

## A CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE NO DIREITO BRASILEIRO

**JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS**

Mestre em Direito Civil pela Universidade Gama Filho  
Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Ipatinga (FADIPA)  
Magistrado.

**SUMAIA TAVARES DE ALVARENGA MATOS**

Mestranda em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC)  
Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia  
Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

### RESUMO

O presente artigo aborda a transformação pela qual passa o sistema jurídico brasileiro, por meio da nova sistemática trazida pelo atual Código de Processo Civil, que ao elevar a jurisprudência à fonte primária do direito, colocando-a ao lado da lei, produziu impactos positivos para a resolução das demandas judiciais, quando incentivou o acolhimento de um sistema jurídico baseado em precedentes. Examina também a produção das teses jurídicas pelos tribunais superiores e a pouca importância conferida ao elemento primordial do precedente: *a ratio decidendi*.

**Palavras-chave:** Precedente; *Ratio Decidendi*; *Obiter Dictum*; Tese jurídica; Tribunais Superiores.

### 1 INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro vivencia o aumento exacerbado das demandas judiciais, em virtude da contemporânea sociedade de massas em que ele está inserido.

Por óbvio, a efetividade processual sofreu os impactos do desenvolvimento da sociedade como é vista hodiernamente. Em virtude disso, a forma pela qual os juízes e tribunais têm se debruçado sobre os processos judiciais também se modificou.

É de conhecimento geral que no Brasil sempre existiu a “cultura da demanda”, situação na qual qualquer questionamento advindo das relações jurídicas firmadas entre as

partes, para ser solucionado, somente teria desfecho satisfatório se fosse engendrado na presença do juiz.

Em razão disso, mas também por causa da massificação do acesso à justiça, fortemente incrementado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, é que a atuação do Poder Judiciário precisou modificar-se porquanto o volume processual tornou inverossímil a atuação judicial no modo e tempo adequados. (MELLO; BARROSO, 2016, p.11).

A entrada em vigor do novo Código de Processo Civil colaborou expressivamente para arrefecer os problemas advindos da resposta tardia e, muitas vezes, divergente para casos iguais, por parte do Poder Judiciário. De fato, esse arrefecimento potencializou-se quando o novo diploma processual elevou os precedentes judiciais à fonte primária do direito, colocando-os ao lado da lei.

É claro que a jurisprudência vem desempenhando um importante papel na concretização de uma prestação jurisdicional que homenageie os princípios da duração razoável do processo e segurança jurídica, o que colabora para o trabalho mais célere dos juízes, bem como concede ao cidadão/jurisdicionado um conhecimento prévio de situações semelhantes à sua. Tal circunstância é evidenciada com os julgamentos de repercussão geral e de recursos repetitivos e a construção das teses jurídicas.

Apesar disso, tratar de aplicação de precedentes judiciais é uma conjuntura diferente. Não é o uso de jurisprudência como reforço argumentativo. É o uso de decisões judiciais anteriores - *leading case* - para solucionar casos subsequentes onde forem encontrados fatos análogos e questões jurídicas semelhantes. Esse será o tema desenvolvido no artigo.

O trabalho apresentará a temática da seguinte forma: esse tópico trata da introdução; o segundo tópico abordará o sistema romano-germânico, cuja fonte principal do direito é a lei, e o sistema anglo-saxão, cuja fonte principal do direito é a decisão judicial, para destacar os pontos que os aproximam.

O terceiro tópico demonstrará a importância da fundamentação das decisões para a criação dos precedentes; o quarto tópico abordará os elementos que compõem o precedente; o quinto tópico demonstrará a forma pela qual o precedente brasileiro vem sendo erigido e a utilização das teses jurídicas para a sua construção.

No sexto tópico, comenta-se a respeito da utilização da *ratio decidendi* como forma de salvar a construção do precedente brasileiro; no sétimo tópico e subtópicos serão levantadas as técnicas de busca da *ratio decidendi* no direito estrangeiro e no direito brasileiro.

E, por fim, no tópico oitavo conclui-se pela necessidade de conferir-se uma nova roupagem às teses jurídicas enunciadas ao final dos julgamentos de temas de repercussão geral e recursos repetitivos, para concretizar-se um sistema de vinculação aos precedentes no direito brasileiro.

Adotou-se, no decorrer do trabalho, o método lógico-dedutivo baseado em pesquisa indireta: bibliográfica, doutrinária e documental legislativa. Utilizou-se, como marcos teóricos, a Constituição Federal de 1988; o novo Código de Processo Civil; e os estudos sobre o precedente na jurisdição constitucional, desenvolvidos por Taís Schilling Ferraz.

## 2 OS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS E SUA APROXIMAÇÃO

O direito brasileiro tem suas bases fincadas no sistema romano-germânico, que, por sua vez, tem a lei como principal fonte do direito, relegando à jurisprudência um caráter secundário na criação do direito.

Por outro lado, os países de colonização anglo-saxã adotam o sistema da *common law*, que tem como principal fonte do direito as decisões judiciais, que produzem efeitos vinculantes e gerais, tal como as leis no sistema do *civil law*.

Os autores que se debruçam sobre o tema reconhecem que não há sistemas jurídicos perfeitos ou estanques. Pelo contrário, eles se encontram em processo de aproximação.

Facchini Neto sustenta que “o estudo do direito comparado aponta para uma tendência de diminuição de diferenças entre os sistemas do *common law* e do direito romano-germânico.” (FACCHINI NETO, 2009, p.148).

O mencionado autor entende como sinais desta aproximação entre os dois grandes sistemas de direito contemporâneo, além da crescente importância da jurisdição constitucional em todos os países ocidentais, “o fato de que aumenta cada vez mais o fenômeno da legislação no âmbito dos países de *common law*, ao passo que nos países de origem romano-germânica cada vez mais a jurisprudência opera como verdadeira fonte de direito.” (FACCHINI NETO, 2009, p.148).

Para ilustrar essa situação, Patrícia Perrone e Roberto Barroso citam a Lei de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), promulgada na Inglaterra, que inovando o sistema inglês, permitiu a declaração de incompatibilidade de normas internas com os direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos. (MELLO; BARROSO, 2016, p.11-12).

Trouxeram à baila também que, por meio de uma série de reformas legislativas ocorridas entre 2014 e 2015, foi possível a aposentadoria, a suspensão e a exclusão de membros da *House of Lords*. Em outra frente, também por ação legislativa, estabeleceu-se a nomeação preferencial de sacerdotes mulheres para a posição de lordes espirituais, pelo prazo de 10 (dez) anos contados do início da vigência da norma.

Exemplificaram a situação dos Estados Unidos, onde foi editada a Lei de Proteção ao Paciente e de Tratamento a Custo Acessível, - *Patient Protection and Affordable Care Act* -, no ano de 2010, conhecida como *Obama Care*, que objetivou implementar rápidas mudanças sociais no acesso de saúde e de reduzir seus custos.

Por fim, em relação aos países de direito romano-germânico, mencionaram a tendência que hoje existe em conferir efeitos vinculantes e gerais às decisões judiciais proferidas pelas cortes constitucionais. Realmente, esse fenômeno é facilmente verificável nos efeitos vinculantes atribuídos aos julgados das cortes constitucionais da Alemanha, da Itália e da Espanha e às decisões do Supremo Tribunal Federal, no Brasil.

### **3 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA BASEADA NOS PRECEDENTES**

A motivação das decisões judiciais atua como condição de eficácia e requisito de sua validade, como já era previsto no artigo 93, inciso IX, da CF/88 (BRASIL, 1988), e está atualmente reforçado pelo art. 489, do Diploma Processual Civil em vigor (BRASIL, 2015).

Tratando das diferentes características da argumentação jurídica baseada na lei - *civil law*, onde predomina o raciocínio dedutivo, a partir das normas - e nas decisões dos tribunais - *common law*, onde predomina o raciocínio indutivo, na busca do precedente - surge uma questão que impede uma melhor aplicação do precedente no direito brasileiro, fato que não ocorre no direito inglês. Essa situação decorre da prevalência do modelo dogmático de produzir e aplicar o direito, adotado pelos juristas nacionais.

Num sistema jurídico essencialmente dogmático, como é o caso do *civil law*, que tem a lei - um comando geral e abstrato - como principal fonte do direito, o jurista comumente usará, como base para o seu argumento, o raciocínio dedutivo. Assim, “a decisão jurídica surgirá como uma construção silogística, em que a norma – geral - funciona como premissa maior, a descrição do caso, como premissa menor, e a conclusão, como o ato decisório *stricto sensu*.” (FERRAZ, 2018, p. 84).

Sob outra perspectiva, no *common law*, o jurista utiliza o pensamento indutivo para construir a sua argumentação, fundamentando-a na experiência para chegar à decisão jurídica. Em outras palavras, o ponto de partida para o jurista é o singular e concreto - uma sentença - e não o geral e abstrato - lei ou norma. (FERRAZ, 2018, p. 85)

Tecendo comentário sobre o modelo dogmático, adotado pelo direito brasileiro, Taís Shilling Ferraz adverte “que reduzir o processo decisório a uma construção silogística o empobrece e não o revela em sua maior complexidade”, fato este que não contribui para a construção de um sistema baseado em precedentes. (FERRAZ, 2018, p. 85).

Fator que colabora para a modificação do cenário acima descrito é a nova sistemática trazida pelo atual Código de Processo Civil, que eleva os precedentes dos Tribunais Superiores à condição de fonte jurídica primária do direito. Dessa forma, esta nova estrutura das fontes jurídicas primárias importará na ruptura com o mecanismo silogístico de construção do pensamento jurídico brasileiro.

A autora acima referenciada, defende que um precedente não possui caráter geral e abstrato tal como a lei. Ele é “o produto do exame de circunstâncias concretas, examinadas dentro e à luz de um contexto determinado.” Mesmo que se retire dele preceitos universalizáveis, estes “jamais poderão ser totalmente abstraídos dos elementos de fato e de direito que lhe deram fundamento.” (FERRAZ, 2018, p. 86).

Prossegue, aduzindo, outrossim, que:

[...] decidir com base em precedentes requer muito mais que a busca de normas abstratas em que, em tese, os fatos concretos possam ser subsumidos. O caminho a ser percorrido, doravante, parte de fatos em particular, exige problematização, análise comparativa, uso da analogia e construção da norma aplicável a cada nova decisão, tendo por paradigmas decisões anteriores. Tais decisões foram adotadas frente a fatos específicos, e não frente a normas em abstrato. (FERRAZ, 2018, p. 86).

Dessa forma, para o êxito de um sistema baseado em precedentes é fundamental “romper com as amarras do modelo silogístico” tradicionalmente usado em um sistema dogmático e compreender que as decisões anteriormente proferidas - *leading case* -, sobre casos semelhantes, devem ser confrontadas e esmiuçadas, levando em consideração todos os seus fatos e circunstâncias jurídicas e depois usar a *rule - ratio decidendi* - construída para a solução de um caso anterior, para a solução de casos futuros - *instant case* -, como razões de decidir e não como mero reforço argumentativo.

#### 4 O PRECEDENTE E SEUS ELEMENTOS ESTRUTURANTES

Fredie Didier Júnior ensina que precedente é “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.” (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 381).

O precedente, portanto, conforme o autor acima referenciado, é composto por dois elementos: “a) o *obiter dictum*, que versa sobre as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a *ratio decidendi*, que diz respeito à tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório.” (DIDIER JÚNIOR, 2009, p. 381).

Para a argumentação jurídica baseada em precedentes é imprescindível saber identificar a sua *ratio decidendi*. A *ratio decidendi*, também conhecida como *holding* - no direito norte-americano - ou *rule*, são as razões que levaram o julgador a seguir determinado caminho para se chegar à decisão.

Marinoni assegura que a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo das decisões judiciais e que, por isso, ela não encontra correspondência no processo civil brasileiro. Ele defende que no *common law* a *ratio* é extraída e elaborada a partir dos elementos da decisão, ou seja, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. (MARINONI, 2013, p. 220).

E assim é porque a *ratio decidendi* constitui-se na parte do precedente que transcenderá os limites da fronteira processual. Realmente, no *common law* as razões de decidir são muito importantes, uma vez que a decisão judicial, por ser um precedente, não interessa somente às partes, “mas também aos juízes, a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito, e aos jurisdicionados, que necessitam de alguma previsibilidade no desenvolvimento de suas vidas e atividades.” (FERRAZ, 2017, p. 256).

Por outro lado, há questões que não são determinantes para se chegar a uma decisão e também argumentos que, ao final, não são aprovados pela maioria da corte para fundamentar uma determinada decisão. Esses elementos não produzem efeitos vinculantes.

Constituem, porquanto, *obiter dictum*, que são as questões laterais ou pano de fundo que embasam a controvérsia judicial. Possuem força persuasiva, mas não são de observância obrigatória.

Contribuindo com essas afirmações, Patrícia Perrone assevera que *obter dictum* não vincula “porque os precedentes vinculantes são produto da *jude made law*, ou seja, do direito produzido pelos juízes no exercício da jurisdição. Se uma questão jurídica não precisa ser decidida para solucionar o caso concreto, o entendimento proferido a seu respeito não constitui prestação da tutela jurisdicional e, por consequência, não determina o julgamento de novos casos.” (MELLO, 2016, p. 278).

Para a correta identificação do conteúdo do precedente, os autores sugerem o uso da inversão do entendimento da decisão e depois disso verificar se a inversão resultou na alteração do dispositivo. Se houver alteração do dispositivo, acredita-se que a parte da decisão analisada integra a *ratio decidendi* do precedente. (MELLO, 2016, p.278).

## **5 A CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE BRASILEIRO E AS TESES JURÍDICAS**

A forma pela qual se constrói um precedente no sistema brasileiro recebe contornos muito diferentes daqueles que recebe no sistema anglo-saxão, especialmente acolhido por países como os Estados Unidos, Inglaterra, Irlanda e Canadá.

Um importante ponto de distinção entre eles está no nascedouro do precedente, pois no sistema brasileiro, ele já nasce predestinado a ser precedente.

É o caso, por exemplo, de uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre um caso previamente solucionado como representativo de determinada controvérsia constitucional, que será proferida como uma *rule e* influenciará em um sem-número de outros casos, além de ser uma decisão que se voltará essencialmente para o passado, para solucionar muitos processos que ficaram sobrestados aguardando o pronunciamento da Suprema Corte. (FERRAZ, 2017, p.282).

Isso não ocorre nos países que adotam, como seu sistema jurídico, o *common law*. Lá, a decisão judicial não nasce precedente. Uma decisão judicial só se tornará um *leading case* quando surgem novos casos que devam ser decididos, tendo como diretriz, o núcleo essencial da decisão anterior, já que possuem caráter vinculante para os demais órgãos judiciais. Os efeitos produzidos pelo precedente, portanto, são prospectivos.

Para fins de aplicação de precedentes, que tem como elemento principal a *ratio decidendi*, a aplicação das teses jurídicas, como vêm sendo enunciadas, acaba por enfraquecer o sistema de precedentes em construção no Brasil, por não considerar em sua construção os motivos determinantes pelos quais o tribunal chegou àquela decisão.

É claro que o sistema jurídico brasileiro, que até pouco tempo tinha como fonte primária do direito somente a lei, não seria completamente igual ao sistema de precedentes construído nas bases do *common law*. Essa é a razão pela qual afirma-se que o Código de Processo Civil, em vigor, cumpriu um importante papel na mudança desta sistemática, ao colocar a jurisprudência ao lado da lei, como fonte primária do direito.

Nessa linha de entendimento, é claro que não se pode entender como precedente toda decisão judicial que tenha caráter vinculante, como as súmulas e teses jurídicas.

O estudo e análise que precisam ser realizados no Brasil, para a determinação de um precedente, deve seguir a mesma vertente dos países do *common law* onde se observa uma “completa análise da matéria de fato, depois ocorre o exame das questões jurídicas, discussão do princípio jurídico aplicável, o exame de sua origem, sua evolução, as transformações que sofreu, as leis que o acolhem e sua aplicação nas cortes estaduais e federais”. (FACCHINI NETO, 2014, p. 410).

Caso contrário, estar-se-ia caminhando para uma situação que foi alertada por Taís Schilling Ferraz, relativa à limitação do potencial de construção do direito pela via dos precedentes. (FERRAZ, 2017, p. 265).

Antes da aplicação do precedente ao julgamento de um novo caso, a autora Patrícia Perrone aconselha o confronto entre ambos, com o fim de se analisar se: “(i) os fatos relevantes são idênticos; ii) se ambos colocam a mesma questão de direito e, portanto, (iii) se a razão de decidir do primeiro se presta a decidir adequadamente o segundo.” Assim, no caso de resultado positivo é que a solução do caso paradigma será aplicada ao novo processo. (MELLO, 2016, p. 271).

Destarte, a formulação das chamadas teses jurídicas ao final do julgamento de casos repetitivos e com repercussão geral, pelos tribunais superiores, tem recebido críticas, uma vez que vem limitando o potencial de construção do direito pela via dos precedentes.

As teses jurídicas, formuladas ao final do julgamento, possuem efeito vinculante, atribuído pelo legislador, por meio do Código de Processo Civil de 2015, e estão sendo utilizadas para orientar casos futuros, a respeito do mesmo tema. As teses são, portanto, o que convencionou-se chamar de precedente no direito brasileiro.

Assim, passou-se a conferir um caráter geral e abstrato - similar a uma norma - a toda tese proferida por esses tribunais, em sede de julgamento com repercussão geral ou demandas repetitivas.

Neste sentido, defende-se que: “a tese, extrato da decisão que se origina do precedente brasileiro, não é o motivo determinante para a solução de casos subsequentes análogos, mas sim a própria solução, encartada em preceito de caráter normativo.” (FERRAZ, 2017, p. 265).

Lênio Luiz Streck e Georges Abboud fizeram uma crítica à tentativa de equiparar súmulas dos tribunais superiores ao precedente, e elas também podem ser aplicadas ao caso das teses jurídicas. A crítica deles se resume em uma frase: “o precedente não cabe na súmula.” (STRECK; ABOUD, 2014, p.84).

Deduz-se que esse é também o caso das teses jurídicas, que tem por objetivo uma ampla aplicação e a desvinculação da situação jurídica que lhes deram causa.

## **6 A TENTATIVA DE SALVAR O PRECEDENTE BRASILEIRO**

Tendo em vista todo o caminho percorrido na tentativa de construir-se um sistema baseado em precedentes, nomeadamente em um país que adota um sistema de tradição dogmática, sabe-se que ele não pode ser desconsiderado.

Além disso, compreende-se que o processo evolutivo do direito não é sedimentado apenas em acertos. Assim, defende-se a possibilidade de se compatibilizar o uso das teses jurídicas na formação do precedente brasileiro.

O problema do uso das teses jurídicas como precedentes na atualidade, é que elas estão sendo aplicadas totalmente desvinculadas das razões pelas quais passaram a existir e, assim, são enunciadas de forma semelhante à lei. Como forma de superar esta incongruência num sistema de precedentes, sustenta-se a vinculação da tese jurídica às razões determinantes de sua construção, ou seja, a vinculação aos motivos pelos quais o tribunal chegou àquela conclusão, a sua *ratio decidendi*.

Essa hipótese é defendida por Taís Shilling Ferraz, que vislumbra na junção da tese jurídica e da *ratio decidendi* a solução para um sistema efetivo de aplicação de precedentes. (FERRAZ, 2018, p. 92).

Conforme asseverado alhures, o elemento primordial de um precedente é a sua *ratio decidendi* e ela não se confunde com a tese jurídica. Ela é a uma síntese da exegese adotada pela corte. (MELLO, 2016, p. 270).

Assim, quando se sugere que ao enunciado da tese jurídica brasileira sejam agregados os fundamentos determinantes da decisão, ou seja, sua motivação essencial, sua *ratio decidendi*, não se faz uma afirmação desprovida de sentido, pois Taís Shilling declara que o Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades preocupou-se com esta temática. Abaixo um exemplo desta formulação:

A Emenda Constitucional 10/1996, especialmente quanto ao inciso II, do art. 72, do ADCT, é um novo texto e veicula nova norma, não sendo mera prorrogação da Emenda Constitucional de Revisão 1/1994, devendo, portanto, observância ao princípio da anterioridade nonagesimal, **porquanto majorou a alíquota da CSLL para as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/1991**” (RE 587.008) .

É possível verificar que, ao formular enunciado desta forma, o STF não se limitou a afirmar a inconstitucionalidade ou editar determinada norma. O enunciado da tese trouxe seus fundamentos essenciais, conforme infere-se da transcrição em negrito.

Por isso, a autora supramencionada, advoga que nesse exemplo “não houve apenas a enunciação de que a Emenda 10/1996 violou o princípio da anterioridade nonagesimal. A Corte assentou que a Emenda 10/1996 deveria observar o princípio da anterioridade nonagesimal porque majorou a alíquota da CSLL.” (FERRAZ, 2018, p. 94).

A existência do fundamento determinante enunciado na tese jurídica, isto é, a *ratio decidendi* do precedente, contribuirá para que em todos os casos em que tenha havido o aumento da carga tributária das contribuições, não apenas da CSLL, se observe o princípio da anterioridade nonagesimal, inclusive se esse aumento ocorrer em decorrência de uma emenda constitucional.

Taís Shilling ainda adverte que mesmo incluindo no enunciado da tese jurídica a sua *ratio decidendi*, será imprescindível a leitura do precedente, em sua inteireza, para ter-se o conhecimento das circunstâncias nas quais ele foi evidenciado. (FERRAZ, 2018, p. 96).

A advertência formulada pela autora supracitada é pertinente, pois, entende-se que, do mesmo modo que a *ratio decidendi* não cabe dentro de uma súmula (STRECK; ABOUD, 2014, p. 84) ela também não caberia dentro de uma tese jurídica.

Por isso, compreende-se que, ao constar no enunciado da tese jurídica o motivo, a razão pela qual a corte chegou a um determinado resultado, ficaria claro ao intérprete que existe uma *ratio decidendi* estabelecida, por aqueles motivos expostos no enunciado da tese jurídica.

No entanto, para que ela seja delimitada, ele, o intérprete, deverá voltar ao caso paradigma e fazer toda a análise dele, seguindo todo o caminho enunciado em vários momentos do desenvolvimento desse trabalho.

Muito embora a tese jurídica possua efeito vinculante, conferido pelo novo Diploma Processual Civil, verifica-se que sua aplicação está restrita aos casos exatamente iguais, enquanto a *ratio decidendi* é a parte transcendente do precedente, ou seja, a parte transcendente do enunciado da tese jurídica que coloca em evidência o precedente.

Sendo assim, a parte que transborda do leito onde repousa o simples enunciado da tese jurídica (*ratio decidendi*) é aquela que poderá ser aplicada a casos análogos, levando o intérprete a uma análise pormenorizada dos fatos e fundamentos que foram considerados substanciais no acórdão da decisão usada como paradigma, cumprindo, portanto, as determinações do artigo 927, do novo Código de Processo Civil.

Neste contexto, defende-se que a teoria da transcendência dos motivos determinantes deveria realmente ser acolhida pelos tribunais superiores, uma vez que estar-se-ia diante de um sistema de respeito aos precedentes e a análise dos fatos e fundamentos do *leading case* é essencial para criação e aplicação do precedente.

De fato, a teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão é um tema que já levantou muitos debates no Supremo Tribunal Federal, que em seu último pronunciamento a respeito desta celeuma, adotando uma jurisprudência defensiva, entendeu, por bem, limitar os efeitos transcendentais e vinculantes de decisões, em controle abstrato de constitucionalidade, ao dispositivo da decisão.

Todavia, ao que tudo indica, o novo Código de Processo Civil trouxe um regramento diverso, atribuindo efeitos vinculantes ao entendimento firmado pela Corte e não somente ao dispositivo da decisão.

Dessa forma, infere-se que essa discussão pode ser enfraquecida pelo fortalecimento de um sistema de precedentes no Brasil, levando em conta todos os efeitos que são atribuídos à *ratio decidendi* de um precedente, que são: a eficácia vinculante e transcendente, aspectos imprescindíveis para a concretização da coerência sistêmica na interpretação e aplicação do direito.

## **7 TÉCNICAS DE BUSCA DA *RATIO DECIDENDI* EM PRECEDENTES**

O núcleo essencial no qual se busca a *ratio decidendi* é, principalmente, na fundamentação da decisão, isto é, na razão pela qual existe um precedente. Fala-se que não se busca exclusivamente na fundamentação porquanto a *ratio decidendi* não encontra uma exata correspondência no sistema romano-germânico, com a existente no sistema anglo-saxão, como foi asseverado anteriormente. Também há questionamentos sobre o método que deve-se usar para sua identificação.

### **7.1 No direito alienígena**

Patrícia Perrone aduz que no *common law*, a doutrina dispõe de dois métodos na busca da identificação da *ratio decidendi*: o método fático-concreto e o método abstrato-normativo. (MELLO, 2016, p. 270).

Argumenta que para o método fático-concreto a “*ratio decidendi* corresponde à solução extraída pelo tribunal de um conjunto de fatos, podendo ser formulada nos seguintes termos: sempre que presente o fato “A” e o fato “B” deve-se dar à demanda o tratamento “C”.” (MELLO, 2016, p.270).

Verifica-se, assim, que esse método não se prende ao raciocínio jurídico ou ao fundamento utilizado pela Corte ao decidir. Aqui, a *ratio decidendi* se ligaria mais aos fatos, por isso, seria menos ampla, limitando sua incidência apenas a demandas idênticas (MELLO, 2016, p. 270).

Na seara do método abstrato-normativo, nota-se a importância da fundamentação utilizada para proferir-se a decisão, uma vez que essa será primordial para a delimitação da parte vinculante do precedente, ou seja, da *ratio decidendi*.

Nesse método há uma ampliação do *thema decidendum*, abarcando também casos similares, tendo em vista as situações que podem surgir no futuro, dependendo dos limites traçados pelas cortes, ao decidir.

No *common law*, a *ratio decidendi*, portanto, “corresponde a uma descrição do entendimento jurídico firmado pelo tribunal vinculante como uma premissa necessária ou adequada à solução do caso concreto, à luz das razões adotadas pela maioria.” (MELLO, 2016, p. 269).

Patrícia Perrone, por conseguinte, sugere o uso, em conjunto, dos métodos fático-concreto e abstrato-normativo para se extrair do julgado, com precisão, a regra ou princípio de direito que será usado no futuro, para a decisão de casos análogos, tendo em vista que isso dependerá: “i) do exame dos fatos relevantes; ii) da questão jurídica objeto de discussão; iii) dos fundamentos invocados pela maioria para decidir.” (MELLO, 2016, p. 270).

Infere-se que é um trabalho árduo para o intérprete a busca da *ratio decidendi* em um precedente no *common law*, porque ele precisará debruçar-se sobre a decisão candidata a precedente, esmiuçando as principais peças processuais para buscar sua origem, além de aprofundar-se nas questões de fato e de direito levantadas no processo, até se atingir a decisão.

Existe, ainda, no *common law* do direito norte-americano, um fator distintivo na delimitação da *ratio decidendi* do precedente. Trata-se da *majority opinion*, instrumento utilizado pelo relator, em seu voto, para registrar o entendimento da maioria, no julgamento colegiado.

Fato interessante prende-se ao caso de haver um julgador que concorde com o entendimento da maioria, mas que pretenda utilizar fundamentos não condizentes com os fundamentos adotados por essa mesma maioria. Nesse caso, o julgador que deseja apresentar outros fundamentos, ao decidir, dará o seu voto, que não constará na chamada “*majority opinion*”, adotada no voto do relator. Seu voto, embora concordante, comporá a *obiter dictum* do precedente.

Dessa forma, neste sistema, o julgador de um novo processo - *instant case* -, para encontrar a *ratio decidendi* do julgamento colegiado, deverá se voltar para o que foi redigido na *majority opinion*, registrada no voto do relator.

## 7.2 No direito brasileiro

Enfatiza Taís Schilling Ferraz, especialmente sobre as decisões paradigmas - *leading case* - no sistema de precedentes brasileiro, que o trabalho do intérprete para identificar a *ratio decidendi* é quase uma tarefa hercúlea, porque essas decisões são tecidas

[...] a partir de fundamentos de fato e de direito advindos das mais variadas origens, como audiências públicas, recursos repetitivos, atuação do *amici curiae*, etc., de forma que seus fundamentos determinantes não necessariamente serão encontrados a partir de questões de fato e de direito suscitadas no recurso inicialmente eleito para ser um futuro *leading case*. (FERRAZ, 2018, p. 98).

Nesse caso, a investigação pelo intérprete/julgador deverá considerar todos os elementos existentes e selecionar o que for determinante para encontrar a *ratio decidendi*.

Levando em consideração a forma como ocorrem os julgamentos nas cortes brasileiras, onde, muitas vezes, em julgamentos colegiados chega-se a uma mesma conclusão, no entanto, por fundamentos diferentes, a autora aponta uma solução para esta situação, de modo a afastar as dificuldades na identificação das razões de decidir.

Nesse sentido, relembra a ferramenta do *majority opinion*, um modelo adotado na Suprema Corte dos Estados Unidos e que, aqui, seria uma função também exercida pelo relator, que ao lavrar o seu voto prevalecente - condutor do acórdão - registraria também as razões determinantes do julgado para a maioria da Corte, e, ainda, sendo possível agregaria outros argumentos e fundamentos a título de *obiter dictum*.

Na sustentação de sua argumentação, aduz que:

[...] seria mais seguro, para a comunidade jurídica, ao interpretar aquele precedente, saber que os fundamentos determinantes para a maioria do colegiado que construiu o precedente estarão especialmente concentrados no voto daquele que foi designado relator para o acórdão. E, mais que isso, que houve um (ou mais) fundamento determinante acolhido pela maioria, ao decidir. (FERRAZ, 2018, p. 99).

## 8 CONCLUSÃO

A sociedade brasileira anseia por um sistema jurídico que, ao solucionar o caso concreto, ainda promova a igualdade, segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade.

Verificou-se que um sistema jurídico essencialmente dogmático, que tem a lei como fonte principal de criação do direito, não logrou êxito em atingir esses objetivos.

O novo Código de Processo Civil tem desempenhado um papel relevante na modificação desta sistemática, ao elevar a jurisprudência ao patamar de fonte primária do direito e, com isso, fortalecer um sistema jurídico baseado em precedentes.

A fundamentação das decisões, já amparada constitucionalmente, foi um aspecto enaltecido pelo novo Diploma Processual Civil, que também colabora para a existência de um sistema de vinculação aos precedentes judiciais. Por outro lado, verifica-se que para o êxito desse sistema será necessária a reformulação do método de argumentação jurídica difundido no direito brasileiro.

Inferese que é preciso considerar todo o percurso percorrido pelo direito brasileiro, na busca de se construir um sistema jurídico baseado em precedentes. Por isso, mesmo que aqui não seja possível a exata correspondência de figuras jurídicas dos precedentes aplicados no sistema da *common law*, com é o caso da *ratio decidendi*, ainda é possível que sejam aplicadas dentro da realidade brasileira, de forma eficaz.

Por outro lado, deduz-se que é necessário atribuir uma nova roupagem às teses jurídicas enunciadas ao final dos julgamentos de temas de repercussão geral e recursos repetitivos, sob pena de não ser possível concretizar-se um sistema de vinculação aos precedentes e seus benefícios para o Poder Judiciário e toda a sociedade.

Por isso, defende-se que à enunciação das teses jurídicas seja agregada a *ratio decidendi* do julgamento, ou seja, os fundamentos determinantes, a razão de ser daquele julgamento, que é o elemento vinculante e transcendente do precedente.

Dessa forma, os tribunais superiores devem esclarecer que em virtude do efeito transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes dos seus julgados – *ratio decidendi* - caberá sempre ao intérprete o dever de encontrá-los e analisá-los, indo muito além do conteúdo das teses e das ementas.

Neste processo, consoante dito alhures, a técnica do *majority opinion*, do direito norte-americano, seria um facilitador na seara do direito brasileiro.

Por fim, verifica-se que o sucesso do sistema jurídico de respeito aos precedentes dependerá dos esforços de toda a comunidade jurídica, nomeadamente do Poder Judiciário, uma vez que o instituto preza por conferir maior coerência e segurança jurídica na construção e na aplicação do direito e não apenas para uma uniformização de jurisprudência frente aos casos que se repetem.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL, **Presidência da República**. Lei 13.105 de 16 março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 10 out. 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria feral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: JusPodium, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio. Estrutura e funcionamento da justiça norte-americana. **Revista da Ajuris**, v. 36, n.113, 2009, p.148.

FACCHINI NETO, Eugênio. A sentença em perspectiva comparada: estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. **Revista de Processo**, v. 235, p.407-434, set. 2014.

FERRAZ, Taís Schilling. Ratio Decidendi x tese jurídica: a busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região** n. 10, 2018, p. 81-102.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos estados unidos da américa e no direito brasileiro: um estudo comparado. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.13, n.3, 2016, p.263-285.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v.15, n.03, p.09-52, jul./set.2016, p.09-52. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>. Acesso em 05.05.2021.

STRECK, Lenio. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014.