contra factum proprium* impõe-se à Administração, inclusive, ao Judiciário, pois decorre diretamente do texto constitucional, já que agindo contra seus próprios atos o poder público viola os princípios da segurança jurídica (arts. 1º, 5º, *caput* e XXXVI, CF), da solidariedade (art. 3º, I, CF), da legalidade e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF) (NERY JR., 2009, 86)» (p. 367).

Tudo o que se disse aplica-se, indubitavelmente, à conduta do Poder Judiciário.

Geram confiança, a lei, a jurisprudência firme e iterativa de um Tribunal, um precedente de um Tribunal de cúpula etc.⁷

O Poder Judiciário ganha credibilidade e relevância na sociedade se sua jurisprudência é *uniforme e estável*. Jurisprudência não uniforme conduz, naturalmente, ao enfraquecimento do poder do Estado (Chiarloni, 2012, p. 228).

Chiarloni observa, no artigo antes citado que, sob o ponto de vista pragmático, uma das vantagens da uniformidade da jurisprudência é, sem dúvida, sua capacidade de gerar a *eficiência*. Se ações que giram em torno da mesma questão jurídica são decididas de acordo com um modelo, seja um precedente vinculante, seja uma decisão de um órgão maior do Tribunal, ou mesmo do pleno, com função uniformizadora, mais tempo haverá para decidir casos complexos.

3. A função paradigmática – Uma função contemporânea?

Em nosso entender, nada do que se disse antes teria sentido, se não se supusesse que os Tribunais Superiores têm *função paradigmática*: em outras palavras, se suas decisões não devessem ser respeitadas.

De fato, que sentido tem dizer-se que os Tribunais Superiores devem zelar pelo «direito objetivo», ao julgar *um caso*, se estes efeitos estivessem restritos apenas àquele caso? Devem uniformizar as eventuais interpretações existentes, dadas por órgãos inferiores do Poder Judiciário, com que finalidade? Parece inafastável a conclusão de que, por trás de tudo o que até agora se disse, está a pressuposição de que as decisões das Cortes de topo devem servir de norte, de orientação, para todos os demais órgãos do Poder Judiciário: de rigor, para toda a sociedade.

A função paradigmática só pode ser exercida de forma eficiente e plena, se os Tribunais Superiores mantiverem sua jurisprudência harmônica e estável e também seus precedentes vinculantes estáveis. Mudanças de orientação devem

7 O princípio da proteção da confiança é que dá paz e tranquilidade para que as pessoas planejem suas vidas: «Em resumo, a expectativa de comportamento é uma espécie de esperança ou aposta baseada em padrões e comportamentos anteriores já experimentados ou conhecidos. É a espera pela resposta que é possível *sensatamente* antecipar. Essas expectativas, como confirmam as experiências de vida, preparam os sujeitos para lidar com resultados decorrentes do que se espera ou se pode esperar. Elas programam os projetos existenciais das pessoas. Assim, uma vez que se pode antecipar um resultado possível, qualquer surpresa frustra expectativas, causando decepção ou prejuízo de alguma ordem» (grifo nosso) (Freire, 2017, p. 60).

ser necessariamente lentas, e preferencialmente devem corresponder à necessidade de se adaptar o direito a mudanças de sociedade. Não devem ser consequência de mudanças de «opinião» de Ministros e tampouco da alteração da composição humana dos Tribunais.

A função paradigmática das decisões do STF e dos Tribunais Superiores, atinge o seu ápice no CPC brasileiro de 2015. Sobre a função paradigmática e a necessidade de estabilidade *cf* julgado do STF o qual demonstra, no voto do Min. Fachin, o importante papel que assume essa corte:

Sob essas premissas, aliadas à constatação de ausência de alterações nos planos fático e jurídico a indicar que o entendimento acerca da constitucionalidade (da inscrição definitiva como termo final da contagem) já proclamada por este Colegiado na ADI 3460 esteja superado: tenha se tornado ‘inconstitucional’ ou esteja na iminência de se tornar, a eventual alteração no entendimento desta Corte sobre o termo final do triênio em debate traria mais prejuízos do que benefícios. Reforça essa conclusão a leitura do novo Código de Processo Civil e da doutrina especializada. Acerca deste ponto lembra o citado professor que o art. 926 traça importante diretriz para o Judiciário, de cujo caput retira-se: os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente’. Ainda há em seus parágrafos duas orientações que reforçam a adoção da teoria do *stare decisis* por nosso sistema: ‘(os Tribunais) editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante’ (§ 1º, art. 926, CPC) e que ao editá-los ‘devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação’ (§ 2º, art. 926, CPC). (...) A meu juízo, *isso indica que a eventual revisão da tese trará muito mais prejuízo do que benefício, em termos de segurança jurídica e de isonomia*. É dizer, em resumo, que não verifico, na questão, a imprescindível demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e à sua consistência sistêmica. *Overruling* ou superação total (tradução livre) é técnica que pressupõe justamente a força vinculante do precedente e que, portanto, impõe à corte responsável pela sua formulação um complexo encargo argumentativo, a indicar, repiso, que a antiga interpretação já se tornou inconstitucional ou está se tornando’ (STF, RE 655265, Tribunal Pleno, j. 13.04.2016, rel. Min. Luiz Fux, relator p/ acórdão Min. Edson Fachin, DJe 04.08.2016) (Arruda Alvim & Dantas, 2019, pp. 337 y 339-340).

Robert Alexy também observou tal fenômeno, ponderando que mesmo na Europa continental vem-se atribuindo cada vez mais importância aos precedentes. Salienta, com razão, que o objeto de discussão atualmente é a posição teórica

dos precedentes, de modo que o debate se concentra, sobretudo, na questão sobre se o precedente é ou não fonte de direitos (Alexy, 2001, p. 258).

O adequado desempenho da função paradigmática por um tribunal de cúpula, a nosso ver, pressupõe além da estabilidade, um outro requisito essencial: suas decisões devem gozar do respeito da sociedade, dos membros do próprio Poder Judiciário e dos demais órgãos da Administração Pública. Para tanto, concorrem alguns fatores como a honorabilidade dos seus membros, a legitimidade do procedimento perante a Corte, a uniformidade e a estabilidade das suas decisões, entre outros. Em suma, devem causar sensação geral de que a justiça foi feita, como observa Chiarloni no artigo com o qual se dialoga neste texto.

Por considerar importantes essas nuances, o CPC brasileiro de 2015 reserva normatização emblemática para o caso de haver mudança de orientação dos Tribunais Superiores e do STF, exigindo fundamentação adequada e específica e permitindo, aliás, a modulação de efeitos. Confira-se, a propósito, a redação dos §§ 3.º e 4.º do art. 927:

§ 3.º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4.º 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.

O CPC brasileiro de 2015 inova ainda mais: atribui efeito vinculante no sentido «forte» a precedentes em algumas circunstâncias previstas expressamente em lei.

O próprio legislador reconhece que as decisões dos Tribunais Superiores, portanto, em alguma medida, têm carga normativa.

Falar-se da função paradigmática, no fundo, não significa outra coisa se não a percepção de que, em muitas circunstâncias, as decisões judiciais tem esta *carga normativa*, i.e., em alguma dimensão, são norma.

Nos últimos tempos, tem-se dado a devida atenção à *carga normativa* da jurisprudência, superando-se paulatinamente um tabu. Tem-se reconhecido que decisões judiciais são mais do que *fonte* do direito: são o próprio direito.⁸⁻⁹

Chegam a dizer alguns autores, como Wilhelm Knittel, que a norma criada pelo juiz deve ser considerada norma jurídica no sentido pleno da expressão. A norma que emana dos Tribunais para resolver uma dada situação jurídica é direito positivo em vigor.¹⁰

8 Rebatendo o argumento de que admitir-se que o Judiciário crie direito seria transformá-lo em legislador, ofendendo a regra da tripartição de poderes, Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone (2009) explicam que: «Afirma-se, igualmente, que as decisões aditivas e substitutivas correspondem à produção de norma geral pelo Judiciário, equiparável a uma lei. Ainda que a parte ablativa da decisão pudesse configurar mera atuação como legislador negativo, amplamente aceita pela doutrina, a parte reconstrutiva de tais decisões, que adiciona ou substitui conteúdos, configuraria inequívoca atuação como legislador positivo. Haveria, nesse caso, usurpação dos poderes do Legislativo, violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade. Esses argumentos são rebatidos pela alegação de que, ainda que o Judiciário inove ao proferir decisões manipulativas, o conteúdo decorrente da componente reconstrutiva da decisão deve sempre equivaler à única solução constitucional possível. O juiz não produz um ato puro de vontade, tal como faria o legislador, mas explicita uma solução que já estava imanente no sistema. Essa atuação se dá dentro dos limites do exercício da jurisdição: depende de provocação por aqueles que detenham legitimidade para tal, tem por limite os termos em que a demanda é formulada e seu alcance e segue um processo em que se observam contraditório, ampla defesa e devido processo legal. A decisão deve ser fundamentada e, ao se desincumbir de tal fundamentação, o magistrado tem um ônus reforçado de demonstrar a existência de uma resposta obrigatória à luz da constituição. A constituição, a seu turno, também é lei, inclusive de hierarquia superior, razão pela qual uma decisão proferida com base nela não pode ser considerada, tampouco, como violadora do princípio da legalidade.

Por outro lado, argumenta-se, o juiz, uma vez provocado, e diante de uma violação constitucional, ainda que por omissão, não pode pronunciar um *non liquet*» (p. 722).

9 Com razão afirma João Ricardo Camargo (2017): «Dizer que o juiz pode criar o direito não pode levar à má compreensão da noção de liberdade de julgar. Como já dissemos, isso não permite que o juiz julgue conforme seus sentimentos. (...) Uma vez admitida a possibilidade de o juiz criar o direito, impõe-se agora demonstrar mais alguns limites à ‘criação’» (pp. 271-296).

10 Em tradução livre: «Por outro lado, a ‘norma judicial’ é considerada uma norma jurídica no sentido pleno da palavra. O resultado da criação judicial do direito é, em qualquer caso, uma norma que o juiz escolhe como regra suprema para decidir sobre os fatos que lhe são submetidos; esta norma é também um direito positivo válido». No original: «Auf der anderen Seite wird die richterrechtliche Norm’ als Rechtsnorm im vollen Wortsinn betrachtet. Das Ergebnis ‘richterlicher Rechtschöpfung sei in jedem Fall eine Norm, die der Richter als Obersatz herausstelle, um unter ihr den gegebenen Sachverhalt zu entscheiden; auch diese Norm sei positives geltendes Recht» (Knittel, 1965, p. 11).

O direito feito pelos juízes, ou, como dizem os alemães, o *Richterrecht*, identifica-se com as decisões dos Tribunais que constroem a evolução do direito e devem servir de base a outras decisões.¹¹

É natural que os órgãos de 2º grau e os juízes singulares se curvem à posição tomada por Tribunais Superiores. Afinal, constitucionalmente, esta é a função que lhes foi atribuída.

Mesmo nos países de *civil law* em que não há precedentes vinculantes, decisões de Tribunais Superiores devem ser respeitadas, principalmente se são muitas no mesmo sentido: jurisprudência firme.

Se as decisões do juiz, sob forma de jurisprudência pacificada ou de precedente de Tribunal Superior,¹² principalmente os considerados vinculantes pelo sistema, se consubstanciam em *normas jurídicas*,¹³ e se essas normas podem mudar (por que a jurisprudência muda!) é natural a preocupação, já mencionada, no sentido de que haja regras de direito intertemporal em relação à sua eficácia.¹⁴ É por isso que, como mencionamos acima, o novo CPC brasileiro permite que o

11 Ensina Verena Klappstein (2008): «Richterrecht sind die von den Gerichten in Fortbildung des geltenden Gesetzesrechts entwickeln und als Entscheidungsgrundlag verwenden Rechtsätze». Em tradução livre: «O direito judicial consiste nos princípios jurídicos desenvolvidos pelos tribunais na interpretação e na aplicação do direito usado como base para as suas decisões» (p. 39). No entanto, nem sempre esta expressão é usada neste sentido: às vezes parece ser dita com o tom ácido de crítica.

12 Em texto escrito anteriormente à vigência do CPC brasileiro de 2015, Ives Gandra da Silva Martins e Marilene Talarico Martins Rodrigues (2007) já demonstravam sensibilidade em relação à carga normativa da palavra do juiz: «Quanto aos efeitos das *decisões do Supremo Tribunal Federal em seção plenária*, tanto no *controle concentrado* de constitucionalidade como no *controle difuso*, a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos ‘erga omnes’. Esse é o entendimento que tem sido adotado em diversos julgados» (p. 205).

13 É o que afirma, com razão, Nelson Nery Jr. (2009): «A construção do direito por intermédio da reiteração das decisões judiciais, notadamente da jurisprudência dos tribunais superiores, já é realidade no mundo e no Brasil» (p. 82).

14 É o que consta de conhecida conferência de Wolfgang Grunsky (1970): «Uma parte considerável do sentido da norma se deve à interpretação dada por juízes. Então, pode-se dizer que o direito que resolveu o caso concreto foi a lei e a jurisprudência que existem a respeito. Se há a proibição do efeito retroativo, este, de rigor, deveria ligar-se aos dois componentes. Esta é uma das inclinações que se pode ter para interpretar e entender este fenômeno». No original: «Von diesem Ausgangspunkt her könnte man dann geneigt sein, als das Recht für den Konkreten Fall nicht allein des Gesetz heranziehen, sondern insbesondere die dazu ergangene Rechtsprechung für maßgeblich zu halten und das Rückwirkungsverbot als selbstverständlich auf diese beiden Komponenten zu beziehen (...). Eine große Menge dessen was Gesetzesinhalt sein soll wird in Wirklichkeit von Auslegungen hineingelegt» (p. 5).

Tribunal disponha sobre a *eficácia da decisão enquanto precedente*, protegendo, assim, a confiança que era depositada na orientação anterior.

4. A situação do Brasil

Além da carga normativa *natural* que caracteriza certas decisões judiciais, notadamente as dos tribunais de cúpula, e a jurisprudência consolidada num certo sentido, há, hoje, como dissemos antes, no direito brasileiro, precedentes ditos *vinculantes*.¹⁵

Como observamos, o CPC brasileiro de 2015 prestigia *precedentes* proferidos em certas e determinadas situações que justificam, segundo o legislador, sejam eles tidos *de antemão* como precedentes. Sim, porque há decisões que se tornam, naturalmente, precedentes *a posteriori*: ou seja, são densas, convincentes, com excelentes fundamentos, que passam a ser respeitadas, naturalmente, em casos posteriores, idênticos ou semelhantes.¹⁶

De acordo com a sistemática do CPC brasileiro de 2015, todavia, há decisões que *já nascem* como precedentes *obrigatórios*, no sentido forte da expressão, e que devem ser paradigma para as posteriores, em casos normalmente idênticos e, às vezes, apenas semelhantes.

A expressão *obrigatoriedade* vem sendo muito frequentemente empregada.¹⁷ Certamente, esta palavra pode ser compreendida de mais de uma maneira.

Por exemplo, diz-se que os precedentes dos Tribunais Superiores, evidentemente devem ser obrigatoriamente respeitados, já que a *função* e a *razão de ser* desses Tribunais é a de proferir decisões *paradigmáticas*, como se viu no início deste artigo, que sirvam de «modelo» aos demais órgãos do Poder Judiciário.

15 Nesses casos, não há lugar para interpretação pessoal do juiz. Nada há de negativo nisso. A liberdade e a independência são do Judiciário e não de cada juiz, individualmente considerado. Observa Evaristo Aragão Santos (2012): «Num regime democrático, constitucional e com instituições consolidadas, pretender que a sua interpretação pessoal prevaleça contra o entendimento consolidado da maioria, essa sim é postura que flerta com a arbitrariedade» (p. 193).

16 Aproximadamente nesse sentido, Eduardo Talamini (2008), fazendo referência a uma vinculação (= obrigatoriedade) fraca (p. 92). Esta é a vinculação (= obrigatoriedade) «normal» dos precedentes que tem caráter cultural e ocorre nos países de *civil law*.

17 «No direito brasileiro contemporâneo há uma absurda e curiosa não percepção da contradição existente entre a mitificação do duplo grau e a ausência de respeito às decisões dos tribunais superiores. De forma acrítica, ao mesmo tempo em que se vê na *obrigatoriedade* dos precedentes um atentado contra a liberdade do juiz, celebra-se o duplo grau de jurisdição como garantia de justiça» (grifo nosso) (Marinoni, 2010, p. 133).

Não teria sentido a existência desses órgãos de cúpula se não houvesse essa obrigatoriedade.

Por outro lado, também se pode afirmar que o respeito às súmulas vinculantes do STF (que não são precedentes) é obrigatório. Essa obrigatoriedade decorre de sua razão de ser e finalidade, que foi levada em conta pelo legislador constituinte e ordinário, que tratou de estabelecer o desrespeito à súmula vinculante como uma das hipóteses de cabimento de reclamação.

Evidentemente, as expressões obrigatório/obrigatoriedade estão sendo usadas em sentidos diferentes, nos dois parágrafos *supra*.

A nosso ver, podem-se conceber, principalmente à luz do atual CPC brasileiro, *três graus de obrigatoriedade*.

Esta classificação da obrigatoriedade dos precedentes, em *três graus de intensidade*, a partir de critério ligado, fundamentalmente, à *consequência* que decorre do seu *descumprimento*, parece-nos adaptada à nossa cultura.¹⁸

A obrigatoriedade será tida como *forte* quando o respeito a um precedente é exigido, sob pena do manejo de medida ou ação *especialmente concebida para esse fim, a reclamação*.¹⁹ São *precedentes obrigatórios*, no sentido *forte*, à luz do CPC

18 A obrigatoriedade do respeito aos precedentes é «sentida» de modo diferente nos países de *common law*. Veja-se, a esse respeito, primoroso texto de Evaristo Aragão Santos (2014), do qual extraímos o trecho abaixo transcrito: «Mas a força do precedente não é apenas persuasiva na *Louisiana*. As decisões da Suprema Corte Estadual são consideradas como *obrigatórias* para os juízes de Cortes inferiores. Essa obrigatoriedade, por sua vez (como, aliás, de maneira geral ocorre no *common law*) *não foi imposta pela legislação*. Mesmo tendo a lei como fonte primeira, o respeito *obrigatório* aos precedentes da Suprema Corte Estadual não foi imposto pela legislação, mas, sim, *decorreu de posicionamento fixado pela própria Corte*. Foi a *Louisiana Supreme Court* quem decidiu que os demais órgãos jurisdicionais cujas decisões lhe estivessem submetidas ao controle ficavam *obrigados* a seguir seus posicionamentos, por mais que deles discordassem. Caberia apenas àquela Corte Suprema revê-los, eventualmente. Até lá, os demais níveis da hierarquia judiciária regional a estes ficariam vinculados.

Por essa razão, no âmbito da Suprema Corte a formação do precedente não depende da prévia consolidação do entendimento numa linha de julgados anterior. A primeira decisão já terá força de precedente obrigatório.

Em termos muito resumidos, as Cortes inferiores não apenas entendem como um *princípio básico e elementar do Direito* a obediência à orientação fixada por aqueles que lhe são hierarquicamente superiores, como, também, têm consciência de que se assim não agirem, no mínimo suas decisões serão revistas pela instância superior, gerando a atuação desnecessária do próprio sistema» (p. 506).

19 «Há, no outro polo, os *precedentes normativos* em sentido forte, correspondentes aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação» (Mello & Barroso, 2016, p. 20).

brasileiro de 2015, por exemplo, as decisões proferidas em recursos repetitivos, no regime dos arts. 1.036 e ss. do mesmo Código.

Em segundo lugar, há os precedentes de *vinculatividade média*. O seu desrespeito gera a possibilidade de correção da decisão que deles se afasta por meio de recurso. O recurso não é um meio especialmente criado com esta finalidade, como é a reclamação.

Em terceiro e último lugar, há a obrigatoriedade que chamamos de *fraca*. A obrigatoriedade *fraca* é (apenas) cultural. É aquela que decorre da razão de ser das coisas, mas, principalmente, do que se deve ter o direito de razoavelmente esperar dos órgãos do Estado (= justa expectativa da sociedade, princípio da proteção da confiança). Da *lógica* ou da racionalidade exigível do direito. O juiz decide o conflito entre A e B do modo x. C e D lhe submetem conflito idêntico à apreciação, no dia seguinte, e o *mesmo* juiz decide de modo y. Expectativa legítima e razoável tinham C e D de que o conflito fosse decidido do modo x!

É desejável que o mesmo juiz não mude de opinião; que os tribunais de 2º grau mantenham jurisprudência firme e estável; mas é, principalmente, não só desejável, como imprescindível para o bom funcionamento do sistema, que os *Tribunais Superiores e o STF não alterem, com frequência, suas posições*. Afinal, o direito não se pode confundir com a sucessão de «opiniões» diferentes, de vários juízes de Cortes Superiores. A jurisprudência firmada há de ser *do tribunal*, e não de cada ministro, individualmente considerado.

É interessante observar que a criação de precedentes vinculantes no Brasil teve por objetivo precípuo o de minimizar o problema da litigância de massa. Os números do Brasil são únicos: temos cerca de 90 milhões de processos em curso e nossos Tribunais Superiores julgam em torno de 300 mil casos ao ano.

Nossos precedentes vinculantes sofrem de um certo «déficit» democrático, pois formam-se de uma vez só. A questão pode ter passado por discussões em órgãos inferiores do Poder Judiciário, mas, uma vez decidida, quando se julga, por exemplo, um Recurso Extraordinário (em que se decide matéria constitucional) ou um Recurso especial Repetitivo (matéria de lei federal), o precedente está criado.

Incidem as críticas de Chiarloni (2012):

Nessuno afferma che l'intervento autoritativo appena accennato debba avvenire 'uno actu' e una volta per tutte. La nomofilachia si attua attraverso un processo, che può anche essere tormentato, specie quando si abbia a che fare con materiali legislativi recenti, che spesso, come acutamente si è osservato, si presentano come dei 'semilavorati', in attesa di un'opera di rifinitura

da parte della giurisprudenza. E in questo contesto, è ragionevole osservare che un contributo prezioso può venire dall'opera interpretativa dei giudici di merito, primi a subire l'impatto delle novità, anche se a tal proposito appare pericolosamente fuorviante parlare di nomofilachia dal basso (...)

Ma una 'teoria dei cento fiori', applicabile ai giudici di merito in funzione della incoercibile pluralità dei giudizi di valore nell'interpretazione, non può venir applicata alla cassazione. Gli organi giurisdizionali di merito sono molti. La corte di cassazione è una. I giudici di merito dicono molte parole. La corte di cassazione dovrebbe dire una sola parola. L'ultima (pp. 232-233).²⁰

4.1. A ratio decidendi

É comum a afirmação, no plano da doutrina, no sentido de que o que vincula, nos precedentes, é a *ratio decidendi*, o *core*, a *holding*. No contexto do direito brasileiro, esta afirmação é, a nosso ver, apenas parcialmente verdadeira.

Dissemos anteriormente que o sistema de precedentes, tal qual concebido pelo CPC brasileiro de 2015, tem em vista, pelo menos predominantemente, minimizar o grave problema do excesso de *ações de massa*, i.e., que dizem respeito a ações idênticas. Isto ocorre com pelo menos três dos institutos que geram precedentes vinculantes.

Quando estes institutos são manejados, os Tribunais elaboram *teses*.

É imprescindível, para a adequada compreensão e operativização do sistema de precedentes brasileiro distinguir-se *ratio decidendi* de *obiter dictum*, num primeiro momento. Também chamam a atenção as tais *teses*: os Tribunais que criam precedentes têm, como se disse, redigido estas *teses*, que se pretende sejam um *enunciado que contenha o cerne da decisão, de molde a facilitar a aplicação do precedente aos casos iguais, que estejam em curso, concomitantemente, ou venham a estar, sucessivamente*.

Com base na doutrina produzida nos países de *common law*, será feita uma primeira abordagem das figuras: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A relevância da doutrina produzida nestes países se deve, naturalmente, a que as regras jurídicas que compõem o *common law* se constroem justamente no bojo das decisões judiciais: é o *case law*. Portanto, a importância de que haja precisão no que concerne a estas definições é visivelmente sentida por muitos autores.

²⁰ Grifo no original.

Os americanos usam a expressão *holding*. «A *holding* é a essência da regra (expressa ou implícita na decisão) necessária para explicar o resultado do julgamento».²¹

Claro que a expressão *ratio decidendi* também pode ser entendida em sua dimensão *descriptiva*: «descriptivamente, a expressão significa simplesmente uma explicação do raciocínio que levou a corte à conclusão, baseado em elementos sociológicos, históricos e até psicológicos». Mas o que nos interessa aqui é o sentido *prescritivo* da expressão *ratio decidendi*.²²

Trata-se da *proposition of law* (= proposição de direito), explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão. É o *core* da decisão.

Há, na decisão, também os *obiter dicta* ou os *gratis dicta*, termos que significam, literalmente, o que foi dito para morrer (= para perder a importância). *Obiter dicta* têm função meramente persuasiva.²³

A ratio decidendi equivale à *rule*.

Uma *rule* é criada para futuros casos, quando ocorre de chegar ao Judiciário um *case of first impression*, ou seja, um caso que deve ser decidido sem que se lhe aplique precedente algum: um caso novo. O que será a *ratio decidendi* neste caso (= *rule*) pode ser determinado expressamente na decisão. Mas o que usualmente ocorre é que a *rule* é definida na decisão subsequente (Dworkin, 1978, p. 111).

Nas palavras de Bankowski *et al.* (1978):

Há casos difíceis, que apresentam entraves e dificuldades para serem interpretados. Há problemas para identificar a *ratio* e compreendê-la. Normalmente, é o tribunal que decide, aplicando o precedente, que determina qual a extensão da proposição de direito à qual se atribuirá o *status* de *ratio* (p. 11).

«A *ratio decidendi*», diz Neil Duxbury (2018):

Pode significar tanto razão da decisão quanto razão para decidir. O raciocínio do juiz pode ser fiel à *ratio*, mas a *ratio* em si mesma é mais que o raciocínio, e, em muitos casos, pode haver uma parte do raciocínio do juiz

²¹ No original: «A holding is the minimum rule (whether or not expressly articulated) necessary to explain the outcome of the case» (Landes & Posner, 1976, p. 250).

²² No original: «descriptively the frase imports merely an explanation of the court's reasoning to its conclusion, based on sociological, historical and even psychological inquiry» (Stone, 1986, p. 600).

²³ «É uma verdade, sobre a qual não há necessidade de se insistir, que os *dicta* têm diferentes graus de persuasão». No original: «It is a truism upon which there is no need to enlarge that dicta are of varying degrees of persuasiveness» (Cross, 1991, p. 76).

que não integra a *ratio*, mas os *obiter dicta*. Um *obiter dictum* é o que é dito de passagem. Em casos reais, ambos os conceitos produzem borrões um no outro (p. 68).²⁴

A *ratio decidendi* e os *obiter dicta*, às vezes não são identificáveis no caso concreto, à primeira vista.

Imagine-se que, além da dificuldade inerente à procura da *ratio*, na Inglaterra, por exemplo, não há acórdãos! Há uma série de *opinions*, justapostas (modo *se-riatim*). Portanto, ainda surge o problema de se saber como qualificar o que exatamente consta das *dissenting opinions* (votos vencidos) até porque, estas *opinions* podem ser apenas parcialmente *dissenting* (= discordantes).

Em algumas decisões da extinta *House of Lords*²⁵ notava-se algum desejo de que houvesse acórdãos (*single collective judgments*), escritos por um juiz, auxiliado por outros, como se fosse um trabalho de equipe. A mesma tendência se fez ver na *Court of Appeal*. No âmbito criminal, há *single majority judgments* (acórdãos em que consta a posição da maioria). Há a possibilidade de se dar publicidade aos votos vencidos.

O modelo da US *Supreme Court* é o de um *single majority judgment* (= acórdão de que consta a posição que prevaleceu), com espaço para declaração de outros votos no mesmo sentido e para votos vencidos.

Na Inglaterra, além de não haver acórdãos, as decisões são longas. Por exemplo, o julgamento de *Alfred MacAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd* (2001)

²⁴ No original: «Ratio decidendi can mean either ‘reason for decision’ or ‘reason for deciding’. Judicial reasoning maybe integral to the ‘ratio’, but the ‘ratio’ itself is more than the reasoning, and within many cases there will be a part of judicial reasoning that constitutes not part of the ratio but ‘obiter dicta’. An ‘obiter dictum’ is literally a ‘saying by the way’. In real cases, both concepts ‘often blur into one another’».

²⁵ É oportuno que se explique, aqui, como e porque se deu esta extinção. Conforme informa Neil Andrews (2011a): «Sem dúvida, a extinção da função jurisdicional da *House of Lords* e a criação da Suprema Corte do Reino Unido foi o maior impacto que teve até hoje a Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre o sistema inglês. Assim, o *Lord Chancellor* deixou de exercer sua função de julgar, integrando a parcela da *House of Lords* que não tinha função legislativa. A Suprema Corte passou a funcionar a partir de 1.º de outubro de 2009 e tudo se passou como descrito a seguir. Em 12 de junho de 2003, o Governo Trabalhista, liderado pelo então primeiro Ministro Tony Blair, anunciou o plano de extinguir a tradicional função do *Lord Chancellor*, de extinguir a parte jurisdicional da *House of Lords*, e de transferir esta função para um órgão novo: a Suprema Corte. Em 2005, a Reforma Constitucional ocorreu, sendo extinta a parte jurisdicional da *House of Lords* em 2009. Em 28 de julho de 2009, houve um último julgamento na *House of Lords*, a respeito de um caso em que se discutia o suicídio assistido. Em 1.º de outubro de 2009, a Suprema Corte do Reino Unido reuniu-se e funcionou pela primeira vez» (pp. 165-166).

¹ AC 518, HL tinha 46.000 palavras; o julgamento de *Royal Bank of Scotland v. Etridge* (nº 2) (2002) ² AC 773, HL, há 53.000 palavras e 374 parágrafos, que, hoje em dia, são numerados.²⁶

Todos esses fatores influem dramaticamente nos métodos para se encontrar a *ratio* de uma «decisão». Justamente porque não há «decisão», no sentido de *acórdão*. Quando se pensa, por exemplo, em que as *opinions* teriam sido todas no mesmo sentido, mas algumas baseadas numa linha argumentativa, e outras, em outra linha, o que integra a *ratio*? E a linha argumentativa adotada, integra realmente a *ratio*? Vincula, nos casos subsequentes?

A doutrina sobre o *common law* sempre se ocupou muito intensamente da distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*. Há um trabalho, publicado originalmente em alemão em 1928 e em 1929, de Karl Llewellyn, *The Case Law System in American*, 14 (Paul Gewirtz ed & Michael Ansaldi translation, 1989) em que o autor chega a distinguir *holding*, de *ratio decidendi* e *dictum de obiter dictum*.²⁷

Existem inúmeras teorias mais minuciosas do que supõem as definições citadas. Para falar de algumas: há quem entenda que a *ratio* seria *facts-plus-outcome* = fatos somados ao resultado. Isto implica que, segundo esta concepção, o tribunal poderia encontrar a teoria que teria levado ao resultado, sem ficar vinculado àquela adotada pelo precedente. Esta teoria é criticada, pois não gera a certeza desejável.

²⁶ É oportuno que se explique, aqui, como e porque se deu esta extinção. Conforme informa Neil Andrews (2011a): «Sem dúvida, a extinção da função jurisdicional da *House of Lords* e a criação da Suprema Corte do Reino Unido foi o maior impacto que teve até hoje a Convenção Europeia de Direitos Humanos sobre o sistema inglês. Assim, o *Lord Chancellor* deixou de exercer sua função de julgar, integrando a parcela da *House of Lords* que não tinha função legislativa. A Suprema Corte passou a funcionar a partir de 1.º de outubro de 2009 e tudo se passou como descrito a seguir. Em 12 de junho de 2003, o Governo Trabalhista, liderado pelo então primeiro Ministro Tony Blair, anunciou o plano de extinguir a tradicional função do *Lord Chancellor*, de extinguir a parte jurisdicional da *House of Lords*, e de transferir esta função para um órgão novo: a Suprema Corte. Em 2005, a Reforma Constitucional ocorreu, sendo extinta a parte jurisdicional da *House of Lords* em 2009. Em 28 de julho de 2009, houve um último julgamento na *House of Lords*, a respeito de um caso em que se discutia o suicídio assistido. Em 1.º de outubro de 2009, a Suprema Corte do Reino Unido reuniu-se e funcionou pela primeira vez» (pp. 165-166).

²⁷ Referido por Michael Abramovitz e Maxwell Stearns (2005), professores da George Washington University Law School, em extenso artigo (p. 1048). Estes autores citam Karl Llewellyn, para demonstrar como era complexa a abordagem do tema que se fazia há quase cem anos, asseverando que, hoje, precisamos de definições que sejam instrumentos para serem utilmente empregados na prática.

Há quem rebata esta opinião, asseverando que o raciocínio feito pelo tribunal, que decidiu o precedente, não pode ser ignorado. E a seleção de fatos, considerados necessários para a criação da regra, é de vital relevância. Ao juiz do segundo caso (ao qual se vai aplicar o precedente) é dado conceber *rationales* para ligar um caso (o subjacente ao precedente a ser seguido) ao outro, que vai ser decidido.

Os fatos podem ser identificados em níveis diferentes de generalização. Mas com certeza, *ao formular* a regra jurídica, o tribunal *escolhe* os fatos: não são duas operações mentais distintas.

A discussão sobre o que seria a *ratio decidendi* também acaba, como se pode ver, envolvendo a tão problemática distinção entre questão de fato e questão de direito (*issue of law* e *issue of fact*).

J. L. Montrose (1957) diz, por exemplo, que:

Muitas proposições de Direito diferentes podem aplicar-se a um caso: podem-se teoricamente construir várias *rules* diferentes, aplicáveis ao caso (...) E algumas características dos fatos podem servir como um ponto de partida para a escolha destas regras (*rules*) diferentes (p. 593).

O que J. L. Montrose quer com isso dizer é que um caso pode ser resolvido por várias linhas de raciocínio jurídico e que a escolha dos fatos, a serem considerados como relevantes, é a base destes raciocínios. De um fato, ou de um conjunto de fatos diferentes, todos no mesmo contexto, podem derivar raciocínios diferentes e, portanto, soluções diversas.

Já, como se sabe, que o modo mais natural de se criarem regras para orientar o comportamento de integrantes de um grupo é decidir casos iguais da mesma forma – obedecendo-se, assim, precedentes – é oportuna a menção a um exemplo familiar: Caio, de 17 anos, entra na faculdade, e seu pai, João, lhe dá um carro. No ano seguinte, Pedro, irmão mais novo de Caio, entra na faculdade com 17 anos e, invocando o precedente, pede a João, um carro.

João pode dar-lhe um carro. Mas pode, no lugar disso, dizer-lhe que a *ratio* do caso de Caio não se aplica ao seu (= de Pedro), pois este entrou numa faculdade paga e muito cara. Caio, no entanto, entrou em Universidade Federal.

A discussão entre eles deve girar em torno de ter (ou não) a faculdade em que entrou Caio (= fato) integrado a *ratio* da decisão: dar-lhe um carro de presente.

Este exemplo deixa evidente a relevância dos fatos, que integram a *ratio*, na formação do precedente.

Portanto, a escolha dos fatos já deveria «vincular», no sentido de que nos outros casos analógicos se «escolham», como relevantes, fatos «equivalentes». Senão, a frouxidão do sistema de precedentes frustraria sua função.

Um outro exemplo é capaz de deixar claro como realmente escolher o fato e formular a regra *não* são coisas tão diferentes. São os dois conhecidos casos *Barwick v. The English Joint Stock Bank* (1866) e *Lloyd v. Grace, Smith & Co* (1912). No primeiro caso, surgiu a dúvida a respeito de ser o patrão (banco) responsável, em face da vítima, por uma fraude perpetrada por seu empregado, enquanto agindo como seu empregado. Um dos empregados do banco, fraudulentamente, induziu o autor da ação em erro. O banco foi beneficiado. A conclusão foi no sentido de que o banco seria responsável. Mas, o fato de o banco ter tido vantagem, como resultado desta fraude, fez parte da *ratio*? Ou se trata de mero *obter dictum*?

Ou seja, os fatos, para que se chegasse à conclusão de que o banco responde, foram: fraude perpetrada pelo empregado, em que o empregador lucra? Ou foi apenas a: fraude perpetrada pelo empregado?

No caso subsequente, *Lloyd v. Grace, Smith & Co*, o *managing clerk* de uma firma de advogados fraudulentamente induziu um cliente em erro, e, neste caso, não houve benefício algum para o empregador. Aplica-se o precedente?

A decisão foi no sentido positivo e o fato de o empregador ter lucrado foi visto como um *obter dictum* (Cross & Harris, 1991, p. 43).²⁸

Fatos não falam por si (*Facts do not speak for themselves*). Quem os qualifica como relevantes (e, portanto, capaz de gerar consequências jurídicas) é o juiz.²⁹ Portanto, também estes, em certa medida, como disse há pouco, «vinculam».

Muitos dizem, como já observamos antes, e parece ser o que predomina, que «a *rule* que se torna vinculante para os casos subsequentes não é a que consta, expressa ou implicitamente da decisão, mas a que é construída por juízes que posteriormente atuam nos casos análogos» (Goodhart, 1934, pp. 40-65).³⁰

Em face de todas estas discussões, merece menção a tão conhecida definição de Goodhart: «A *ratio decidendi* de um caso pode ser definida como os fatos

²⁸ É interessante notar-se a semelhança com os casos em que dizemos que o legislador *dixit plus quam voluit* e ignoramos, às vezes completamente, uma parte da norma.

²⁹ Estas observações são feitas por Abramovicz y Stearns (2005, p. 1055).

³⁰ No original: «The rule of law for which a case is of binding authority is not one which is pronounced, explicitly or implicitly, by the judge in the precedent case, but which is constructed by later judges» (especialmente verifique a página 47).

relevantes da causa somados à decisão que foi proferida a respeito deles» (p. 47)³¹ também se refere à teoria dita clássica, segundo a qual a *ratio* seria «o princípio de direito que o juiz considerou necessário para sua decisão» (p. 47).³²

Ambas deixam a desejar, porque não contêm indicações de como resolver os problemas consistentes em se saber *que fatos* seriam estes ou *qual seria o princípio*, porque isto pode não estar claro na decisão e ensejar muitas discussões.

Autores, em geral, costumam ligar os *dicta* à ideia de que seriam elementos *desnecessários* para se chegar à conclusão (proposição jurídica), embora, como já se viu, esta afirmação, que satisfaz à primeira vista, realmente é insuficiente.

De fato, é uma maneira cômoda de se definirem os *obter dicta*: dizer que tudo o que não é *ratio decidendi* ou *holding*, como preferem dizer os americanos, é *obter dicta*. Mas é claro que esta definição pela negativa esconde uma série de nuances que podem ter a sua relevância, e, sobretudo, supõem que se saiba como encontrar a *ratio* (Marshall, 1997, pp. 503-518).³³

Mas a simplicidade da definição pela negativa a torna quase imprestável. Isto porque, saber o que é a *ratio*, numa decisão, nem sempre é fácil. Afinal, precisa-se *interpretar a decisão*.

Fala-se de uma simples regra (teste) que seria retirar o que foi dito da decisão e verificar se a decisão poderia ter sido proferida sem o que foi retirado. Se a resposta é positiva, está-se, sim, diante de um *dictum* (Wambaugh).

Claro que este teste tão simples não pode produzir bons resultados, quando a fundamentação da decisão é alternativa. Numa situação como esta, também fica difícil saber qual a *ratio*.

A regra acima mencionada (de Wambaugh) é também criticada, pois segundo alguns, é capaz de gerar *holdings* muito abrangentes, com muitos elementos irrelevantes para o efeito de a decisão ser um precedente (Abramovicz & Stearns, 2005, p. 1059).

Além do mais, pode não ser evidente se a decisão permanece de pé apesar de dela se ter retirado um elemento.

Alguns autores, como, por exemplo, Michael e Maxwell, levantam a possibilidade de ser indicada na própria decisão o que é *ratio decidendi* e o que é *obter dicta*. É o que faz a Suprema Corte Americana (Abramovicz & Stearns, 2005,

31 No original: «the ratio decidendi of a case can be defined as the material facts of the case plus the decision thereon».

32 No original: «the principle of law which the judge considered necessary to his decision».

33 Especialmente a página 515.

p. 1067). E normalmente o faz atribuindo âmbito bastante mais abrangente às suas *holdings* do que outros tribunais.³⁴ Isto se deve muito provavelmente também ao fato de aquela Corte julgar poucos casos por ano.

A proposta dos autores para identificar a *ratio decidendi* e os *obiter dicta* é bem interessante: eles dizem que a *ratio decidendi* é o que foi *efetivamente* decidido (*actually decided*) (Abramovicz & Stearns, 2005, p. 1068). Segundo esta concepção, qualificam-se como *holding* todas as conclusões a que a corte chegou, mesmo quando os caminhos realmente usados para que a decisão tenha sido tomada não abranjam todas elas, mas apenas algumas delas. Portanto, o problema das justificações alternativas seriam, segundo este critério, *ratio* e não *dicta*.

Comenta-se na doutrina:

Quando uma questão é efetivamente decidida de acordo com um certo “caminho”, que tenha sido o escolhido, a possibilidade de haver caminhos alternativos não compromete o *status* dessas questões que foram decididas através daquele caminho. Diferentemente do que acontece com a abordagem ‘reconciliatória’, a nossa definição considera como *holdings* conclusões a que o tribunal chega, mesmo que o tribunal tenha resolvido o caso, levando em conta uma série mais reduzida de caminhos ou tenha escolhido um fundamento mais restrito. Assim, possíveis justificações alternativas ou justificações alternativas e a sua amplitude relativa não são um critério para se classificarem questões como *dicta* (p. 1068)³⁵.

Acrescentam, ainda, os mesmos autores que: realmente decidido, não significa «expressamente declarado». A exigência de que a questão tenha sido «realmente decidida» é mais ampla, pois inclui *holdings* implícitos, que o tribunal nunca formulou expressamente. Eles mesmo reconhecem que: «uma *rule* que tenha sido realmente declarada, pode se revelar superinclusiva – e talvez

34 No original: «requiring greater latitude than other courts in determining the scope of its holdings».

35 No original: «When an issue is actually decided along a chosen decisional path, possibility of an alternative path does not undermine the status of these issues actually decided along that chosen path. Unlike the reconciliation approach, our definition credits as holdings conclusions that a court does in fact reach, even if the court have resolved a case by taking fewer paths or by choosing a narrower ground. Thus, alternative possible justifications, alternative justifications, and relative breadth do not provide basis for classifying actually decided issues as dicta». Reconciliation = facts-plus-outcome.

desestabilizante – se construída de modo a incluir raciocínios excessivamente abstratos em *holdings*» (p. 1068).³⁶

A *proposition of law*, ainda segundo Michael e Maxwell, que se extrai dos fatos – tudo o que tenha sido efetivamente decidido – há de ser baseada nos fatos do caso. Não fatos hipotéticos. Ou seja, conjecturas a respeito de como a decisão seria, se os fatos tivessem sido outros.

Esta *proposition of law* deve ser, como regra, conducente ao julgamento, à decisão (*leading to the judgment*). Com isso, afirmam os autores que às vezes, excepcionalmente, *non-supportive propositions* (proposições que não apoiam a decisão) devem ser compreendidas como integrando a *ratio*. E fazem uma analogia com um viajante que precise ir para o sul mas, em algum momento, teve que pegar uma estrada para o norte.

Embora este exemplo se encontre no campo penal, é interessante trazer-se aqui um caso da jurisprudência americana: *Roe v. Wade* (1973). Em *Roe*, uma mulher (Jane Roe, um pseudônimo) moveu uma *class action*, tendo-lhe sido reconhecida legitimidade, atacando uma lei do Texas que criminalizava a tentativa de aborto, salvo no caso de se ter de salvar a vida da mãe. O que se levou em conta foi o voto do juiz Blackmun, em que este não só declarou ser a lei inconstitucional, mas, à luz deste caso, começou a avaliar outras leis estaduais sobre este tema. Em seu voto, entendeu que a lei não se harmonizava com o direito à *privacy* (14^a Amendment) e fixou uma série de regras, cujo objetivo era o de equilibrar o direito da mãe (de abortar) e o do feto (de viver). Este primeiro direito, a mãe o teria, se o aborto não lhe ameaçasse a vida, portanto, no primeiro trimestre, sendo um direito absoluto. No último trimestre, o Estado pode regular e até proibir o aborto, salvo quando necessário para preservar a saúde ou a vida da mãe. Nesta fase, preserva-se o direito do feto, que já pode viver fora do útero da mãe. No segundo trimestre, o que deve prevalecer, na disciplina que o Estado dá ao tema, é o cuidado com a saúde da mãe.

Isto foi decidido e foi apontado expressamente na decisão como sendo a *holding*.

Mas, de fato, as decisões tomadas nada tinham a ver com os fatos da causa... As *law propositions* não eram *based on the facts of the case* (= baseadas no fatos da causa). A situação é complexa, pois *Roe* moveu a ação num trimestre específico

36 No original: «actually decided does not mean ‘expressly stated’. The ‘actually decided’ requirement is broader in the sense that it includes implicit holdings that a court never explicitly announces. (...) an actually stated rule might prove overinclusive – and perhaps destabilizing – if construed to turn even high – level abstract reasoning into holdings».

de sua gestação. Mas, por outro lado, fato é que o caso foi decidido depois do fim da gravidez.

Resolvi citar este caso só para demonstrar, de modo inequívoco, que a interpretação de um precedente, para que dele se extraia a *holding* ou a *ratio decidendi*, é uma tarefa tão (ou mais!) complexa do que a de interpretar a lei. Para evidenciar que é comum também em países do *commom law*, ir além do caso concreto julgado. E que é possível, sim, extrair a essência de um *hard case*, para, com isso, promoverem-se formas de harmonização do sistema, por meio da uniformização.

Para terminar este item, alistamos abaixo algumas considerações da doutrina brasileira a respeito do que seja a *ratio decidendi*.

A nosso ver, a *ratio decidendi* constitui a essência da estrutura jurídica do pensamento utilizada para apoiar as conclusões da decisão, ou a decisão propriamente dita. Trata-se, em nosso sentir, do cerne da decisão, do seu coração, ou do «core» da decisão, como dizem os ingleses para significar que é a parte da decisão que lhe dá vida.

Não há unanimidade na doutrina brasileira quanto a qual seria o processo por meio do qual se encontra a *ratio* de uma decisão. No movimento de se encontrar a razão determinante de uma decisão há, inevitavelmente, um «*quid*» de construção desta mesma *ratio*. Com isso queremos dizer que não há necessariamente equivalência absoluta da real *ratio* da decisão com aquela que foi usada na decisão, já que, como dissemos antes, o juiz quando decide não deixa claro qual teria sido a *ratio*. Cumpre ao segundo juiz encontrá-la, o que às vezes envolve certa dose de interpretação. Afinal, interpretar uma decisão judicial não é diferente de interpretar um texto de lei. Quando interpretamos um texto de lei, como dissemos antes, não descobrimos apenas o seu sentido, mas, também, pelo menos em parte, nós o construímos.

É nesse sentido também que se manifesta Ronaldo Cramer (2016):

Costuma-se definir *ratio decidendi* como as razões que determinam o resultado do julgamento. No entanto, *ratio decidendi* é mais do que isso.

No *Common Law*, são conhecidas as definições de Rupert Cross e Neil MacCormick para *ratio decidendi*. O primeiro sustenta que *ratio decidendi* são as razões *necessárias* para a solução do caso, enquanto que o segundo afirma que são as razões *suficientes*, sustentando que a palavra ‘necessária’ conferiria uma abrangência maior ao significado de *ratio*.

Para demonstrar a crítica de MacCormick, imagine-se o seguinte caso. Um tribunal julgou duas questões para dar provimento ao recurso: uma referente à prescrição e outra relativa à responsabilidade do réu. Na primeira, o

tribunal refutou o argumento da prescrição, e, na segunda, decidiu que o réu é responsável. Pela ideia de necessidade, o afastamento da prescrição seria uma etapa necessária para se chegar à conclusão do caso e, por conseguinte, integraria a *ratio decidendi*. Porém, pela perspectiva da suficiência, a rejeição da prescrição não seria bastante para definir a responsabilidade do réu e, por isso, não comporia a *ratio*.

Conforme explanado, a crítica de McCormick faz sentido, a ideia de necessidade gera uma compreensão de *ratio decidendi* que, a depender do caso concreto, pode ser muito ampla, gerando, sobretudo, transtornos na sua identificação.

A partir da referida crítica, entendo *ratio decidendi* como as razões *necessárias e suficientes* para determinar o resultado do julgamento (p. 105).³⁷

Depois de comentar a insuficiência e falibilidade de todos os modelos, propostos pela doutrina, que seriam métodos para encontrar a *ratio*, Ravi Peixoto (2018) observa:

O fato é que nenhum dos modelos propostos é infalível – na verdade, nenhum o será. Cada um deles apresenta problemas, mas, ao mesmo tempo, cada um deles acrescenta mais um elemento na busca da determinação da *ratio decidendi*. Caberá ao intérprete buscar, mediante análise apurada do precedente, os fatos, a fundamentação e a conclusão do magistrado para encontrar a *ratio decidendi* aplicável. Uma definição que pode ser apresentada é que ela(s) será(ão) o resultado da interpretação da(s) solução(es) adotada(s) pelas decisões de casos análogos anteriores como um passo suficiente para alcançar a sua conclusão para o ponto ou questão em análise. Em outras palavras, a *ratio decidendi* será a norma jurídica extraída dos precedentes (textos) (p. 188).³⁸

Arrisca um conceito, Fábio Monnerat (2022),³⁹ em obra ainda não publicada:

Na verdade, a *ratio decidendi* deve ser compreendida como um pronunciamento do juiz sobre o direito, na linha defendida por Teresa Arruda Alvim, o que leva à necessidade de se compreendê-la à luz dos fatos relevantes, razões jurídicas invocadas no precedente e resultado do julgamento.

³⁷ Grifos no original.

³⁸ Grifos no original.

³⁹ Grifos no original.

Em essência, pensamos que a *ratio decidendi* são as razões jurídicas usadas na decisão como motivo para assim se decidir, considerando o caso apreciado e, sobretudo, os fatos tidos pelo órgão julgador como determinantes para a tomada de decisão.

Estas ‘razões jurídicas’ mencionadas no conceito acima podem tomar forma de: i) princípio jurídico concretizado pelo tribunal à luz do caso concreto; ii) regra formulada pelo órgão julgador; iii) conclusão acerca do sentido e do alcance de uma norma jurídica à luz dos fatos apreciados, e; iv) qualquer outra afirmação sobre o direito, considerada pelo órgão julgador no julgamento do caso concreto (p. 33).

Taís Schilling Ferraz (2017a),⁴⁰ por seu turno, ensina que:

A ratio decidendi de uma decisão é o princípio (rulling on a point of law) que, com as características de abstração e generalidade, se extrai especialmente (mas não exclusivamente) da fundamentação de um julgado. São os motivos determinantes da decisão, passos necessários para que o julgador chegue a um determinado resultado (p. 255).

Com precisão, observa Daniel Mitidiero (2018):⁴¹

Em outras palavras: decisão e precedente estão em níveis discursivos diferentes. *O precedente é um discurso elaborado a partir do discurso da decisão.*

Ser fiel ao precedente significa respeitar as *razões necessárias e suficientes* empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de determinada *questão* de um caso. Significa, portanto, respeito à *ratio decidendi*, isto é, às *razões necessárias e suficientes* constante da *justificação judicial* ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso. Tendo como *matéria-prima a decisão*, o precedente trabalha essencialmente sobre *fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado* e que determinaram a prolação da decisão da *maneira* como foi prolatada. Nessa perspectiva, operam inevitavelmente dentro da *moldura dos casos* dos quais decorrem, sendo por essa razão necessariamente contextuais (p. 92).

⁴⁰ Grifos no original.

⁴¹ Grifos no original.

Enfim, a doutrina brasileira também se vem dedicando, nos últimos tempos, como se vê dos exemplos dados, intensamente, à elaboração de um conceito satisfatório de *ratio decidendi*.

4.2. As teses

Os tribunais brasileiros, como mencionamos antes, têm tido a tendência de elaborar teses, em diversas circunstâncias, mas principalmente quando a decisão proferida por eles tem força obrigatória para os demais tribunais, o que significa, indiretamente, que tem força obrigatória para toda a sociedade. Isso acontece nas decisões de controle de constitucionalidade e também nas hipóteses em que os tribunais proferem decisões que se consubstanciam em precedentes vinculantes.

Normalmente essas teses são *enunciados normativos muito simples*, que consistem na descrição sumária do caso concreto e da solução que lhe foi dada pelo tribunal, como se se tratasse realmente de um enunciado normativo.

Uma parte considerável da doutrina sustenta que o que vincula quando o precedente é cunhado com o objetivo de resolver casos específicos de litigância de massa, não é a *ratio*, mas a tese.

Como é sabido e como já observado acima, a construção do direito com base nas decisões dos Tribunais, é fenômeno típico do *common law*. Entretanto, precedentes vêm tornando-se paulatinamente relevantes também em países de *civil law*.

Todavia, é tão interessante quanto imprescindível se observar que a *forma mentis* de um *civil lawyer* é fundamentalmente diferente da de um *common lawyer*.

Com isso, pretende-se sublinhar haver uma diferença substancial entre o «modo de raciocinar» de um jurista (no sentido lato) de um país de *common law* e de outro, de um país de *civil law*.

No *common law*, o precedente tem uma dimensão «factual» muito mais relevante do que a que têm os precedentes nas jurisdições de *civil law*. Nos países de *civil law*, considera-se central no precedente o aspecto teórico, jurídico, no sentido estrito. Evidentemente, ambas as dimensões não podem ser dissociadas, mas estas aparecem, em ambos os sistemas, com graus e relevância diferentes.

A cultura que gira em torno dos precedentes nos países de *common law* nada tem de «mecanicista». O caso concreto está no centro do precedente, que leva à criação da *rule*, que dos fatos decorrem.

No entanto, nos países de *civil law*, é interessante observar que isso não acontece unicamente no Brasil, *existe uma tendência marcante a se identificar o precedente com um enunciado normativo*, de caráter geral e abstrato, excessivamente

desligado dos fatos que lhe deram origem (Marinelli, 2020, pp. 317-336). Às vezes, fatos são referidos, mas sempre (ou quase sempre) já sob forma de fato típico, qualificado juridicamente.⁴²

Há interessantes exemplos de fenômenos jurídicos que representam esta tendência. Na Itália, as *massime*. Na França, há os *sommaires* dos acórdãos publicados da Corte de Cassação francesa; na Espanha os *resúmenes* das sentenças de Tribunal Supremo.

No Brasil, vêm-se tornando cada vez mais frequentes as tais *teses jurídicas*, que devem conter o que de essencial há no precedente. Antes, já existiam as súmulas vinculantes.

Os mesmos problemas que existem no que diz respeito à forma de se redigir uma súmula vinculante, existem no que tange à maneira como as teses são concebidas.

Duas observações, a esta altura, devem ser feitas: (i) as teses nem sempre são redigidas do mesmo modo. Como veremos em seguida, muitas pretendem abranger a própria *ratio*; outras, propositadamente, as excluem. (ii) a consciência dessas dificuldades já havia com relação às súmulas – bem antes de ser encampada pelo nosso sistema a súmula vinculante: era comum na doutrina a recomendação

42 «No sistema de precedentes, a súmula não deve ser aplicada de forma autônoma em relação ao precedente originário, como se ela mesma fosse o precedente ou, ainda, um texto normativo. É isso o que se tem feito até hoje, seja na teoria, seja na prática. Pega-se o texto da Súmula e se faz a sua interpretação e aplicação de forma indiferente ao precedente originário. Esse uso incorreto da súmula decorre do nosso costume, próprio da tradição do Civil Law, de fazer a subsunção entre a norma do dispositivo legal e o fato gerador. Crê-se que a tese jurídica está retratada no texto da súmula e, por isso, se promove apenas a sua interpretação e aplicação ao caso concreto. Não se tem o hábito de ir ao precedente, para identificar a tese jurídica e aplicá-la ao caso concreto.

Esse hábito tem que mudar. Como constitui mera síntese da tese jurídica do precedente originário, a súmula deve ser empregada nos termos de seu precedente, que constitui, obviamente, a primeira edição da cadeia de julgados que ensejaram o enunciado.

O texto da súmula não é adequado para compreender a tese jurídica do precedente originário, porque constitui sua mera síntese e, como toda síntese, não reúne todos os elementos necessários para o entendimento do objeto sintetizado. Deve apenas servir como indicativo da existência do precedente originário, a fim de se buscar nele a aplicação da tese jurídica criada» (Cramer, 2016, p. 81).

para que súmulas fossem *interpretadas* à luz do acórdão que lhes tinham dado origem – de que, é claro, constavam *atos específicos*.⁴³

A *praticidade* que estas teses representam vem criando dificuldades para que se veja quando estas não seriam adequadas.

Entretanto, percebe-se que esta consciência, no sentido de que os precedentes não podem ser «artificialmente» reduzidos a um enunciado normativo abstrato vem sendo «anestesiada», por assim dizer. As teses devem ser «rentes» ao caso concreto julgado, não podendo conter regras relativas a casos outros que não foram decididos. Elas têm seu valor de *facilitador para a operativização* do sistema de precedentes. Não devem, a meu ver, ser supervalorizadas.

Não há uniformidade absoluta no que diz respeito ao conteúdo que estas teses abrangem.

Exemplo de tese de que não consta a *ratio* é a resultante do RE 795.467, julgado em 2014, cujo relator foi o Min. Teori Zavascki: é incompatível com a Constituição a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como o pagamento de anuidade para o exercício da profissão.⁴⁴

43 O que o Cassio Scarpinella Bueno (2022) diz em relação às súmulas se aplica perfeitamente às teses: «Do modo como elas são apresentadas – e isto desde sua concepção original, que remonta à iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal do Supremo Tribunal Federal no início da década de 1960 –, é comuníssimo que seu aplicador faça uso delas interpretando seu *enunciado*, tal qual faria se se estivesse diante de uma norma legislativa.

Contudo, é também clássica a preocupação da doutrina que se formou – e de modo muito mais intenso a partir da promulgação do CPC de 2015 – no sentido de que a *interpretação do enunciado da Súmula é insuficiente para sua devida compreensão e aplicação. Isto porque, em rigor – e, até mesmo, sendo fiel à concepção original do instituto –, o enunciado deve desempenhar o papel de tão só um verdadeiro índice de soluções uniformes no âmbito da jurisprudência. As condições efetivas de seu uso e aplicações são invariavelmente dependentes da verificação do julgamento dos casos concretos a partir dos quais os enunciados foram editados. (...)*

Com tal constatação é certo compreender que a invocação da Súmula não pode se dar a partir de seu próprio enunciado, mas, diferentemente, a partir dos casos concretos julgados por ela representados. Há necessidade, assim, de partir da Súmula em direção aos seus casos concretos, em prol da verificação de seu alcance, em termos fáticos e jurídicos. Feito isso, passa-se ao caso em exame para verificar se e de que modo se fazem presentes as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas que autorizam idêntica solução a ser alcançada pela Súmula. Embora o manejo das súmulas – por força da prática, dos usos e costumes – dê a impressão de que o emprego da Súmula é feito diretamente sobre o caso novo, o correto é levar em consideração primeiro o caso originário da Súmula porque é ele (e não o novo) que fornecerá as condições fáticas e jurídicas ótimas para a aplicação» (grifos nossos) (pp. 365-401).

44 Este exemplo é lembrado por Ferraz (2017, nota de rodapé 1).

Esta tese equivale a um *enunciado normativo*, a um dispositivo de lei. Não contém, como se percebe com facilidade, a *ratio decidendi*. Muito menos, qualquer *obiter dictum*. A tese afasta a obrigatoriedade da inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como, é evidente, do pagamento de anuidade, para que alguém possa ser músico, exercer a profissão.

Trabalha-se com esta tese como se ela fosse um texto de lei, ou seja, a «premissa» maior do silogismo dedutivo que leva à solução de *casos idênticos*, já que se trata de precedente vinculante (à luz do CPC brasileiro de 2015). Trata-se, como vimos, de uma espécie de *vício de raciocínio* do jurista de *civil law*. Nós preferimos começar o nosso raciocínio no que chamamos de *premissa maior*, e que consiste em um texto normativo. Diferentemente do que ocorre no *common law*: lá o raciocínio começa no exame do caso.

A *ratio* do acórdão é a de que a atividade do músico é manifestação artística protegida pela garantia constitucional da liberdade de expressão. A identificação da *ratio* leva a que se entenda a vinculatividade do precedente a casos não *idênticos*, mas *análogos*.⁴⁵

A mesma *ratio decidendi* pode estar presente em casos não idênticos e, como veremos em outro item adiante, o espectro de vinculação de um Recurso Extraordinário deve abrangê-los também.

Entretanto, a nosso ver, não parece recomendável que o próprio Tribunal de que emana o precedente tente «resumir» a *ratio*, inserindo-a na tese porque (a) nem sempre estas razões determinantes são passíveis de serem sintetizadas em fórmulas simples (Ferraz, 2017b, pp. 419-441); (b) sob pena de realmente se entender estariam os Tribunais legislando, deve-se resguardar ao órgão jurisdicional que julgará um caso posterior a liberdade para analisar o acórdão que gerou o precedente e «descobrir – construir» a sua *ratio*.

⁴⁵ Já trabalhamos com estes conceitos em Arruda Alvim Wambier (2012): «Há técnicas de uniformização decisória que têm como pressuposto a *identidade integral* das situações: os fatos e a questão jurídica, *stricto sensu*, são absolutamente iguais. Não necessariamente o quadro fático subjacente integralmente considerado: mas, dentre os fatos, aqueles tidos como relevantes pelo direito para a incidência (ou não) da consequência sobre a qual se discute. Seriam, então, idênticos, os traços eleitos pelo legislador como essenciais à hipótese de incidência da consequência.

Entretanto, há maneiras de uniformizar o entendimento dos Tribunais muito mais sutis, em que o que há de comum nos casos nada mais é do que um núcleo pequeno, mas *fortemente significativo*, em torno dos quais podem estar *fatos completamente diferentes*. Dando um exemplo extremo, poderíamos considerar contraditórias decisões em que se tivesse concedido indenização de dez mil reais pela perda de uma perna e de cinquenta mil reais por um dedo decepado» (pp. 11-95). Especialmente verifique as páginas 57-58.

Assim, se é verdade, também no direito brasileiro, que precedentes vinculam pela *ratio*, também é verdade, como dissemos, que, quando a técnica de vinculação tem em vista o *gerenciamento de casos de massa*, o *elemento vinculativo* a casos idênticos é a *tese*.

Portanto, não nos parecem criticáveis os exemplos citados pela doutrina⁴⁶ de teses de que *não* constam razões determinantes. Taís Schilling Ferraz lembra ótimos exemplos:

- a. «É inconstitucional o art. 13 da Lei 8.620/1993, na parte em que estabelece que os sócios de empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, por débitos junto à Seguridade Social» (RE 562.276).
- b. «Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial» (RE 570.177).
- c. «É constitucional a fixação de alíquota progressiva para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCD» (RE 562.045).
- d. «É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil» (RE 669.069).
- e. «É obrigatória a observância pelos Estados e Municípios dos critérios previstos na Lei Federal nº 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e dos proventos de seus servidores» (REsp 1.101.726).
- f. «A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas» (REsp 1.101.727).
- g. «A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor» (REsp 1.061.530).
- h. «Em exceção à regra geral (...), a extensão de prova material em nome de um integrante do núcleo familiar a outro não é possível quando aquele passa a exercer trabalho incompatível com o labor rurícola, como o de natureza urbana» (REsp 1.304.479).

As dificuldades no que diz respeito à identificação da *ratio*, no sistema brasileiro, decorrem, também, do fato de que, normalmente, o relator faz constar de

46 Merece leitura excelente artigo de Taís Schilling Ferraz (2017b), em que esta autora propõe, com argumentos de peso, que se inclua a *ratio* nas teses (pp. 419-441).

seu voto a conclusão e não traz para a redação qual os fundamentos diferentes daqueles outros julgadores que estão de acordo apenas com a conclusão.⁴⁷

Como dissemos, a *ratio* nem sempre é formulada expressamente na decisão. Mas ela deve ser extraída do caso anterior pelo juízo que vai decidir o caso posterior, e respeitada. Se não se respeita a *ratio*, não se consegue manter a coesão, a harmonia e a coerência do direito.

Vinculam pela *ratio* recursos extraordinários avulsos (recurso extraordinário no direito brasileiro é aquele interposto perante o Supremo Tribunal Federal em que se discute se a decisão de que se recorreu ofende ou não à Constituição, em casos em que o mérito apresenta uma relevância que vai muito além do caso concreto) em regime de repercussão geral. De fato, o Recurso Extraordinário não é instituto concebido com o objetivo de resolver o delicado problema brasileiro consistente na litigância de massa.

Mas também há vinculação pela tese, e esta é «mais óbvia» porque, via de regra, dela consta apenas o enunciado usado para resolver o caso e se aplica apenas a casos idênticos.

Isto não significa, todavia que, posteriormente ao exaurimento do julgamento dos recursos no regime dos repetitivos, não deva haver vinculação daquele precedente a casos análogos, ou seja, casos que devem ser decididos à luz da mesma *ratio*, cujos fatos não são exatamente os mesmos.

Mas isso se dará já fora do procedimento dos repetitivos, devendo ficar, a nosso ver, expressiva margem de liberdade ao juiz do segundo caso para descobrir/construir a *ratio* e verificar se esta se aplica ao caso que deve julgar.

47 Segundo Marcelo Mazzola e Luís Manoel Borges do Vale (2021), «são corriqueiras as situações em que os votos são concorrentes (uníssonos na conclusão), mas colidentes nos fundamentos adotados, ensejando as chamadas decisões plurais (unidade conclusiva x disparidade de fundamentos). Essa dinâmica dificulta a extração da *ratio decidendi* (ou *holding*) de eventual precedente de observância obrigatória (...) a existência de diversos fundamentos para embasar o mesmo resultado dificulta a identificação da *ratio decidendi*, pois não se sabe qual deles foi preponderante para o resultado». E, exemplifica: «em muitos casos há maioria (ou mesmo unanimidade) quanto à conclusão, mas os fundamentos apresentados seguem as mais diversas linhas argumentativas (a exemplo do que ocorreu no julgamento do Recurso Especial 422.778-SP, quando estava em jogo a discussão sobre a inversão do ônus da prova, no âmbito do direito do consumidor)» (pp. 199-224).

5. Conclusão

Demos um passeio pelo pensamento do genial Sérgio Chiarloni, principalmente as ideias que constam do artigo com o qual dialogamos, que dizem respeito às funções das Cortes Superiores.

Quando se admite, como faz o professor, que a palavra do Judiciário, principalmente quando constante das decisões das Cortes Superiores, tem força normativa, é que se percebe a relevância das funções que estas cortes exercem, como a função nomofilática, a uniformizadora e a paradigmática.

Uma série de razões de ordem sociológica e jurídica levaram a inexorabilidade de que se viesse a reconhecer que a própria interpretação tem um «*quid*» de criatividade, o que leva à necessidade de uniformização, em função do papel natural que desempenham as cortes de topo, que é o de orientar as decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário e a conduta dos indivíduos na própria sociedade.

Nesse contexto, tratamos da relevância que dá o novo Código de Processo Civil brasileiro à jurisprudência e aos precedentes. Mencionamos o fato de o Código ter até mesmo criado precedentes que são *vinculantes* no sentido forte da expressão.

Um dos pontos relevantes desse artigo, foi a nossa tentativa de distinguir entre diferentes *formas de vinculação que existem no Brasil*: há precedentes que vinculam pela *ratio*, e outros que vinculam pela tese.

A vinculação que se dá pela tese está em absoluta conformidade e harmonia com a «*forma mentis*» dos advogados de jurisdições de *civil law*, diferentemente do que acontece com os casos em que a vinculação se dá pela *ratio*, muito mais amoldados à forma de pensar dos operadores do direito de países de língua inglesa, i. e., do *common law*.

Bibliografia

Abramovicz, M., & Stearns, M. (2005).

Defining Dicta. *Stanford Law Review*, (57), 953-1094.

Alexy, R. (2001).

Teoria da argumentação jurídica (Z. Hutchinson Schild Silva, trad.). São Paulo: Landy.

Andrews, N. (2011a).

Influência europeia sobre o processo civil inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha. *Revista de Processo*, (195), 161-181.

Andrews, N. (2011b).

Decisões judiciais e o dever de fundamentação: a experiência inglesa. *Revista de Processo*, (192), 99-128.

Arruda Alvim, T., & Dantas, B. (2019).

Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores (6.^a ed.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

Arruda Alvim Wambier, T. (2012).

Precedentes e evolução do direito. En Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Direito Jurisprudencial* (pp. 11-95). São Paulo: RT.

Bankowski, Z., Maccormick, N., & Marshall, G. (1997).

Precedent in the United Kingdom. En Zenon Bankowski y Neil Maccormick (eds.), *Interpreting Precedents* (pp. 315-353). England: Dartmouth Publishing Company Limited.

Barroso, L. R., & Mello, P. P. C. (2019).

O papel criativo dos Tribunais. En Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Dalla Bernandina de Pinho y Luiz Fux (coords.), *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cêzar Pinheiro Carneiro* (pp. 701-730). Rio de Janeiro: GZ Editora.

Bueno, C. S. (2022).

Dinâmica do direito jurisprudencial no âmbito do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais): interpretação e distinção a partir de sua Súmula 11. *Revista de Processo*, (323), 365-401.

Cabral, A. do P. (2019).

Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudanças e transições de posições processuais estáveis (3.^a ed.). Salvador: JusPodivm.

Camargo, J. R. (2017).

O novo desenho estrutural dos Embargos de Divergência no STJ traçado pelo CPC/15. *Revista de Processo*, (272), 271-296.

Canaris, C.-W. (1971).

Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. Munich: C. H. Beck Verlagsbuchhandlung.

Chiarlioni, S. (2012).

Funzione nomofilatica e valore del precedente. En Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Direito Jurisprudencial* (pp. 225-243). São Paulo: RT.

Cramer, R. (2016).

Precedentes vinculantes: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: GEN, Forense.

Cross, R., & Harris, J. W. (1991).

Precedent in English law (4.^a ed.). Oxford: Clarendon Press.

De Ataíde Jr., J. R. (2012).

Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. En Antônio Adonias y Fredie Didier Jr. (orgs.), *Projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos* (2.^a série, pp. 363-410). Salvador: JusPodivm.

De Mello, C. A. B. (2009).

Curso de direito administrativo (26.^a ed.). São Paulo: Malheiros.

Duxbury, N. (2008).

The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press.

Dworkin, R. (1978).

Taking rights seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Ferraz, T. S. (2017a).

O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva.

Ferraz, T. S. (2017b).

Ratio decidendi x tese jurídica: a busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista de Processo*, 42(265), 419-441.

Freire, A. (2017).

Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. En Dierle Nunes, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes y Fernando Gonzaga Jayme (coords.), *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015* (pp. 51-82). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Goodhart, A. L. (1934).

Precedent in English and Continental Law. *The Law Quarterly Review*, (50), 40-65.

Grunsky, W. (1970).

Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung (Vortrag). Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 94. Karlsruhe: C. F. Müller.

Klappstein, V. (2008).

Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 243). Berlin: Duncker & Humblot.

Knittel, W. (1965).

Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung. Bielefeld: Ernst und Werner Giesecking.

Landes, W. M., & Posner, R. A. (1976).

Legal precedent: A theoretical and empirical analysis. *The Journal of Law and Economics*, (19), 249-307.

Marinelli, M. (2020).

I precedenti giudiziari tra “obbligatorietà” e “persuasività”: note comparatistiche e riflessioni sparse a margine del nuovo c.p.c. brasiliano e della sua “súmula vinculante”. *Revista de Processo*, 45(304), 317-336.

Marinoni, L. G. (2010).

Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Marshall, G. (1997).

What is binding in a precedent. En Zenon Bankowski y Neil MacCormick (eds.), *Interpreting precedents* (pp. 503-518). Inglaterra: Dartmouth Publishing Company Limited.

Martins, I. G. da S., & Rodrigues, M. T. M. (2007).

Efeitos das decisões do STF, em matéria tributária, em situações de mudança de jurisprudência (créditos de IPI, nas hipóteses de alíquota zero). En Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Grandes questões atuais do direito tributário* (pp. 184-217). São Paulo: Dialética.

Mazzola, M., & Do Vale, L. M. B. (2021).

Contagem de votos: divergências quantitativa/qualitativa e a esquizofrenia no âmbito dos tribunais. *Revista de Processo*, 46(317), 199-224.

Mello, P. P. C., & Barroso, L. R. (2016).

Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, 15(3), 9-52.

Mitidiero, D. (2018).

Precedentes: da persuasão à vinculação (3.^a ed.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

Monnerat, F. V. da F. (2022).

Aperfeiçoamento, redimensionamento, distinção e superação dos precedentes qualificados [tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo].

Montrose, J. L. (1957).

The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, (20), 587-595.

Nery Jr., N. (2009).

Boa-fé e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. En Tercio Ferraz Jr., Roque Carrazza y Nelson Nery Jr. (coords.), *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ* (2.^a ed.). Barueri: Manole.

Peixoto, R. (2018).

Superação do precedente e segurança jurídica (3.^a ed.). Salvador: Juspodivm.

Santos, E. A. (2012).

Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. En Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Direito jurisprudencial* (pp. 133-201). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Santos, E. A. (2014).

Por que os juízes (no common law!) se sentem obrigados a seguir precedentes? En Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni & Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Direito jurisprudencial* (vol. 2, pp. 497-508). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Stone, J. (1986).

The ratio of the ratio decidendi. *The Modern Law Review*, 22(6), 598-620.

Talamini, E. (2008).

Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação de efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto (tese de livre-docência não publicada, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). Brasil.

Jurisprudência, normas e outros documentos legais

Barwick v. The English Joint Stock Bank, LR 2 Ex. 259 (Court of Exchequer [Reino Unido], 1867).

Costituzione della Repubblica Italiana (Assemblea Costituente [Italia], 27 de dezembro de 1947). *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, (298), 1948.

Lei N.º 13.105, Código de Processo Civil (Congresso Nacional [Brasil], 17 de março de 2015). *Diário Oficial da União*, 2015.

Lloyd v. Grace, Smith & Co., AC 716 (House of Lords [Reino Unido], 1912).

Regio Decreto N.º 12, Ordinamento giudiziario (Reino de Italia, 30 de janeiro de 1941). *Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, 21 de abril 1942.

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (Supreme Court [United States], 22 de janeiro de 1973).

Súmula 456 do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 1964).