



COMO E PORQUE TESES SEMANTICAMENTE CONGELADAS NÃO SÃO PRECEDENTES: APORTES A PARTIR DO *COMMON LAW*¹

HOW AND WHY SEMANTICALLY FROZEN THESES ARE NOT PRECEDENTS: CONTRIBUTIONS FROM THE COMMON LAW

Guilherme Lunelli²

Georges Abboud³

RESUMO: O presente artigo se presta a analisar as principais características do manejo de precedentes próprios do *common law*, para então confronta-las com a praxe brasileira de lidar com o, assim chamado, Direito Jurisprudencial. Tem por objetivo detectar semelhanças e diferenças entre o trato com a jurisprudência no Brasil e no *common law*. Para tanto, esmiúça quatro características fulcrais dessa família jurídica: (i) o caráter hermenêutico do trato com precedentes; (ii) a razão pela qual um precedente é vinculante; (iii) a compreensão do que é e como se extrai o elemento vinculante de um precedente; (iv) quem decide o que é e o que não é um precedente. A partir disso, é demonstrado que o modo como lidamos com os “precedentes brasileiros” muito diverge do que ocorre no *common law*, sendo uma tendência o congelamento de teses em verbetes, que acabam se descolando do caso e fundamentos que lhe deram origem. Ao final, pois, conclui-se que o método de trabalho com “precedentes” no Brasil é muito distinto daquele desenvolvido no *common law*, trazendo consigo enormes riscos hermenêuticos.

PALAVRAS-CHAVE: *Common law*; Precedentes; Direito Jurisprudencial; *Ratio Decidendi*; Verbetes.

ABSTRACT: This article aims to analyze how common law jurists handle precedents, and then confront them with the Brazilian practice of dealing with the so-called Jurisprudential Law. The objective is to detect similarities and differences between the Brazilian and common law practice. For that, four key characteristics of the common law were analyze: (i) the hermeneutic way of dealing with precedents; (ii) the reason why a precedent is binding; (iii) how to extract the binding element from a precedent; (iv) who decides what is and what is not a precedent. From this, it is demonstrated that the Brazilian way to deal with "precedents" is very different from the common law method, because there is a tendency in Brazil to freeze theses in entries, which end up detaching the facts and legal reasoning from the decision. Therefore, it is concluded that the way Brazilians deal with “precedents” is nothing close to what is develop in the common law, which brings enormous hermeneutical risks.

KEYWORDS: *Common law*; *Precedents*; *Jurisprudential Law*; *Ratio Decidendi*; *Sentences*.

¹ Artigo recebido em 09/02/2023 e aprovado em 25/04/2023.

² Mestre e doutorando pela PUC-SP. Defensor Público de Mato Grosso do Sul. Eldorado (MS). E-mail: guilhermel@defensoria.ms.def.br.

³ Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor de Processo Civil da PUC-SP e do programa de mestrado e doutorado em Direito constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP-DF. Advogado e Consultor Jurídico. São Paulo (SP). E-mail: georges@warde.com.br.



1. INTRODUÇÃO

Por intermédio da Emenda Constitucional 125/2022, institui-se no Superior Tribunal de Justiça o chamado filtro de relevância para a admissibilidade dos recursos especiais, à semelhança do que já existia no Supremo Tribunal Federal⁴. A modificação foi exaltada por muitos, em especial sob o argumento de que promoverá um resgate do papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça, possibilitando a geração e aplicação adequada de precedentes. Nesse exato sentido, inclusive, foi o discurso do Ministro Humberto Martins, presidente da Corte, na sessão solene para promulgação da Emenda Constitucional⁵.

Com a modificação constitucional, revive-se o debate sobre a função constitucional do STF e do STJ, em especial no que toca à formação de “precedentes”, pacificação jurisprudencial e aplicação isonômica do direito pelos demais Tribunais.

O termo “precedente”, pois, cada vez se coloca mais presente no vernáculo do jurista brasileiro, não obstante este, no mais das vezes, não tenha real compreensão do seu alcance e conteúdo. Tampouco esteja preparado para, verdadeiramente, trabalhar com precedentes.

Desde antes do advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), inúmeras obras de respeitados juristas vêm se prestando a estudar o sistema precedentalista anglo-saxão e buscar a sua aproximação com a realidade brasileira. Reflexos desses estudos vêm desaguando em mudanças legislativas e constitucionais.

As razões para tanto, apesar das diferenças existentes entre os dois sistemas jurídicos, põem-se bastante simples. Por intermédio da doutrina do *stare decisis* os países

⁴ Para uma visão crítica, cf. ABBOUD, Georges; KROSCHINSKY, Matthäus. Notas sobre a nova arguição de relevância em recurso especial, *Consultor Jurídico*, 20.7.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-20/abboud-kroschinsky-arguicao-relevancia-resp>; e ABBOUD, Georges; AIRES, Pedro França; KROSCHINSKY, Arguição de relevância em recurso especial: sistematização do conceito de jurisprudência dominante, *Revista dos Tribunais*, vol. 1045/2022, p. 245-261.

⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Filtro de relevância do recurso especial vira realidade com a promulgação da Emenda Constitucional 125. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14072022-Filtro-de-relevancia-do-recurso-especial-vira-realidade-com-a-promulgacao-da-Emenda-Constitucional-125.aspx>. Acesso em: 15 jan. 2023.



de *common law* vêm conseguindo atingir aquilo que, até o presente momento, o *civil law* brasileiro ainda não deu conta: estabilidade jurisprudencial e, com isso, mais previsibilidade, segurança, igualdade e coerência dentro do trato jurídico.

Louvável, assim, a pretensão de troca de aprendizado entre as duas famílias jurídicas.

Ocorre que, nessa tentativa de conformação entre os dois sistemas, questionáveis sincretismos e confusões teóricas cada vez mais ganham espaço.

Em especial, vige no senso comum teórico dominante a ideia de que teses forjadas por Tribunais e semanticamente congeladas em enunciados (como súmulas ou teses repetitivas) seriam precedentes e estariam aproximando o Brasil do *common law*⁶.

Entretanto, a praxe brasileira cada vez mais demonstra que realizamos uma importação tacanha daquela doutrina, retirando dela uma de suas características mais importantes: seu caráter hermenêutico.

Por fator hermenêutico queremos remeter o leitor à ideia de que não há nenhum ganho para a democracia em se superar o juiz boca da lei pelo juiz boca da súmula ou de qualquer outro provimento vinculante. E esse é apenas um dos fatores que impedem a aproximação pura e simples de súmulas ou dessas decisões e autênticos precedentes.

Há, ainda, o fator *democrático* - as razões pelas quais o genuíno precedente não nasce nunca com esse *status*. É a sua aceitação e aplicação pelas instâncias inferiores do Judiciário que o transformam em precedente – e o fator *histórico*, qual seja, o de que um sistema de precedentes é um processo histórico que não surge repentinamente, tampouco por determinação legislativa⁷.

Seja por excesso de trabalho, seja pela dificuldade de superarmos nossa cultura de labuta com a lei (é dizer: ente textual e abstrato), fato é que o “precedente à brasileira” parece sempre pressupor a formação de teses abstratas, aplicáveis por mera subsunção a outros casos, e com escopo primordial a facilitação decisória de casos

⁶ De há muito um dos coautores vem enfrentando questões como essa; Cf. ABOUD, Georges. “Súmula Vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos”, *Revista de Processo*, vol. 165/2008, p. 218-230.

⁷ Cf. ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, n. 6.6, p. 1189 e ss.



futuros. Isso, mesmo transcorridos sete anos do advento do CPC/2015, que, em seu art. 489, §1º, V, criou regras hermenêuticas para a utilização do Direito Jurisprudencial, em clara tentativa de evitar tal prática.

Come efeito, o momento temporal parece adequado para a revisitação do tema, demonstrando que o modo de trabalho com decisões pretéritas adotado no Brasil, em nada se relaciona com aquele forjado no âmbito do *common law*. E, para se falar em “Cortes de Precedentes”, primeiro é necessário compreender *o que* é um precedente e *como* se deve trabalhar com ele.

Nessa empreita, realizaremos alguns aportes à doutrina do *stare decisis*, possibilitando sua real compreensão. Quatro serão os aspectos analisados: (i) o caráter hermenêutico do trato com precedentes; (ii) a razão pela qual um precedente é vinculante; (iii) a compreensão do que é e de como se extrai o elemento vinculante de um precedente; (iv) quem decide o que é e o que não é um precedente.

A partir da incursão por estes quatro pontos, no último capítulo demonstraremos porque teses textualmente congeladas (como em súmulas, súmulas vinculantes, julgamento de recursos repetitivos), sempre que encaradas como entes abstratos e autônomos (leia-se: desvinculadas dos fatos e argumentos que lhe originaram), em nada se relacionam com a técnica de trabalho com precedentes própria do direito anglo-saxão.

2. PRIMEIRA PARADA: O *COMMON LAW* E SEU CARÁTER HERMENÊUTICO

É sabido que o *civil law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente acarretou a formação de tradições jurídicas diferentes. Por opção metodológica, não pretendemos nos embrenhar na evolução histórica dos dois sistemas jurídicos, restringindo nossa investigação aos



elementos necessários à compreensão da técnica de trabalho dentro dessas diferentes famílias⁸.

No âmbito do *civil law*, visualizamos a prevalência da lei escrita a todas as outras formas de expressão do direito, de forma que as regras jurídicas são extraídas, essencialmente, da legislação positivada ou da Constituição. Por regra, a jurisprudência não goza de força vinculante, possuindo, entretanto, importante conteúdo hermenêutico-persuasivo.

De modo oposto, no bojo do *common law*, a legislação escrita nunca foi a principal fonte jurídica. O Direito nasceu e se desenvolveu enquanto um direito costumeiro que gradativamente foi se transformando em direito jurisprudencial. Nesse sistema, em que pese seja cada vez maior a produção legislativa, a principal fonte jurídica são as decisões pretéritas, que, contudo, não podem contrariar o conteúdo de lei já existente, uma vez que a legislação, embora mais escassa, segue “hierarquicamente” superior à jurisprudência numa escala normativa.

Em decorrência dessa diferença na primazia das fontes dentro das duas famílias, também a maneira como as regras jurídicas são extraídas e recebidas pelo aplicador em cada um dos sistemas tende a ser diametralmente oposta.

Podemos dizer que, no *civil law*, a construção normativa sempre terá início em um *elemento abstrato*, de fácil acesso ao aplicador: a lei. Em que pese problemas interpretativos-aplicativos possam surgir, o operador sabe que, por regra, é na *semântica da lei* que o processo de produção do Direito se iniciará e também encontrará o seu limite.

O operador do *civil law*, assim, parte de um elemento abstrato (lei) para chegar a algo concreto (decisão). Essa visão sofreu pesadas reformulações a partir daquilo que se convencionou chamar *pós-positivismo*, especialmente na forma que lhe deu Friedrich Müller, para quem: (i) a norma não pode mais ser reduzida ao seu texto; (ii) o ordenamento jurídico positivo sem lacunas é uma verdadeira ficção puramente artificial; (iii) a solução dos casos jurídicos não pode mais pretender ser realizada via silogismo,

8 Para maior aprofundamento dessa evolução histórica, ver: TUCCI, José Rogério. Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, *passim*.



porquanto a decisão de cada caso deve ser estruturada e construída a partir dos dados linguísticos (programa da norma) e extralinguísticos (âmbito da norma), a fim de se alcançar a norma decisória do caso concreto (não há norma em abstrato – ou seja, sem problema a se solucionar não há norma)⁹.

Em suma, o pensamento pós-positivista não pode mais partir de uma cisão ficcional entre o jurídico e a realidade, ou seja, ele supera e transcende a clássica distinção entre questão de fato e de direito, o que por si só já gera um curto-circuito no senso comum teórico brasileiro.

De todo modo, fato é que é na semântica do texto que o processo de estruturação normativa se inicia.

Diferentemente, no bojo do *common law*, as regras jurídicas extraíveis dos precedentes jamais vêm de forma abstrata, entregues de antemão, “*extracted by collectors and synthesizers*”¹⁰. Em verdade, precisarão ser casuisticamente identificadas e extraídas dos casos passados pelo jurista.

Dentro do *common law*, nenhuma frase ou palavra constante de um precedente será propriamente uma regra jurídica. Bem pelo contrário, o Direito “escondido” em um precedente só poderá ser extraído através de um laborioso e complexo método de trabalho, que utilizará como parâmetro um já julgado caso concreto, real e tangível, e as discussões travadas para sua solução.¹¹

⁹ MÜLLER, Friedrich. *Postpositivismo*. Cantabria: Ediciones TGD, 2008, n. 3. p. 188-189.

¹⁰ CAPPALLI, Richard B. *The American common law method*. New York: Transnational Publisher, 1996. Pg. 176. Também DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press. ISBN 978-0-511-39278-8 (Kindle Edition), 2008, p. 58.

¹¹ Notemos: “Concerning the former, judicial law, not a single word penned by the judge is law. Rather, the “law” embodied in “case law” is extracted only upon laborious effort in applying an intricate set of philosophies, concepts, maxims and traditions which, in composite, we can call the common law method and which are the subjects of this enterprise. That method is not embodied in a single text or a single law course but is the cumulated wisdom and experience of years of education and practice. This is why student find “a system with concepts which are not easy to apply in practice or to account for...in theory”, and why civilian lawyers (that is lawyers who use the civil law) rarely come to understand the common law method more than superficially”. (CAPPALLI, *op. cit.*, p. 11).



É dizer: as regras jurídicas contidas em um precedente, para serem extraídas, exigem a análise cuidadosa dos fundamentos do caso paradigma. Mas não só. Importa também como outros julgadores já interpretaram e aplicaram tal precedente¹².

A regra jurídica jamais existirá longe desses aspectos e, por consequência, sua existência será, desde sempre, conteudística (e nunca abstrata). Isto, pois, quando separada das razões que justificaram sua criação, a *rule* de um caso poderia facilmente ser deturpada ou mal compreendida¹³.

O processo, portanto, parte de um elemento concreto (decisão passada) para desembocar novamente em algo concreto (decisão presente). Uma decisão não *nasce* como precedente, mas, antes, torna-se um.

Notemos bem a diferença: enquanto no âmbito do *civil law* a fonte base de produção normativa se caracteriza por sua *abstração*, dentro do *common law* a fonte base, *ad initium*, já se caracteriza por seu *conteúdo* e *casuismo*. A regra jurídica extraída da fonte jurisprudencial será sempre fruto de um processo hermenêutico, de desconstrução e reconstrução - não só das decisões pretéritas, mas de todo o fenômeno jurídico, na qual, a partir da metáfora dworkiana, o juiz é um de tantos autores de um romance em cadeia, que, para criar o seu capítulo próprio, deverá interpretar os capítulos antecedentes, especialmente as leis e a Constituição. A cada autor se impõe o dever de manter a inteireza da obra para criar um único romance, que seja da melhor qualidade possível¹⁴.

Essa constatação é essencial. O precedente não entrega, de pronto, qualquer regra jurídica. A regra jurídica precisa ser extraída *do* precedente e o seu sentido compreendido *à luz* do precedente (jamais dele se desligando)¹⁵. Por isso, o processo decisório nunca terá por base um texto abstrato como ocorre no *civil law*. A regra retirada do precedente, em verdade, já traz consigo uma substancial carga hermenêutica.

12 DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press. ISBN 978-0-511-39278-8 (Kindle Edition), 2008.

13 CAPPALLI, *op. cit.*, 1996, p. 176)

14 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 276. Ver: MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 264.

15 CROSS, Rupert. HARRIS, J.W. *Precedent in English Law, Clarendon Law Series*, 4. ed., Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 43



Nessa esteira, não existirá aplicação mecânica ou subsuntiva de um precedente. Sua força conformadora não se apresenta enquanto uma regra abstrata e pré-dada, mas, sim, dependerá do estudo e compreensão das razões (fáticas e jurídicas) que foram determinantes na solução de casos anteriores.

3. SEGUNDA PARADA: DE ONDE VEM A FORÇA OBRIGATÓRIA DO PRECEDENTE

No ponto anterior falamos que a principal fonte do direito dentro do *common law* são as decisões pretéritas, os precedentes. Assim sendo, necessário precisar exatamente o que vem a ser essa figura.

Precedentes, explica Michele Taruffo, são aquelas decisões judiciais que, ao decidirem casos reais, possuem condições de fornecer uma regra jurídica que pode ser aplicada como critério para a decisão de um caso futuro¹⁶. Na mesma senda, também Neil Duxbury define o precedente enquanto “*a past event – in the law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action*”¹⁷.

É dizer: o precedente constitui uma decisão com aptidão para servir como parâmetro de julgamento para situações futuras. Isto, em função da identidade ou analogia entre os fatos do caso julgado e do caso em julgamento.

Apesar de sempre ter-se construído enquanto um sistema casuístico, que valorizou sua historicidade e a necessidade de conferir tratamento equivalente para casos iguais (*treat like cases alike*), aquilo que hoje chamamos de precedentes vinculantes (*binding precedents*) é um fenômeno relativamente recente dentro do *common law*.¹⁸

Com o intuito de promover maior segurança, previsibilidade e igualdade no trato jurídico, durante o século XIX, consolidou-se nessa família do Direito a necessidade

16 TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul. dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>, p. 4.

17 Ibid. p. 1.

18 BERMAN, Harold J. *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983. p. 479.



de que uma regra jurídica estabelecida por uma Corte na solução de certa situação fática deveria ser seguida em casos futuros semelhantes¹⁹. Trata-se da chamada doutrina do *stare decisis*, cujo eixo mestre é, exatamente, a força obrigatória dos precedentes (*binding precedentes*).

O termo *stare decisis*, abreviação da expressão em latim “*stare decisis et quia non movere*”, remete à necessidade de manutenção daquilo que já foi decidido e de não alteração naquilo que já foi estabelecido. Significa: os entendimentos já emitidos devem ser mantidos e seguidos.²⁰

Basicamente, temos que, exarado um precedente por uma Corte, outras Cortes de menor hierarquia deverão, em casos semelhantes, seguir o mesmo posicionamento já adotado pelo órgão superior (vinculação vertical). Da mesma sorte, também a Corte que emitiu o precedente estará, em situações posteriores, vinculada ao que já foi decidido (vinculação horizontal)²¹.

Questão extremamente interessante é que essa vinculação dos juízes do *common law* aos julgamentos pretéritos não se encontra formalmente estipulada em qualquer diploma e não existem sanções formais para o juiz que se nega a cumprir precedentes²².

Conforme aponta Duxbury, seguir precedentes simplesmente é visto como uma prática correta, um padrão de como bem julgar.²³ Assim, em que pese inexistam regras ou sanções que o obriguem, um juiz que não respeita a doutrina do *stare decisis* é raramente visto fora da literatura de ficção.²⁴

19 DUXBURY, *op. cit.*, p. 31.

20 TUCCI, *op. cit.*, p.160.

21 CROSS, *op. cit.*, p. 39. Vale ressaltar que essa vinculação é flexível, comportando exceções. É o que o *common law* chama de *overruling*, ou seja, a possibilidade de superação de um precedente. Sobre o tema, conferir: LUNELLI, Guilherme. Cortes nomofiláticas e a superação de seus precedentes: Contribuições da Doutrina de J.W. Harris à Realidade Brasileira. *Revista em Tempo*, v. 12, p. 372-389, 2013.

22 DUXBURY, Neil. *op. cit.*, p. 13.

23 Ibid, p. 20.

24 Conforme Duxbury: “*neither judges nor jurists pay much attention to the question of what happen to the judge who regularly and manifestly disrespectul towards and neglectful of precedente, probably because that judge rarely if ever exists outside fictional literature*”. (DUXBURY, *op. cit.*, p. 16).



4. TERCEIRA PARADA: O QUE VINCULA EM UM PRECEDENTE

Dissemos até aqui que, no atual estágio do *common law*, os precedentes são vinculantes e devem ser seguidos. Essa afirmação, contudo, pouca coisa resolve, já que não esclarece exatamente *o que* em uma decisão vinculará.

Pois bem. O conteúdo vinculante de um precedente recebe a nomenclatura técnica de *ratio decidendi*, *holding* ou, simplesmente, *rule*.

Em essência, a *rule* é a regra jurídica que justifica a maneira como um caso pretérito foi decidido. A ela se opõem os *obiter dicta*, ou seja, aquilo que fora analisado somente de passagem na decisão, não constituindo um elemento (fático ou jurídico) essencial do precedente. Por *obiter dicta* devemos entender as considerações periféricas, que não constituem o núcleo determinante do precedente e, portanto, não possuirão caráter vinculante.

Conforme pontua Cruz e Tucci, com a maturação necessária, o trato com precedentes gradativamente foi se aperfeiçoando nos países de *common law*, “entendendo-se que não era o caso julgado em si que irrompia importante, mas, sim, a *ratio decidendi*, isto é, a tese ou o princípio de direito contido na sentença”²⁵.

Entretanto, não existe um método certo para se definir ou identificar exatamente o que seria a *rule* de um precedente. A identificação desta demanda um laborioso processo hermenêutico, a partir dos fatos e argumentos jurídicos essenciais para a solução do caso em análise.

A questão é extremamente intrincada, gerando inúmeras dúvidas tanto no campo doutrinário quanto no prático. Temas como: julgamentos com mais de uma *ratio*, como extrair a *ratio* de decisões colegiadas e até a própria diferenciação entre *ratio decidendi* ainda intrigam e geram grandes divergências entre os estudiosos do *common law*.

Para os fins desse trabalho, sob pena de perdemos o foco, não há porque adentrarmos nessas discussões. Nossa pretensão é muito mais singela: demonstrar que, apesar de todas as divergências, existem certos pontos de consenso quanto à definição e

25 TUCCI, *op. cit.*, p.101.



à extração da *holding*. A partir dessa “zona de certeza” já conseguiremos, na sequência, demonstrar os equívocos teóricos em sustentar-se qualquer aproximação entre a criação/utilização de sentenças semanticamente abstratas (tal qual o texto legal) por Tribunais, e a experiência do *common law*.

Para Neil MacCormik, a *ratio decidendi* constitui uma regra expressa ou implicitamente dada pelo julgador, suficiente para resolver uma questão de direito ventilada e discutida pelas partes, constituindo um ponto que necessariamente precisava ser definido para justificar a decisão tomada no caso²⁶.

A *ratio decidendi*, assim, seria a regra jurídica que se mostrou suficiente para decidir um caso concreto, apresentando-se como produto das discussões travadas no processo.

Em sentido semelhante, Tucci assinala três elementos que integram a *ratio decidendi*: (i) a indicação dos fatos relevantes; (ii) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e (iii) o juízo decisório (*judgement*)²⁷.

Michael Abramovicz e Maxwell Stearns, por sua vez, definem *holding* como sendo as proposições ao longo do caminho do raciocínio decisório que (i) se colocam realmente decididas, (ii) estão escoradas nos fatos do caso, e (iii) conduzem ao julgamento²⁸.

Poderíamos apontar várias outras tentativas de definição e extração da *ratio*, mas, apesar das naturais divergências, sempre perceberíamos um ponto de convergência: a sua identificação exige tanto a análise dos fatos como a análise dos argumentos analisados no precedente.

Primeiramente, verificar os fatos é de vital importância pois a *holding* nada mais é senão aquilo que lhes dá solução. Não podemos esquecer que o *common law* se alicerça sob a concepção de que casos iguais deverão ser tratados de forma igual (*treat*

26 MACCORMIK, Niel. *Can stare decisis be abolished?* Juridical Review. S.I.: s.e, 1966, p. 153.

27 TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 123.

28 ABRAMOVICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining dicta. *Stanford Law Review*, 56, 2005 p. 113.



cases like alike).²⁹ Daí a importância dos fatos para a definição e delimitação da *rule* e a exigência de que todo precedente seja lido à luz do caso onde foi proferido.³⁰ Não há como saber o conteúdo da *ratio* sem indagar quais fatos a Corte considerou importantes (ou, como diz a doutrina, “materiais”³¹) no julgamento.

Seguir precedentes, portanto, é uma atividade retrospectiva. Quando se decide com base em precedentes analisa-se como fatos semelhantes foram decididos no passado. É por isso que a atividade do julgador não é simplesmente a de interpretar frases ou palavras constantes do precedente, mas sim, identificar quais foram os fatos pertinentes no julgamento pretérito e, a partir deles, buscar semelhanças e diferenças entre os casos. Não por outra razão, a doutrina aponta que o trabalho com precedentes é um trabalho eminentemente *analógico*³².

Da mesma sorte, é somente por intermédio da análise dos casos (presentes e passados) que poderá o julgador diferenciar as situações e, assim, entender não ser caso de aplicação do precedente. A essa diferenciação entre casos com o fito de não aplicação de um precedente, damos o nome de *distinguishing*.

Até aqui, tem-se que a *holding* jamais poderá ser identificada sem a análise dos fatos essenciais para o julgamento. Mas isso não basta.

O segundo ponto importante para a extração da *ratio decidendi* são as razões que embasam a conclusão atingida no precedente, ou seja, as razões que escoram a regra que dá solução ao caso³³. A regra jurídica eventualmente extraída de um precedente

29 Nesse ponto, uma anotação se mostra imperiosa. Não é nosso objetivo aqui desenvolver a questão, mas deve-se saber que a análise da semelhança fática desenvolvida no *common law* não busca uma identidade absoluta entre os fatos (julgado e pretérito), mas, sim, uma identidade essencial ou substancial. Sobre o ponto, ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

30 “*There would be no point in setting out many of the remarks of judges insisting on the importance of paying the most scrupulous attention to the facts of the previous cases cited to them. The number of such remarks is legion. The requirement goes to the root of doctrine of precedent according to which like cases must be decided alike. Only so is it possible to ensure that the court bound by a previous case decides it. Of course, it is all a question of probabilities, but the probability that a court will decide a new case in the same way as would the court which decided one of the cases cited becomes less and less as the differences between the facts of the two cases increase.*” (CROSS, *op. cit.*, p. 43).

31 GOODHART, Arthur. *Determining the ratio decidendi of a case*. Yale Law Journal, XL, 2, 1930.

32 DUXBURY, *op. cit.*, p.58

33 MARINONI, *op. cit.*, p. 228



jamais poderá se distanciar daquilo que foi discutido no julgado, de seus motivos determinantes. São as razões apresentadas pelo julgador pretérito que darão sentido a proposição jurídica detectada. Nas palavras de Richard Capalli, *rules*

cannot be understood and can easily be misunderstood apart from the reasons which justified their creation. The full meaning of the law of a single case, or a group of cases, or a body of case law can only be known through a meticulous study of the opinions which generated their holdings - in Fuller's terms, the generative reasons, the "underside" of the rules. When case lawyers speak of the "reach" of a precedent they mean its authoritative force as known through the hard study of its origins and justification, the cumulative aspirations and concerns of the judges who authored the precedent and their predecessors whose earlier work was consulted.³⁴

A expressão "*underside*" nos parece bastante elucidativa. Denota que a regra jurídica constante da *ratio*, por si, desacompanhada daquilo que lhe dá preenchimento (ou seja, as discussões jurídicas travadas no precedente), não tem poder algum. Ora, os precedentes não são prescrições literais e abstratas como aquelas produzidas pelo legislativo e, assim devem ser compreendidos e estudados em sua completude. Logo, toda fundamentação utilizada na formulação do precedente precisa ser levada em conta quando da extração e aplicação da *rule*.³⁵

Separar a *ratio* de suas razões determinantes traz um duplo problema. Primeiro: impede a real compreensão de seu alcance, podendo a regra jurídica ser facilmente deturpada, manipulada ou mal-entendida. Segundo: engessa o sistema, pois retira o caráter dialético e hermenêutico da utilização de precedentes. Se a *ratio* passa a valer por si, eventuais questões que não foram discutidas quando do julgamento do precedente jamais seriam apreciadas em um caso futuro.

Logo, em não tendo sido uma alegação ou argumento jurídico discutido no precedente, sua *rule* não se aplicará em situações futuras em que o novo argumento foi

34 CAPPALLI, *op. cit.*, p. 176.

35 ABOUD, Georges. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto- o precedente jurisprudencial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.66-67.



ventilado. Ao menos não sem se demonstrar que esse argumento novo não é capaz de afastar a conclusão atingida no precedente.³⁶

Se o precedente não consegue solucionar esse ponto novo, por regra não deve ser aplicado. Recorremos aqui à lógica da primazia da pergunta: se o novo argumento não integrou o caso passado, essa pergunta nunca foi feita antes e, logicamente, não há como existirem respostas antes das perguntas. O precedente (apesar de conteudístico) é estático, a vida e o Direito são dinâmicos.

5. QUARTA PARADA: QUEM DECIDE O QUE É E O QUE NÃO É PRECEDENTE?

Por fim, cumpre esclarecer que, no âmbito do *common law*, a *ratio decidendi* não é pontuada ou individualizada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes do futuro, ao estudar o precedente, extrair a “norma legal” que poderá ou não incidir na nova situação concreta³⁷.

A autoridade de um precedente, com isso, jamais será efetivamente conhecida senão quando outra corte vier a aplicá-lo em um caso subsequente. Trata-se de algo muito interessante e que não estamos acostumados: o precedente é vinculante, mas cabe ao juízo que for dele se utilizar (e não ao juízo que o proferiu) determinar o que a *holding* é³⁸. O poder e responsabilidade de dizer o que é vinculante em um precedente compete aos aplicadores futuros.

36 Tratando do tema, Marinoni faz importante diferenciação entre a aplicação do princípio do deduzido e do dedutível em sede de eficácia preclusiva da coisa julgada e em sede de aplicação de precedentes: “(...) o princípio do deduzido e do dedutível apenas serve para se delimitar a coisa julgada material, no que diz respeito à segurança jurídica entre as partes de um mesmo litígio, nada tendo a ver com a *ratio decidendi*, que releva a assegurar a todo e qualquer jurisdicionado igualdade de tratamento perante o juiz. Portanto, é sempre possível fazer nova alegação, respeitante à mesma causa de pedir, para se tentar obter solução diversa daquela a que se chegou o precedente. É a *ratio decidendi*, assim, não se aplica a caso posterior em que se esteja fazendo nova alegação”. (MARINONI, *op. cit.* p. 268.).

37 TUCCI, 2012, p.123

38 “The precedent is authoritative, but it is up to the “applying” court, not the “issuing” court to say what the holding is”. (CAPPALLI, *op. cit.*, p. 26.).



A doutrina do *common law* aponta como uma *premissa fundamental* (nessas exatas palavras) no trato jurídico a ideia de que *courts do not write laws* (cortes não escrevem leis)³⁹. É por isso que a *ratio decidendi* de um caso não deve ser “entregue” por seu julgador, sendo, sim, “extraída” pelos futuros aplicadores (the rule of a precedent is not “given” but is “taken”)⁴⁰.

Alguns doutrinadores até reconhecem a possibilidade da *holding* já ser apontada pela Corte que julga o precedente, utilizando-se de expressões como “*we hold...*” e facilitando, com isso, o trabalho dos futuros operadores⁴¹.

Ocorre que, mesmo aqueles que aventam essa possibilidade, deixam bem claro que o fato da Corte que profere o precedente rotular um ponto enquanto *ratio decidendi* não tem o condão de vincular as cortes futuras⁴².

Mas por que não? Por que a Corte que profere o precedente já não pode definir em definitivo qual o seu conteúdo vinculante?

Dois são os motivos.

O primeiro já foi abordado anteriormente nesse artigo. A vida e o Direito são mais dinâmicos do que qualquer julgador pode prever. Por isso, entende-se que nenhum

39 Ibid, p. 12.

40 Ibid, p. 22.

41 ABRAMOVICZ, *op. cit.*, p. 121.

42 Notemos: “(...) sometimes a court will label a proposition as a holding. We do not think that such a label can transform dicta into a holding, and our proposed approach provides a means of testing such assertions. When a statement offered as “holding” does not form an essential step on the path from operative facts to case disposition, then, consistent with the observed practices regarding the stare decisis norm, future courts may disregard the labeling and treat the assertion as dicta. Assuming that the issue labeled “holding” does form an essential step on the selected path, however, then the “actually decided” approach allows the court to select the level of abstraction at which the issue is resolved. Again, consistent with observed stare decisis norms, this encourages careful articulation of reasoning, thereby promoting the important objective of doctrinal clarity.” (ABRAMOVICZ, *op. cit.*, p.121). Também Richard Capalli expõe a situação: “Na overt power play is available to the precedente-setting court: stating explicitly the “holding”. The court may conclude its opinion by selecting the facts it wishes to consider material, abstracting them to a level of generality it believes appropriate given its reasoning, and combining them to state a rule of law. It is assisting or seeking to control future users of the precedente. Because the opinion is not legislation, the court cannot “establish” the rule in any particular form. This power and duty belongs to later courts attempting to extract and apply the case-law holding”. (CAPPALLI, *op. cit.*, p.37)



decisor pode se prestar a interromper a evolução do *common law* anunciando uma regra universal em um caso particular⁴³.

A utilização de precedente dinamiza o sistema jurídico (e não o engessa, como muitos imaginam). Isto, pois, a interpretação do precedente sempre levará em conta a totalidade do fenômeno jurídico no momento de sua aplicação, de forma que seu conteúdo estará sempre sujeito a um ajuste jurisprudencial⁴⁴.

A formação da *ratio decidendi* não é estática e, muitas vezes, dependerá não só de um caso, mas sim de uma cadeia deles para que efetivamente se saiba qual a regra jurídica vinculante. Mesmo porque, na maioria das vezes, o julgador, ao decidir uma situação, não conseguirá imaginar todas as situações futuras que o precedente poderá atingir.

Um exemplo pode clarificar as coisas.

No caso *Barwick v. The English Joint Stock Bank*, Barwick demandou contra o banco pretendendo ver-se reparado em danos causados pelo gerente da instituição que, agindo em nome desta, fraudulentamente causou prejuízos ao autor. A fraude perpetrada pelo gerente acabou beneficiando financeiramente o seu empregador. Na decisão, a Corte entendeu que a instituição financeira deveria indenizar o cliente.

Posteriormente, outro caso bastante semelhante (*Lloyd v. Grace, Smith & Co.*) chegou ao judiciário, mas com uma peculiaridade: a fraude cometida pelo funcionário não havia beneficiado o empregador. Logicamente, levantou-se a dúvida: o fato de, no caso pretérito, a instituição financeira ter se beneficiado da atitude de seu funcionário tratava-se de *obiter dicta* ou *ratio decidendi*? Ou ainda: o fato da fraude ter beneficiado o empregador, foi um fato material em *Barwick v. The English Joint Stock Bank*?

Analisando o precedente, a *House of Lords* entendeu que o fato do banco ter se beneficiado da fraude não integrava a *ratio* do caso, entendendo existir

43 “No court can stop the evolution of the common law by announcing a universal rule in a particular case”. (BURTON, Steven J. *An introduction to law and legal reasoning*. Boston: Little, Brown and Company, 1985, p. 62).

44 ABBoud, Georges. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto- o precedente jurisprudencial e as súmulas vinculantes?* op. cit., p. 96.



responsabilidade do empregador por atos de seus empregados, no exercício de suas funções, mesmo que o empregador não viesse a se beneficiado da conduta fraudulenta.

Notemos que, no julgado pioneiro, foi discutida a questão da responsabilidade em uma situação em que houve benefício do empregador, entendendo-se que sim, haveria responsabilidade. Entretanto, essa segunda hipótese (fraude em benefício do próprio funcionário) não fora objeto de discussão. Provavelmente sequer fora imaginada pela Corte que prolatou o precedente.

Hipoteticamente (pois isso não aconteceu), imaginemos que, quando do julgamento de caso *Barwick*, a Corte tivesse declarado a *rule* do caso nos seguintes termos: “Responde o banco por fraude perpetrada por funcionário seu quando revertida em proveito da própria instituição”. A regra estaria conforme aquilo que foi decidido.

Entretanto, caso isso tivesse sido feito, estaria vedado que, em outros casos, se entendesse pela aplicação do precedente também em situações onde a fraude ocorresse em benefício do próprio funcionário?

Nos parece evidente que não. Retomando a discussão travada no precedente se verifica que essa situação sequer fora cogitada ali. O precedente resolveu um caso em que existiu benefício do empregador, mas não descartou a possibilidade de existir responsabilidade também quando não existisse. Essa pergunta não foi feita antes!

Entretanto, é só retornando ao julgado (e as discussões ali desenvolvidas) que podemos perceber isso. Pela literalidade da *rule* hipoteticamente emanada, descontextualizada do precedente, poderíamos concluir equivocadamente que, não havendo proveito do empregador, não haveria dever de indenizar.

É por isso que a *ratio* não pode se desconectar do caso, tornando-se um comando abstrato. É por isso que uma *ratio* “entregue” não pode obrigatoriamente vincular.

Para explicar essa possibilidade (e, diríamos, necessidade) de formação e conformação paulatina da *ratio*, Luiz Guilherme Marinoni utiliza-se de uma interessante analogia. O jurista compara o trabalho do fotógrafo e do pintor. Embora o fotógrafo possa retratar e dar significado peculiar a suas fotos, atribuindo-lhe sua interpretação, é certo que a fotografia congela a interpretação no passado. De diferente sorte, o pintor, com o



passar dos dias, vai dando forma e significado a sua obra, de sorte que, no final, muitas vezes nem ele imaginava o resultado auferido.⁴⁵

O trabalho com precedentes deve ser semelhante ao trabalho do pintor, e não do fotógrafo. A *ratio* será conformada no dia a dia, casuisticamente. E nunca congelada de antemão.

Pois bem. Este é o primeiro motivo pelo qual a Corte que emite o precedente não pode já definir em definitivo qual o seu conteúdo vinculante. Mas, como adiantamos, não é o único.

O segundo deles é uma exigência lógica da própria separação de poderes. Se um julgador pudesse impor o conteúdo da *ratio*, determinando de forma vinculante a regra jurídica a ser seguida por seus pares, estaria atuando muito mais como legislador positivo do que como órgão judicante. Não cabe ao Judiciário a edição de textos de caráter geral:

One, a critical separation-of-powers principle, is that courts do not write laws, legislatures do. Should courts possess the power to write authoritative substantive laws in their opinions a startling reallocation of power between courts and legislatures would occur, one unacceptable to American political thought.⁴⁶

A função primária de uma corte do *common law* é a de resolver conflitos e, por consequência, a produção de regras por intermédio dos precedentes, apesar de essencial, apresenta-se como uma função secundária (*mootnes doctrine*). Dessa forma, fixar-se de forma rígida a *ratio decidendi* para outros casos implicaria alçar a função secundária da corte à condição de função principal, possibilitando-lhe a criação de regras abstratas. E isso, sob a ótica da separação dos Poderes não é cabível. Trata-se daquilo que mencionamos acima como *fator democrático*.

6. DIREITO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO E PRECEDENTES: NOTAS DE DIFERENCIAÇÃO

⁴⁵ MARINONI, *op. cit.*, p.249.

⁴⁶ CAPPALLI, *op. cit.*, p. 21.



Os aportes até aqui feitos ao *common law*, como já adiantamos, têm uma razão de ser: desconstruir o ideário de que a fixação de teses por Tribunais brasileiros, para posterior aplicação por subsunção por outros julgadores, promoveria uma aproximação entre os dois sistemas jurídicos.

Para iniciarmos, sintetizando o que até aqui narramos temos que:

- a) O precedente não é uma regra abstrata, aplicando-se de forma hermenêutica e não subsuntiva;
- b) A fração vinculante do precedente (*ratio decidendi*) jamais poderá se separar ou ser compreendida longe dos casos e das razões que lhe deram origem;
- c) Inexiste regra formal que determine a vinculatividade dos precedentes no *common law*;
- d) Um argumento novo tem o condão de afastar a aplicação do precedente;
- e) A *ratio decidendi* deve ser extraída e não entregue;
- f) O precedente volta-se para o passado (solucionar o caso) e só acidentalmente terá aplicação em casos futuros;

Em contrapartida, temos que o “direito jurisprudencial” brasileiro, no atual estado da arte:

- a) Pretende a criação de regras abstratas, com pretensão de aplicação por subsunção, de forma não hermenêutica;
- b) Na praxe, desligam-se dos casos e das razões que lhe deram origem – em que pese o CPC disponha em sentido contrário;
- c) Sua vinculatividade ou eficácia obstativa deriva de lei;
- d) Têm peso auto evidente e não dialético;
- e) São entregues de antemão;
- f) Já nascem com pretensão universalizante e pró-futuro;

Muito bem. Essas anotações exprimem o problema de forma bastante didática.

O chamado “Direito Jurisprudencial” brasileiro vem, cada vez mais, consolidando-se a partir de enunciados de caráter geral e abstrato, sem qualquer



preocupação ou vinculação com os casos concretos que lhe originaram ou com a discussão jurídica que foi estabelecida nesses casos⁴⁷.

Em que pese, mormente em tempos de acesso eletrônico, os julgados que deram origem a uma súmula, súmula vinculante, tese repetitiva, ou mesmo de uma ementa, estejam à disposição dos operadores, a análise dessas decisões nunca foi um hábito cultivado no Brasil.

Firmada uma “tese”, esta é aprisionada em um verbete de semântica idêntica a Lei e passa a valer por si, descolando-se do seu passado e de suas origens⁴⁸.

Não é por outra razão que costumamos ouvir afirmações como: “a súmula (vinculante) é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação”⁴⁹. A confiança é puramente no texto editado. Não se pretende qualquer estudo hermenêutico dos casos que estão por detrás do enunciado, o que é simplesmente impossível desde um ponto de vista hermenêutico-filosófico.

Os perigos nessa prática, quando comparados à experiência adquirida no *common law*, são bastante evidentes: longe da facticidade e das discussões dos casos que lhes deram origem, teses abstratas consolidadas em verbetes podem ter seu sentido deturpado ou mal compreendido; podem ser utilizadas em casos sem nenhuma pertinência com suas origens; e, ainda, ceifam a possibilidade de *distinguishing* ou qualquer tipo de ajuste jurisprudencial do enunciado.

47 ZANETTI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. 192.

48 É o que expõe Maurício Ramires: “A súmula, ao contrário, é por definição um pronunciamento judicial com abstração e generalidade (e por vezes vinculação). Na súmula, o enunciado sempre se autonomiza dos fatos que lhe deram origem, se é que deram. Assim, ao contrário do que se pensa, a publicação de súmulas pelos tribunais brasileiros não se aproxima a prática jurídica nacional da tradição da *common law*, porque é uma parte vital daquele sistema que os tribunais não possam exarar regras gerais em abstrato, mas apenas em função dos fatos da disputa que são trazidos em exame.” (RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62).

49 A frase foi proferida pela Ministra Ellen Gracie, em sede de debates sobre a súmula vinculante 14, ver em: PORTAL STF. Plenário edita 14.^a Súmula Vinculante e permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso, 2 de fevereiro, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102548>>. Acesso em: 20.01.2014.



Ora, conforme expõe Lenio Streck, “uma vez eliminada/abstraída a situação concreta, tem-se o terreno fértil para o exercício daquilo que é o cerne do positivismo: a discricionariedade interpretativa e a consequente multiplicidade de respostas”⁵⁰.

Isto sem falar na manifesta ofensa ao contraditório em sua perspectiva substancial, eis que evocar a súmula, por si, já parece ser suficiente para elidir qualquer argumento trazido pelas partes.

Assim sendo, não temos o menor medo de afirmar que o Direito Jurisprudencial Brasileiro, enquanto permanecer focado na criação de verbetes abstratos e genéricos, em nada promoverá qualquer tipo de aproximação entre *common law* e *civil law*⁵¹. A questão, inclusive, é ironizada pela doutrina anglo-americana:

The precedent is authoritative, but is up to the “applying” court, not the “issuing” court to say what the holding is. This would be particularly difficult for the foreign lawyer to fathom. In civil law which are then slotted into the appropriate cubicle in the books which act as law collectors. Technically, these are not “law” because courts do not make law in civil law countries. In a practical sense they operate as such.⁵²

Uma conformação entre os dois sistemas jurídicos, visando maior coerência e integridade no nosso cenário jurídico, exige a superação dessa tentativa de aprisionar o direito em “cubículos” ou agirmos enquanto “colecionadores de leis”. É imperioso que retiremos do *common law* o que ele tem de melhor: a casuística e o caráter hermenêutico no estudo e aplicação de casos.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 231.

⁵¹ Na mesma senda, Diogo Bacha e Silva: “O que queremos salientar, neste momento, é que nosso sistema processual não adotou de forma alguma o *common law* e nem se aproximou deste, na medida em que suas principais características foram descartadas pela nossa prática jurídica, corroborada com a doutrina especializada. Houve, nisto, parece haver acertado, um distanciamento do *common law* na exata medida em que não argumentamos, na forma em que nosso raciocínio não é indutivo. Assim é que se produz a diferença do sistema processual brasileiro. Primeiro, ele é diferente do *common law* pois que não abre espaço para a argumentação, para a criação do direito a partir do caso concreto, a partir do raciocínio indutivo que foi, afinal, o que nos legou a história de formação do sistema precedentalista. Em segundo lugar, não é tipicamente *civil law* porque a lei perdeu a posição de centralidade na dinâmica processual, donde, por exemplo, o juiz pode julgar em desobediência à lei, mas não pode em contrariedade com as súmulas vinculantes.” (SILVA, Diogo Bacha e. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas *civil law* e *common law*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 2 v., p. 492.)

⁵² CAPPALLI, *op. cit.*, p. 26.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente artigo, tentamos demonstrar que o método de trabalho com o Direito Jurisprudencial adotado no Brasil, por regra, não guarda qualquer similitude com aquele oriundo com common law.

Tanto no momento de criação como no momento de aplicação, o operador brasileiro tende a retirar do trato com precedentes seu caráter hermenêutico, buscando sempre a máxima abstração. Em verdade, o direito forjado pelos tribunais tenta atingir características idênticas da Lei positivada, reduzindo fatos e argumentos jurídicos subjacentes a decisão a teses semanticamente congeladas em sentenças.

Entendemos que de nada adiantam modificações legais e constitucionais, tal qual a recente inclusão do filtro de relevância no Superior Tribunal de Justiça, com o pretenso escopo de “fazer prevalecer” a função da Corte de pacificação jurisprudencial por intermédio da formação de precedentes se o jurista brasileiro ainda não compreendeu o que é e como trabalhar com precedentes.

A redução de um precedente a um mero verbete, abstrato, aplicável por simples subsunção, fatalmente desembocará nos mesmos problemas de indeterminação da lei. Afinal, semanticamente em nada diferem.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto- o precedente jurisprudencial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- ABBOUD, Georges. Súmula Vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos, *Revista de Processo*, v. 165, p. 218-230, 2008.
- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.



- ABBOUD, Georges; AIRES, Pedro França; KROSHINSKY, Arguição de relevância em recurso especial: sistematização do conceito de jurisprudência dominante, *Revista dos Tribunais*, v. 1045, p. 245-261, 2022.
- ABBOUD, Georges; KROSHINSKY, Matthäus. Notas sobre a nova arguição de relevância em recurso especial, *Consultor Jurídico*, 20 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-20/abboud-kroschinsky-arguicao-relevancia-resp>.
- ABRAMOVICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. *Defining dicta*. Stanford Law Review, 56, 2005.
- BERMAN, Harold J. *Law and revolution. The formation of the western legal tradition*. Cambridge. Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983.
- BURTON, Steven J. *An introduction to law and legal reasoning*. Boston: Little, Brown and Company, 1985.
- CAPPALLI, Richard B. *The American common law method*. New York: Transnational Publisher, 1996.
- CROSS, Rupert. HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. Clarendon Law Series, 4. ed., Clarendon Press, Oxford, 1991.
- CAPPALLI, Richard B. *The American common law method*. New York: Transnational Publisher, 1996.
- DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press. ISBN 978-0-511-39278-8 (Kindle Edition), 2008.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GOODHART, Arthur. *Determining the ratio decidendi of a case*. Yale Law Journal, XL, 2, 1930.
- LUNELLI, Guilherme. Cortes nomofiláticas e a superação de seus precedentes: Contribuições da Doutrina de J.W. Harris à Realidade Brasileira. *Revista em Tempo*, v. 12, p. 372-389.
- MACCORMIK, Niel. Can stare decisis be abolished? *Juridical Review*. S.l.: s.e, 1966.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.
- MÜLLER, Friedrich. *Postpositivismo*. Cantabria: Ediciones TGD, 2008.
- TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul. dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>.
- PORTAL STF. *Plenário edita 14.ª Súmula Vinculante e permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso*, 2 de fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102548>. Acesso em: 20.01.2014.
- PLUCKNETT, Theodore F. T. *A Concise history of the common law*. 5. ed. Indianápolis: Liberty Fund. Inc., 2010.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;
- SILVA, Diogo Bacha e. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. MARINONI, Luiz Guilherme. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 2 v.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Filtro de relevância do recurso especial vira realidade com a promulgação da Emenda Constitucional 125. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14072022-Filtro-de-relevancia-do-recurso-especial-vira-realidade-com-a-promulgacao-da-Emenda-Constitucional-125.aspx>. Acesso em: 15 jan. 2023.
- STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- TUCCI, José Rogério. Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.



TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ZANETTI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.