

RACIONALIDADE DECISÓRIA E CONTROLE INTERPRETATIVO NO SISTEMA DO COMMON LAW.

RATIONALITY OPERATIVE AND CONTROL INTERPRETIVE ON SYSTEM OF COMMON LAW.

Maria Oderlânia Torquato Leite¹
Cristiana Silveira²

RESUMO:

O tema das decisões dos Tribunais tem revelado incongruências temerosas na interpretação e aplicação do direito. Em geral, os aplicadores não apresentam uma linha de argumentação clara, tornando confusa a discussão e diminuindo as possibilidades de controle das decisões. Por isso, estudar o papel que o precedente judicial, instituto típico dos países que adotam o sistema cammon law, exerce em determinado sistema jurídico mostra-se de grande relevância prática e científica. A forma de aplicá-lo evidencia a necessidade do Poder Judiciário se preocupar não somente com o caso concreto, mas com as repercussões sociais das suas decisões. Buscar um método adequado para estudar o precedente e a interpretação da *ratio decidendi* é de fundamental importância, tendo em vista que aplicar o precedente não significa aplicar a intenção do intérprete/julgador mas o seu sentido original, isso demonstra que o momento é de desconstrução de paradigmas.

Palavras-chaves: Efeito vinculante. Stare decisis. Interpretação. Ratio decidendi.

ABSTRACT:

The study of the decisions of the Courts has revealed some fearful inconsistencies in the interpretation and application of the law. In general, the applicators do not show a clear line of discussion, becoming it confused and reducing the possibilities of controlling decisions. Therefore, studying the role that the judicial precedent, typical Institute in countries that adopt

¹. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará- UFC. Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

² Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional/Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza -UNIFOR.

the system common law, exercises in a legal system seems to be very relevant in practical and scientific terms. The way to apply it highlights the need for the judiciary is concerned not only with the case, but with the social consequences of their decisions. Finding a suitable method to study the precedent and interpretation of the *ratio decidendi* is fundamental, since applying the precedent does not mean applying the intention of the referee, but its original meaning. This is an evidence that this is a moment of deconstruction of paradigms.

Keywords: Binding. *Stare decisis*. Interpretation. *ratio decidendi*

INTRODUÇÃO:

A consolidação da democracia brasileira trouxe o poder judiciário para atuar no centro do cenário onde se debatem e se deliberam as grandes questões nacionais. Sentenças singulares e acórdãos colegiados têm sido cada vez mais discutidos pela sociedade, preocupada com a interpretação, fundamentação e a justificação das decisões judiciais. Nesse ambiente, percebe-se o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional, que superou os pressupostos teóricos e filosóficos em que se assentava o modelo tradicional, redefinindo o papel da norma, do interprete e do problema no processo de concretização do Direito.

O presente artigo tem por objetivo estudar a interpretação de precedentes judiciais especificamente o estudo da *ratio decidendi* (razões de decidir ou os fundamentos da decisão). Num primeiro momento, estudaremos o surgimento, o conceito e processo de vinculação do *stare decisis*; depois de estabelecidas essas premissas, chegaremos num segundo momento que será analisar os principais métodos definidos pela doutrina inglesa existentes para buscar a *ratio decidendi*.

De fato, o *stare decisis* funciona como instrumento de garantia da uniformidade da interpretação do Direito no âmbito do Poder Judiciário. Sendo que o lugar do intérprete não se reduz, a uma função de conhecimento técnico, voltado a revelar a solução contida no enunciado normativo. Porém nas variadas situações, ele se torna co-participante do processo de criação do direito, complementando o papel do constituinte ou do legislador.

Estudar o processo de interpretação e aplicação das decisões judiciais não é uma questão meramente formal. Compreender melhor como o aplicador do direito decide é fundamental para que se exerça um controle democrático mais apurado de suas decisões. O estudo minucioso de algumas decisões nos faz perceber que a falta de clareza, incoerência ou até a dificuldade de se encontrar a *ratio decidendi* são obstáculos para esse objetivo.

I.O CIVIL LAW E O CAMMON LAW:

Em linhas gerais podemos afirmar que no civil law, filiado a tradição romanística do direito, prevalece o sistema regulado por código, oriundo do Poder Legislativo tendo o processo legislativo como fonte por excelência das normas, vigora o princípio do *legislative law*.

O *cammon law* é o nome que se dá à experiência jurídica do direito não baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais. Está calcado na ideia de case law, direito jurisprudencial, por assim dizer, atrelado ao princípio do *jude made law* ou direito produzido pelos juízes.

No sentido amplo, Common Law quer referir-se por um lado ao sistema da família dos direito que receberam a influência do direito da Inglaterra (onde vicejam os contrastes apontados entre Common Lae v. Equality Law e common Law v. Statute Law) e de outro lado, o sistema da família dos direitos romano-germânicos, que igualmente se denominam civil law, conforme apelação que os doutrinadores daquele sistema costumam conferir a essa última.³

É verdade que civil law e Common law se desenvolveram sob objetivos diversos. Enquanto no primeiro o Estado de Direito foi reduzido ao império da lei, relegando a função jurisdicional a segundo plano, no segundo o judiciário foi desde sempre encarado como parceiro do legislativo na limitação do poder real. Contemporaneamente, todavia, ambos os sistemas convergem em razão da tensão entre dois princípios: justiça e segurança jurídica.

³ SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law – Introdução ao direito dos EUA, São Paulo: RT, 1999, p. 147.

O Magistrado inglês teve fundamental importância na consolidação do common law – daí se falar em *judge make law*. O poder do juiz era o de afirmar o common law, o qual se sobrepunha ao legislativo, que, por isso, deveria atuar de modo a complementá-lo. Aliás, nesta tradição inglesa, o parlamento considerava as decisões proferidas pelas Cortes nos casos concretos para, a partir delas, precisar e delinear a lei decorrente da vontade comum.⁴

Ainda que se possa admitir que o *common law*, na sua origem inglesa, era complementado pelo legislativo, ou que a atuação deste poder era aí pouco intensa, a existência de lei não se opõe ao *common law*, ou, mais importante ainda e bem mais fácil de ser visualizado, a profusão de leis não exclui a necessidade de um sistema de precedentes. No *common law*, a autoridade da lei é superior àquela das decisões judiciais, e não o contrário, o que autoriza dizer que a quantidade de leis e o seu grau de autoridade constituem critérios absolutamente inúteis para distinguir este sistema do de *civil law*.⁵

Com efeito, se, por um lado, enunciados gerais e abstratos outorgam maior discricionariedade ao intérprete no momento de aplicar a norma, moldando-a ao caso concreto, por outro a vinculação do julgador às decisões anteriores concretiza a expectativa de segurança jurídica. Afinal, “num Estado moderno com muitos juizes e muitas Cortes, e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independentemente do juiz do caso. Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou Corte para outro.”⁶

Se é necessário tratar igualmente os casos iguais, a lei, em sentido formal, não é o bastante para garantir a isonomia de tratamento, dada a impossibilidade dela abarcar todos os casos, suas peculiaridades e exceções. Nesse contexto, surge no civil law a necessidade de um mecanismo que vincule as decisões judiciais a precedentes. De outra banda, no common law percebeu-se, há tempos, a inconveniência de se deixar na mão dos magistrados a “criação” de regras jurídicas. Por isso, nesse sistema adotou-se também um mecanismo de prescrições normativas estabelecidas pelo legislador, de modo a separar as atividades de criação e aplicação das normas.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revistas dos Tribunais: 2010, p. 35.

⁵ Idem, *ibidem*.

⁶ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

Mas, a identificação da jurisprudência como fonte do direito constitui elemento comum aos ordenamentos jurídicos do Ocidente como um todo. Variam, contudo, a primazia que lhe é conferida, sua eficácia e a forma de operá-la – elemento que a doutrina tem utilizado tradicionalmente para traçar uma linha divisória entre os sistemas do common law e do civil law. Segundo entendimento convencional da doutrina, o common law, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário.

Nesse sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes.

Já nos ordenamentos de origem romana, caberia à lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se às decisões judiciais papel meramente acessório e mediato, como fonte explicitadora e declaradora do significado do ordenamento positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da subsunção das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da atividade interpretativa.

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Porém, supôs-se no *civil law* que tais valores seriam realizados por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, enquanto no *common law*, por nunca ter existido dúvida que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa para se desenvolver.

II. STARE DECISIS:

O *stare decisis* deriva do latim e, em sua forma original dizia: *stare decisis et non quieta movere*, ou seja, “mantenha-se aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi

estabelecido”. Consiste na obrigação de uma corte ou tribunal inferior aplicar as decisões dos Tribunais Superiores quando se depararem com casos idênticos ou semelhantes.

O *stare decisis* foi concebido nos Estados Unidos da América como parte da tradição inglesa do *common law*. A adoção do *stare decisis* significa que um órgão julgador não pode julgar um caso concreto sem, primeiramente, agir em coerência com as decisões judiciais anteriores.

Em que pese a inevitável associação que se tem feito entre a *common law* e a noção de precedente de seguimento obrigatório, o respeito ao precedente não é elemento dela indissociável, pelo contrário, doutrinadores há que sustentam sua viabilidade no sistema do *civil law*.

To a historian at least any identification between the common law system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the common law in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the *ratio decidendi*, and functioned well enough.⁷

RENÉ DAVID⁸ assevera que o respeito ao precedente envolve a psicologia ou tradição jurídica que permeia o sistema judicial, não se tratando, pois, de componente exclusivo do *common law* ou inadequado ao *civil law*. A França, a Hungria e a Espanha são exemplos de países de tradição do *civil law* que acolheram, no todo ou em parte, a ideia de precedentes vinculantes.

A teoria do *stare decisis* significa muito mais do que simplesmente valorizar o precedente, mesmo porque qualquer juiz poderia proferir a decisão que quisesse e justificá-la

⁷ SIMPSON, A. W. B. *The common law and legal theory*. In *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 77.

⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 491.

ao achar algum precedente, por pior ou mais antigo que ele seja. O valor do *stare decisis* se manifesta pela forma como consagra o papel do Poder Judiciário na criação e afirmação do Direito, negando ao juiz o poder de resolver conflitos com base em suas opiniões isoladas, orientado por sua individualidade.

A teoria do *stare decisis* demanda apenas uma decisão, oriunda de um caso concreto, para que se torne de respeito obrigatório por todos os demais órgãos judiciários.

Comumente o *stare decisis* e precedente são considerados como termos análogos. Para NELY DUXBURY o *stare decisis* comporta o pensamento de que as decisões anteriores devem ser seguidas quando os mesmos pontos surgem novamente em juízo, sendo os juízes do common law obrigados a seguir os precedentes. Ainda que sua força vinculante seja explicada frequentemente em termos de hierarquia, ou seja, geralmente uma corte é considerada obrigada a seguir os precedentes estabelecidos por uma corte superior, deve-se ter em conta que o precedente pode operar tanto horizontal, quanto verticalmente. Há contudo certa divergência em relação a esta posição, na qual percebe diferença entre *precedente e stare decisis*.

FREDERICK SCHAUER⁹ estabelece as diferenças entre precedente e *stare decisis*. Tecnicamente, a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte é referida como sendo *stare decisis* e o termo mais abrangente precedente é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior.

Assim o autor descreve dois tipos de precedente: o *vertical* que é aquele que estabelece que uma Corte siga as decisões da Corte superior dentro de uma mesma jurisdição. E, precedente *horizontal* que é aquele que trata de uma hierarquia artificial ou imposta do anterior para o posterior. A decisão prévia é superior não porque vem da corte superior, mas porque a decisão prévia se torna superior apenas por que é anterior.

⁹ SCHAUER, Frederick, Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy (August 2007). KSG Working Paper No. RWP07-036. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1007001> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1007001>, p. 26.

Ante a distinção supra, ponderamos que no presente trabalho, continuaremos a adotar o significado de *stare decisis*, na sua forma preponderante, ou seja, na sua forma de precedente vertical e horizontal.

Assim, a materialização da teoria do *stare decisis* se dá na intimidade da estrutura hierárquica do Poder Judiciário, servindo para conferir harmonia na jurisprudência do subordinar juízes e tribunais às razões de decidir das decisões das Cortes Superiores. É instrumento de garantia da uniformidade da interpretação do Direito no âmbito do Poder Judiciário e conseqüentemente de garantia de segurança jurídica.

Para GIOVANNI TARELLO¹⁰ ”manter o juiz preso a lei seria sinônimo de segurança jurídica”. O próprio Montesquieu fez coro pela segurança jurídica fundado na estrita aplicação da lei quando disse que, se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nessa são assumidos. Essa passagem da doutrina de Montesquieu, segundo adverte o autor supra, evidencia uma ideologia que sugere que a liberdade política entendida como segurança psicológica do indivíduo, realiza-se através da certeza do direito.

III. A VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS:

A história da doutrina dos precedentes vinculantes deságua na revelação da importância dos repositórios de jurisprudência para o sistema jurídico anglo-saxão. Enquanto no sistema continental o texto legal é o limite, no sistema anglo-americano é realçada a importância dos julgados, sem os quais, o magistrado se depara com um leque maior de opções, a semelhança do que ocorre em casos de lacunas legislativa.

O desenvolvimento do direito dos precedentes vinculantes ocorreu de forma gradativa, iniciando-se como Direito dos Casos, para se tornar o Direito dos Precedentes Vinculantes. O Direito dos Casos alicerçado na teoria do *stare decisis*, ficou também conhecida como *case Law*. Sua característica principal era a de ser um direito construído pelos magistrados nos julgamentos de casos concretos, que passavam a vincular as decisões subsequentes. As reuniões dos juízes da Corte do reino inglês, realizadas na “Camara Exchequer” a partir do

¹⁰ El debido proceso/coordinado por Oscar A. Zorzol y Adolfo Alvarado Velloso – 1ª Ed. Buenos Aires, Ediar, 2006,p.143.

século XV, discutiam os casos mais importantes e complexos. Após ,discutido e decidido o caso retornava a respectiva Corte de Justiça para que a decisão fosse tomada. No ano de 1483, numa das decisões tomadas por maioria na Câmara, o Juiz-Chefe ao se manifestar consignou que apesar de discordar da decisão que ali se estabelecia, ele era obrigado a adotar a decisão da maioria que decidiu de acordo com uma decisão anterior.

Tal caso configurou um marco, de sorte que os juízes que faziam parte da Câmara quando fossem julgar casos futuros em que se tratasse de princípios já analisados acabavam obrigados a adotá-los. Nos séculos XVI e XVII as decisões proferidas pela Camara Exchequer assumiram o papel de precedentes vinculantes, papel este que naquele momento histórico inglês apenas as decisões da Câmara detinham, de maneira que havia casos em que as Cortes de Justiça consideravam-se livres para não adotar precedentes.

Foi somente no século XIX que se estabeleceu a obrigatoriedade de observância dos precedentes, o que está intimamente ligado a um sistema integrado de Relatório de Casos(Law Reports). Neste relatório contém transcrições circunstanciadas dos processos, com o inteiro teor dos julgados. *São as razões dadas nos relatórios que constituem a 'peça chave' para tornar os princípios ali desenvolvidos vinculantes para julgados subseqüentes*¹¹. Foi a aproximação do Case Law, com o sistema do Law Reports que deu o fortalecimento da teoria do precedente inglês.

Quando o caráter vinculante dos precedentes passou a ser observado também nas Cortes de Justiça(e não mais somente quando se tratasse de decisão proferida pela Câmara Exchequer), a doutrina dos precedentes ficou relacionada à hierarquia entre as Cortes, de maneira que uma Corte somente estaria vinculada às decisões proferidas pelas Cortes superiores ou pelas proferidas pelas Cortes de mesma instância. O fundamento dessa teoria dos precedentes obrigatórios está na necessidade de que os princípios jurídicos estabelecidos nas decisões das cortes devam permanecer vigentes e aceitos como fontes primárias de direito até que as Cortes superiores decidam de forma contrária ou caso seja publicada legislação revogando tais princípios.

A doutrina classifica os precedentes em precedentes de eficácia normativa e com

¹¹ VIERIA, Andréia Costa. Civil Law e Cammon Law: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabis, 2007, p. 215 e 216.

eficácia persuasiva ou precedentes reguladores ou não-reguladores¹². Os primeiros são aqueles que estabelecem um entendimento que deverá ser utilizado em um caso futuro análogo, já os da segunda classe são aqueles que não geram um dever no que tange a casos futuros análogos, podendo ser utilizados como fontes argumentativas em alguma decisão.

Os precedentes nos países do common law são geralmente reguladores ou de eficácia normativa, de tal modo que, o termo “precedente” indica a presença do caráter regulador. Nesse sistema há uma peculiaridade que deve ser conferida a de que inexistia originalmente um conjunto de normas de direito substancial. O processo e as decisões judiciais desempenham nesses países a função primordial de desenvolver tais normas e, por isso, precisavam ser dotada de eficácia vinculante e geral. Atualmente, no Brasil os fundamentos dos casos julgados que normalmente são mencionados como parte na praxe forense são tratados como precedentes não reguladores, embora podemos dizer que as súmulas vinculantes do ordenamento jurídico brasileiro são precedentes reguladores. Em outras tradições jurídicas, precedentes são reconhecidos apenas como indicadores da melhor maneira de interpretar o Direito codificado ou legislado.

IV. A INTERPRETAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS: UM ESTUDO DA *RATIO DECIDENDI*.

A vinculação ao precedente comumente limita e configura a abordagem do órgão julgador à decisão de uma dada questão. Assim o precedente é tratado como uma premissa. O caso já decidido estabelece um princípio, para, posteriormente, aplicá-lo, moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto.

Há quem afirma que a regra do *stare decisis* é um princípio de política, não uma fórmula mecânica de aderência à última decisão, sendo possível, portanto, sua revisão.¹³

Para a aplicação do precedente necessário se faz estudar e interpretar sua *ratio decidendi* este será o objetivo desse ítem.

¹² Classificação adotada por R. Cross and J. W. Harris. Precedent in English law, Oxford: Clarendon Press, 1968 e Patrícia Perrone.

¹³ www.law.cornell.edu/anncon/html/art3frag32_user.html is a principle of policy, not a mechanical formula of adherence to the latest decision.

Pois bem, a doutrina do precedente pode ser visualizada sob dois ângulos: *primeiro* pode-se afirmar que o aplicador da norma possui o dever intrínseco de interpretar e aplicar a decisão pretérita quando comporte caso igual agora analisado; *segundo*, o aplicador da norma poderá discordar da similaridade material dos fatos e afastá-la desde que apresente razões sólidas.

A análise do precedente depende de uma visão como um todo do caso anterior, de seu conteúdo, com o objetivo de identificar a convergência ou divergência dos aspectos materialmente relevantes dos casos concretos que deram origem ao precedente e ao julgamento atual.

MANUEL ATIENZA¹⁴ seguindo Alexy, afirma que as argumentações dogmáticas e fundadas em precedentes resguardam similaridades, donde “o uso do precedente justifica-se, do ponto de vista da teoria do discurso, porque o campo do discursivamente possível não poderia ser preenchido com decisões mutáveis e incompatíveis entre si; o uso do precedente significa aplicar a norma e, nesse sentido, é mais uma extensão do princípio da universalidade. Por outro lado, a obrigação de seguir o precedente não é absoluta, por isso contraria as regras do discurso(...)mas quem se afasta do precedente fica com a carga da argumentação.”

Desta feita, podemos asseverar que os precedentes não são aplicados de forma automática, ao contrário, eles devem ser analisados para que o aplicador da norma possa detectar que há a similaridade de fato e de direito entre os casos postos. Sendo assim, o papel criativo e construtivo do aplicador da norma é elevado, visto que a decisão refletirá não apenas as concepções e os costumes dele/aplicador, mas, sobretudo, o peso que o mesmo atribui a certos valores sociais contemporâneos que o levam a dar ênfase ou a ignorar um dado precedente. Nesse sentido, importante observar que o magistrado ao dirimir uma demanda criará duas normas jurídicas, uma de caráter geral e outra individual.¹⁵

¹⁴ ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica (trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino) 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 178.

¹⁵Concordamos com o modo com que TOSTES arremata a questão: “Não pensem, pois, os magistrados que, ao adotarem o entendimento sumulado, ou o pensamento traduzido na jurisprudência constante, estarão livres da completa e profunda investigação e apreciação de cada caso. A remissão ao entendimento anterior cristalizado, sumulado ou não, somente tem cabida quando efetivamente verificada o juiz tratar-se da mesma *fattispecie*, sendo, então, e somente então, de se aplicar o princípio da adequação, para garantia da segurança jurídica. (in

Para um melhor entendimento sobre a interpretação e aplicação dos precedentes, necessário se faz percorrer alguns caminhos conceituais dentre os quais: o que significa o *Holding*, a *Ration Decidendi* e o *Obiter Dictum*. Assim, ao conceituarmos esses elementos da decisão mostraremos a técnica utilizada para a delimitação do precedente.

O *Holding*¹⁶ é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. É a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais; é o princípio jurídico que o tribunal estabeleceu para decidir o caso concreto. Ele se constitui de duas partes: a *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Ratio decidendi é o argumento principal, será a porção do precedente que terá efeito vinculante. Contrariamente a isso, aqueles argumentos periféricos da decisão serão considerados como *obiter dictum*. Reconhecido o papel relevante dos fundamentos na identificação do comando de uma decisão por um lado, bem como a dificuldade de delimitar a amplitude de tal papel, por outro, torna-se interessante indagar metodologicamente se há alguma parte da motivação que poderá ser excluída desde logo da interferência sobre o desfecho de novas demandas. As manifestações/fundamentações não necessárias para a solução do caso concreto, a exemplo de considerações marginais efetuadas pelo órgão julgador, argumentos lançados por um dos membros do colegiado e não acolhidos ou apreciados pelo órgão aplicador, dissensos constantes de votos divergentes serão chamados ou tipificados como *obiter dictum*. O *obiter dictum* terá, em regra, eficácia persuasiva.

Esta norma geral, construída pela jurisprudência, recebe o nome de *ratio decidendi* (ou para os norte-americanos a *holding*), que está sempre localizada na fundamentação da decisão. São, a rigor, os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, sem as quais a decisão não teria sido proferida como foi, ou seja, os fundamentos essenciais. Nesse sentido, mostra-se interessante uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência, in Revista de Processo. Nº 104, 2001, p. 211)

¹⁶MELLO. Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo, São Paulo: Renovar, 2008, utiliza a expressão *ration decidendi*, como sinônima de *holding*.

Observe-se que a *ratio decidendi*, norma geral constante da decisão deve ser interpretada e compreendida à luz do caso concreto. Há doutrina que afirma que no sistema da *common law* a fundamentação da decisão sucessiva deverá conter expressa alusão à jurisprudência do tribunal superior ou da própria corte, cotejando o caso concreto¹⁷. De igual modo, há quem afirme que os fatos tidos como essenciais para a decisão compõem a *ratio decidendi*, viabilizando o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada na primeira decisão¹⁸.

Ante o esclarecimento do que é *obiter dictum* podemos dizer que a *ratio decidendi* é o contrário dele, ou seja, é o fundamento principal que será utilizado pelo aplicador no precedente, aquilo que lhe servirá para melhor embasar sua decisão.

Não há no *common law* consenso do significado de *ratio decidendi* ou mesmo de um método capaz de permitir sua significação. Dessa forma, tendo em vista que do *holding* se extrai o núcleo vinculante da decisão é necessário identificar por meios de critérios como os sugeridos pela doutrina inglesa, quais dentre os fundamentos da decisão foram marcados para o resultado do julgamento. Em linhas gerais, dois métodos principais definidos pela doutrina inglesa existem para buscar a *ratio decidendi*, são: o *Teste de Wambaugh* e o *Método de Goodhart*.¹⁹

O Teste de Wambaugh consiste em separar aquilo que se considerou como principal posição jurídica do precedente e inserir uma palavra que inverta o seu significado. Se, mesmo com essa inversão, o resultado do julgamento permanecer o mesmo, a proposição isolada não constituía proposição principal, devendo ser descartada como *ratio*. Entretanto, se tal inversão operar também a modificação do resultado do julgamento, então teremos a razão principal, sem a qual o caso seria decidido em outro sentido.

Em outras palavras a *ratio decidendi* de um caso é a premissa maior de um silogismo

¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do Direito. São Paulo: RT, 2004, p. 171.

¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 132, jun. 2009.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes. São Paulo: RT, 2010, p. 223.

necessária, cuja premissa menor são os fatos do caso, e a conclusão, a decisão em si. Para se saber se a premissa maior constante de um caso anteriormente julgado era necessária, cumpre verificar, através de um teste, se para o tribunal chegar ao veredicto teve de aplicar essa regra jurídica. Se uma hipotética mudança no conteúdo dessa premissa ou regra implicar mudança da decisão, ela era necessária e tem-se, realmente a *ratio decidendi* do caso. Se, ao invés, a mudança na premissa não implicar alteração da decisão constata-se a desnecessidade e tem-se uma mera *dictum* ou *obiter dictum*. A *Ratio decidendi* é a proposição sem a qual a decisão teria sido outra.²⁰

Apesar de esta teoria ser considerada como a teoria clássica. O teste de Wambaugh é apontado como falho pela doutrina contemporânea do *common law*. Para esta doutrina a inversão da proposta faria com que o caso fosse decidido de outra forma, não vale quando o caso se baseia em dois fundamentos que, isoladamente, podem conduzir à mesma solução. Na verdade, nessa situação o teste de Wambaugh faria com que as proposições sempre fossem *obiter dicta*, já que nenhum dos fundamentos seria necessário para a decisão.

O segundo método, por nós elegido, como um dos principais métodos, o método do Dr. Goodhart dá maior importância aos fatos. Seu método implica em isolar no julgado precedente os fatos considerados pelo juiz prolator como materialmente relevantes e o que foi decidido em relação a eles. Não há relevância, portanto, em se identificar as opiniões do juiz, a regra de direito aplicada ao caso ou as considerações feitas sobre os demais casos: a *ratio decidendi* é definida pela forma como o julgador tratou os fatos materialmente relevantes.

Goodhart apresentou o seu método em ensaio que apareceu publicado pela primeira vez, no *Yale Law Journal*, em dezembro de 1930. Esse ensaio intitulado *The ratio decidendi of a case*, tornou-se a base de todas as investigações posteriores acerca do tema, no *common law*. Nesta obra, Goodhart analisa seus antecessores, especificamente as lições de Wambaugh, Salomon e Gray e faz críticas à generalização e ao abstrativismo desses autores.

De acordo com Goodhart, a *ratio decidendi* a que se refere constantemente como “*principle of a case*” não é encontrada mediante a consideração de todos os fatos averiguáveis do caso e na decisão judicial. Para Goodhart, a *ratio* é identificada pela consideração dos fatos

²⁰ WAMBAUGH, Eugene. *The Study of Cases*. 2ª ed. Boston, 1894, p. 11-18.

tratados pelo juiz como materiais ou fundamentais e da sua decisão neles baseada. É necessário determinar todos os fatos do caso como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes fatos o juiz admitiu como materiais ou fundamentais para decidir. Os fatos materiais de uma causa não são auto-identificáveis, nem se classificam sozinhos. Critérios são necessários para determinar quais os juridicamente relevantes e em que nível de similitude e de generalidade eles devem ser enunciados. Mas para a ratio além dos fatos que o juiz os considerou como materiais, também seria importante a decisão que neles se fundou.

Na verdade, consoante tal teoria, os fatos levados ao tribunal devem ser considerados estímulos a uma resposta que é a decisão real do caso. E a simples combinação de estímulo/resposta (= fatos/decisão) representa a ratio decidendi do caso.

Na verdade, é necessário descobrir quais são os fatos que foram tratados como materiais e quais foram tratados como imateriais. Muitas vezes também é difícil determinar os fatos que foram considerados imateriais. Para a doutrina estes podem ser os fatos omitidos presumivelmente.

Outro método que trazemos ao nosso estudo é o Método de Oliphant - ou Teste de Oliphant - do professor Herman Oliphant representa uma visão extrema da escola conhecida como o realismo jurídico americano. Segundo ele, a ratio decidendi de um precedente não tem qualquer ligação com o raciocínio do juiz para chegar à decisão. Em outras palavras, o trabalho mental do juiz, que consta da decisão, deve ser ignorado inteiramente.

Para Oliphant os fatos levados ao tribunal devem ser considerados estímulos a uma resposta, que é a decisão real do caso. E a simples combinação de estímulo/resposta(=fato/decisão) representa a ratio decidendi. A ratio decidendi de um precedente não se traduz pela opinião de um juiz/tribunal prolator de uma decisão que constitui,

Mas há um fator constante nesses casos que é suscetível de impressão e estudo satisfatório. O elemento previsível nisso tudo é o que as cortes têm feito em resposta aos estímulos dos fatos dos casos concretos levados a elas. Não as opiniões dos juízes, mas de que forma eles decidem os casos é o que será a matéria dominante de qualquer estudo verdadeiramente científico do Direito.²¹

²¹ DE SOUZA, Marcelo Alves Dias. Do precedente Judicial à Súmula Vinculante. Curitiba: Juruá, 2011, p. 128.

FREDERICK SCHAUER²² também apresenta métodos para estabelecer a ratio decidendi. O método *fático-concreto* onde a ratio decidendi corresponderia a regra extraída de um conjunto de fatos, que poderia ser expressa da seguinte forma: em qualquer situação em que estejam presentes os fatos A e B(relevantes) e presente ou não o fato C(irrelevante), o resultado deverá ser X. Nesse método, seria importante o que o tribunal decidiu acerca de certos fatos e não o que disse. Já o método *abstrato-normativo* os tribunais quando decidem o caso, solucionam a lide de um modo mais amplo, enunciando, explicita ou implicitamente uma regra capaz de solucionar a própria demanda em exame e outros casos a ela assemelhados, que possam surgir no futuro. Isso porque, se o que se faz agora vinculará o amanhã, a corte deverá decidir com base no que é mais adequado para todos os casos que se encontrem dentro de uma apropriada categoria de similitude. Nesta hipótese, os fundamentos justificantes, ou seja, as razões oferecidas pelo tribunal seriam fundamentais para a enunciação da regra vinculante e para a determinação de sua generalidade.

PATRICIA PERONE CAMPOS MELLO²³ na sua Obra *Precedentes : o desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo contemporâneo*, acaba por não defender nenhum dos dois métodos explicitado por Frederick Schauer, diz que ao defender a abordagem fático-concreta implica em geral buscar uma compreensão do fenômeno dos efeitos normativos. E ao comentar sobre o método abstrato-normativo diz que ao se reconhecer que cada evento específico pode ser compreendido em vários níveis de generalidade, a fim de abarcar situações com pequenas peculiaridades sob uma mesma categoria, estar-se-ia confirmando que até mesmo o agrupamento delas pressupõe valorações. Finaliza seu raciocínio afirmando que o importante quanto aos métodos, contudo, não é afirmar uma opção por um ou por outro, mas tentar identificar o que há, em cada um, de eloquente par ao trabalho com precedentes, em especial para a interpretação e posterior fixação do holding. E afirma dizendo que o método fático-concreto demonstra que a realidade fática é profundamente relevante para a determinação do teor vinculante do precedente e o método abstrato normativo, por sua vez, afirma a importância dos fundamentos deduzidos pela corte para tal fim.

²² Op. Cit. pág.28.

²³ Op.Cit. pág. 127.

MARINONI²⁴ afirma que se o sistema de precedentes, e, portanto, a *ratio decidendi* e a sua força obrigatória, objetiva que casos similares sejam decididos de igual modo, quanto mais se aproximam os fatos dos dois casos, maior é a probabilidade de que a decisão dada ao primeiro caso seja aplicável à solução do segundo. Essa ideia tem presente a obviedade de que os fatos nunca se repetem e nunca podem ser ditos absolutamente iguais. É por isso que se fala em “probabilidade” de aplicação do precedente e em “maior aproximação” dos fatos. Portanto, para a conclusão acerca da adoção de um precedente, é imprescindível tratar da proximidade dos fatos que dão composição aos casos em cotejo.

Assinale-se que DWORKIN²⁵ ao falar da formação e interpretação da *ratio decidendi* compara adequadamente à elaboração de um romance que vai sendo elaborado em capítulos. Ao detalhar o processo de interpretação, diz há duas dimensões às quais sua interpretação será submetida à prova. A primeira é a da adequação, em que o intérprete não pode adotar uma interpretação que acredite representar sua leitura individual da obra – à qual nenhum outro autor poderia chegar – fugindo à própria figura de um romancista em cadeia, preocupado com uma interpretação que faça o texto fluir como um todo. A segunda dimensão é a escolha entre as interpretações adequadas daquela que se ajusta melhor à obra em desenvolvimento como um todo. Essas dimensões devem ser levadas em consideração pelo(s) autor(es) em todas as etapas da obra, do primeiro ao último capítulo do romance. Em um sistema jurídico em que há respeito aos precedentes, pode-se identificar um processo contínuo de julgamento, um romance em cadeia. As decisões a partir de um contexto histórico não são dadas de maneira pontual apenas para se resolver um único caso concreto. São consideradas no tempo. Também por isso é que buscamos uma definição mais ampla de precedentes, como sendo o *diálogo fundamentado com decisões anteriores*.

Por fim, na busca de se estabelecer a premissa, o precedente, sua *ratio decidendi*, devemos perceber a aproximação entre as funções dos juízes do common law e civil law, com a elaboração de precedentes que criam e interpretam o direito (de criação e interpretativos). Assim, a doutrina do stare decisis adquiriu papel fundamental nos países que seguem a tradição jurídica do common law e mesmo em sistemas de civil law, que ante reiteradas decisões nesse processo de disputa entre interpretações possíveis, pode-se acarretar uma cultura de respeito aos precedentes.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit. 253.

²⁵ DWORKIN, Ronaldo. Law as Interpretation. Texas Law Review, vol. 60, p. 527ss.

Cumpra-se registrar que se faz necessário saber se esses direitos criados ou reconhecidos, com base em outros casos, pode-se criar uma cultura de precedentes no sistema jurídico e se há algum ponto positivo na *ratio decidendi* formada, podendo constituir um elemento de controle social sobre a interpretação e aplicação desta *ratio* em casos futuros, o que faz surgir a possibilidade de fechamento no âmbito da investigação judicial sobre determinada questão jurídica, reconhecendo a decisão judicial anterior força para espargir efeitos para além do processo em que é proferida. Isso significa uma menor amplitude na liberdade interpretativa dos órgãos judiciais.²⁶

CONCLUSÃO:

Hoje, não é mais possível estabelecer nítidas distinções entre os sistemas de civil law e common law. Enquanto os países anglo-americanos utilizam-se cada vez mais da legislação e codificação como novas fontes do direito, os países de tradição romano-germânica passam a atribuir maior força ao precedente judicial, adaptando elementos da doutrina do precedente na busca de uma uniformização da jurisprudência e garantia de maior segurança jurídica e eficácia.

O stare decisis foi concebido como parte da tradição inglesa do common law e funciona como instrumento de garantia da uniformidade da interpretação do Direito no âmbito do Poder Judiciário. A eficácia do stare decisis não abarca o inteiro teor do julgado, senão a parte nuclear da motivação, onde se descreve o fundamento jurídico que embasa a conclusão: a ratio decidendi. É a ratio decidendi um comando geral e abstrato, mas amplo do que a solução de um caso concreto e a fundamentação de um caso.

Para a correta inferência da ratio decidendi, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a

²⁶ Sobre o assunto, a opinião de José de Albuquerque Rocha da qual comungamos : “A independência interna protegeria o julgador contra os constrangimentos oriundos do interior do próprio Judiciário. [...] O juiz é independente interna e externamente para ser dependente só da lei, ou seja, que possa julgar com base somente na lei. A independência é, pois, um instrumento de realização do princípio da legalidade.” (ROCHA, 1995, p. 28.)

mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva.²⁷

Métodos existem para uma interpretação e aplicação da *ratio decidendi*, mas o que se deve buscar não é somente a aproximação das funções dos julgadores do *common law* ao *civil law*, o que se deve buscar além da exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações e o mais importante quando da busca da *ratio decidendi* é que a decisão judicial resultante seja uma decisão justa.

Comungamos com o pensamento de Dworkin²⁸ em que a *dignidade da decisão judicial não está na criação do direito pelo juiz, mas na possibilidade de este decidir partir de princípios e fundamentos.*

REFERÊNCIAS:

ARRUDA, Paula. Efeito vinculante da Jurisdição Constitucional: estudo comparado com Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica (trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino) 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE SOUZA, Marcelo Alves Dias. Do precedente Judicial à Súmula Vinculante. Curitiba: Juruá, 2011.

DWORKIN, Ronaldo. Law as Interpretation. Texas Law Review, vol. 60.

²⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do Direito. São Paulo: RT, 2004, p. 175.

²⁸ DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 273.

_____ Rolnald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 191.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes. São Paulo: RT, 2010, p. 223.

MELLO. Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo, São Paulo: Renovar, 2008

ODAHARA, Bruno Periolo. In A força dos precedentes. Coor. Luiz Guilherme Marinoni. Salvador: JusPodivm, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. Súmula Vinculante e Democracia. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHAUER, Frederick, Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) about Analogy (August 2007). KSG Working Paper No. RWP07-036. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1007001> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1007001>.

SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law – Introdução ao direito dos EUA, São Paulo: RT, 1999.

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

TARELLO, Giovanni. El debido proceso/coordinado por Oscar A. Zorzol y Adolfo Alvarado Velloso – 1ª Ed. Buenos Aires, Ediar, 2006.

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

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência, in Revista de Processo. Nº 104, 2001.

VIERIA, Andréia Costa. Civil Law e Cammon Law: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabis, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, jun. 2009.