

O precedente vinculante e a *ratio decidendi* da Common Law: exemplos a seguir?

Andreia Costa Vieira¹
Advogada

1. Introdução

O sistema de precedentes vinculantes – as decisões judiciais que vinculam, de observância obrigatória e *erga omnes* – nasceu no sistema legal da Common Law² e é marca distintiva deste.

A Common Law é um sistema adotado por praticamente todos os países que outrora foram colônia da Coroa Britânica; entre eles, Estados Unidos (com exceção do Estado da Louisiana), Canadá (com exceção da província do Quebec), África do Sul, Índia e Austrália.³

Recentemente, a observância obrigatória dos precedentes tem ultrapassado fronteiras, num mundo globalizado, que se ajusta também juridicamente e que permite maior comunicabilidade e influência dos diversos institutos jurídicos desenvolvidos nos mais distintos sistemas legais. Trata-se de influência transfronteiriça, porque o direito tem alcançado aspectos transnacionais – marca de uma cultura pós-moderna do século XXI.

Dessa maneira/Desse modo, uma vez que a vinculação dos precedentes tem sido importada também no Brasil, é mister que se conheça um pouco de sua história de formação, bem como de sua estrutura original, para melhor acomodar a aplicação de precedentes que eficazmente

¹ Doutora em Direito Internacional pela USP, Mestre em Direito Internacional pela University of Nottingham, Visiting Scholar at the University of Cambridge, é Professora Associada de Direito Internacional do Programa de Mestrado e Doutorado da UNISANTOS e advogada; autora do livro “Civil Law e Common Law- os dois grandes sistemas legais comparados”.

² Em meu livro “Civil Law e Common Law – os dois grandes sistemas legais comparados”, fiz uma opção por grafar a expressão não traduzida Common Law como uma expressão pertencente ao gênero feminino. Antes de o livro ser publicado, identifiquei que havia uma confusão quanto à adoção do “feminino/masculino” para Common Law. Verifiquei que o sistema italiano grafa como expressão do gênero feminino. Fiz essa opção.

³ Ver Anexo 1, Juris Globe, University of Ottawa.

vinculem e para responder à indagação: “O precedente vinculante e a *ratio decidendi* da Common Law: exemplos a serem seguidos?”.

2. Desenvolvimento do sistema legal Common Law e dos precedentes vinculantes

A Common Law nasceu nas cortes reais da Inglaterra, sob o reinado do Rei Henry II, por volta de 1187. O Rei encomendou a um de seus renomados juizes, por nome Glanvill, a escritura de um livro que condensaria os costumes judiciais dos casos que eram levados para serem julgados nas Cortes reais. O Rei Henry II tinha a tradição de ser um “rei juiz” e a ele eram levados casos de diferentes matérias. A ele, se dirigiam, inclusive, nobres de outros reinados para aconselhamento e “decisão judicial” de seus litígios.

Ao ser publicado, Glanvill – o livro, que ficou conhecido com o nome de seu relator – contava a todos os súditos do Rei qual era o costume na Corte Real. Em sua publicação, o Rei determinou que aquela era a “*common Law*”, ou seja, era o direito comum a todos os homens livres, em território dominado por sua Coroa – um direito comum que registrava os costumes do Rei (daí o mito de que a Common Law é um direito costumeiro). Assim, o Rei fazia publicar seu direito, seus costumes e sua autoridade em face da Igreja e de Roma, contra quem queria publicamente se opor, contrapondo-se à *Cannon Law* e à *Roman Law*, também praticadas na Inglaterra, mas não comum a todos os homens livres⁴.

Posteriormente, os casos julgados nas Cortes reais passaram a ser relatados em livros de casos (no século XII, Bracton introduziu o costume de relatar *Case Books*) e em relatórios e livros do ano (no século XIII, os *Law Reports* e os *Year Books*). Contudo, foi somente no século XV, que a observância das decisões julgadas passou a ser praxe entre os juizes.

Os casos mais renomados, tanto pela complexidade como pela repercussão, eram levados, nessa época, à chamada Câmara Exchequer e ali, julgados em sistema colegiado, eram, posteriormente, observados pelos demais juizes. Não havia, no entanto, obrigatoriedade de vinculação. Tratava-se, muito mais, de um compromisso moral

⁴ Ver VIEIRA, A. C. *Civil Law e Common Law – os dois grandes sistemas legais comparados*, Porto Alegre: SAFE, 2007.

pautado por uma certeza e segurança jurídica, além de uma necessária harmonização.

Apesar disso, o “costume” de se observar precedentes foi exportado para as antigas colônias inglesas, na medida em que eram conquistadas. O sistema de observância dos precedentes foi, assim, incorporado e consolidado, com algumas peculiaridades locais nos sistemas jurídicos que se formavam na América do Norte, África, Ásia e Oceania.

Somente no século XIX, a monarquia e o Parlamento, com base na já consolidada prática do Judiciário, e após a costumeira organização dos *Law Reports*, declararam obrigatória a observância dos precedentes, que, a partir de então, se tornaram vinculantes por lei e ordem real, seguindo a hierarquia das Cortes judiciais da Inglaterra.

3. O sistema de precedentes vinculantes e a *ratio decidendi*

É importante entender o que exatamente importa desse sistema de precedentes vinculantes. Quais são, de fato, os elementos que merecem ser copiados da doutrina dos precedentes vinculantes, ou conforme tem sido consagrada, pela *doctrine of stare decisis*? Onde está a força vinculante, the binding element, dessa doutrina?

Richard Ward costuma enfatizar que há um erro em se dizer que uma decisão tem força vinculante ou mesmo que uma decisão perdeu sua força vinculante. O que contém *the binding element*, ou o perde, é na verdade, um princípio de direito desenvolvido na decisão, conhecido por *ratio decidendi* ou *holding*.⁵

Não é tudo o que é dito ou escrito pelo juiz em sua decisão que se torna *ratio*. Uma decisão, em regra, contém três elementos: i) fatos narrados, que são a base da livre convicção de um juiz; ii) princípios de direito positivo aplicáveis aos fatos em julgamento, e iii) a decisão que se baseia nos dois primeiros elementos.

Para as partes, o terceiro elemento é o principal da decisão. Para a *doctrine of stare decisis*, o segundo elemento é o mais importante, uma vez que ali se encontra a *ratio* (todo o arrazoamento de direito que conduziu à decisão final).

⁵ Ver WARD, Richard, *English legal system*, London: Butterworths, 1990.

Gary Slapper e David Kelly, em sua obra *English Law*, explicam que a *ratio decidendi* é toda a razão de direito aplicada ao se decidir um litígio trazido a juízo.⁶

Mas o que compõe, de fato, a *ratio*? Cracknell pondera que só pronunciamentos de direito compõem a *ratio* e apenas aqueles que são necessários para se atingir a decisão.⁷ Qualquer outra razão de direito desenvolvida na sentença é um *obter dictum*. Apesar de ter a sua importância e função no litígio (trazem exemplificação, fazem analogia etc.), torna-se supérflua para a formação da *ratio* – são palavras “mortas” na decisão.

Nem sempre é fácil encontrar a *ratio* em um caso relatado da Common Law, tanto no seu sistema original britânico como nos seus sistemas importados norte-americano, canadense, sul-africano, australiano e outros. A *ratio* pode consistir em alguns parágrafos ou de dezenas de páginas e será todo o arrazoado de direito que vinculará, conjuntamente com a sua base fática, pois é nesta que um caso se distingue de outro. Não necessariamente estará em texto contínuo. Além disso, dificilmente os juízes identificam a *ratio* em seus julgados quando a elaboram. Entendem que essa é a tarefa do intérprete. Em muitos casos, *obter dictum* foi transformado em *ratio* por errônea interpretação, mas se perpetuou como *common law*. Assim, infelizmente, muitos *obter dicta* tornaram-se “o direito”.

Dada toda essa complexidade, há modelo computacional de inteligência artificial, desenvolvido para encontrar a *ratio* (L. Karl Branting, University of Wyoming, Estados Unidos)⁸. A verdade é que os estudantes de Direito são treinados durante todo o curso para terem expertise em encontrar *the binding element*, assim como os estudantes de Direito do sistema romano-germânico são treinados a manusear códigos e separar temas.

4. Exemplo a ser seguido?

Apesar da complexidade, não há que se negar os benefícios de um sistema de precedentes vinculantes: previsibilidade e certeza,

⁶ Ver Gary Slapper e David Kelly, *English Law*, London: Cavendish, 2000.

⁷ Ver CRACKNELL, D. G., *English Legal System Textbook*, London: HTZ, 1994.

⁸ Ver BRANTING, L. Karl, A computational model of ratio decidendi, *Journal of Artificial Intelligence and Law*, 1994.

economia processual, tratamento semelhante para casos semelhantes, harmonia de todo o sistema, entre muitos outros.⁹

Para os que se preocupam com o engessamento do direito pelo sistema de precedentes, a própria Common Law tem utilizado dois mecanismos processuais: a distinção (*distinction*) e a revogação (*overruing*).

Pela distinção, o juiz deixa de observar a força vinculante quando conclui que o caso em mãos é distinto do precedente formado. Daí a importância de o *holding* não se concentrar apenas em um simples enunciado, mas trazer consigo uma boa parte do arrazoado. Pela revogação, que pode ser feita pelo próprio Judiciário ou por lei (a lei também é fonte primária de direito na Common Law!¹⁰), um precedente pode deixar de ser observado.

A Constituição Federal brasileira, criou o sistema de vinculação de precedentes ao admitir em seu Artigo 103, A, caput, que

“o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Quando se toma o enunciado de uma Súmula, vê-se que há claramente uma distinção na aplicação do sistema de vinculação no direito brasileiro – talvez intencionalmente, talvez por incompreensão do sistema de precedentes originalmente criado. A Súmula brasileira que vincula é um mero enunciado, de três ou quatro linhas, com uma ordem imperativa que se assemelha muito mais ao terceiro elemento da decisão (aquele que importaria preferencialmente às partes) e é totalmente diferente da ratio do sistema da Common Law.¹¹

⁹ Ver “Vantagens e Desvantagens do sistema de precedentes vinculants” em meu livro *Civil Law e Common Law – os dois grandes sistemas legais comparados*, p. 128.

¹⁰ Ver “As Leis – Statute Law” em meu livro *Civil Law e Common Law – os dois grandes sistemas legais comparados*, p. 136.

¹¹ Ver os enunciados das Súmulas Vinculantes na página do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=jurisprudenciasumulavinculante>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

O novo Código de Processo Civil alarga essa recepção de elementos da Common Law no Brasil, fazendo com que a vinculação se estenda a mais julgados. De uma leitura simples do Art. 927 do novo CPC, verifica-se que o texto está bastante abrangente. Lê-se:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

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

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (grifo nosso)

No Art. 927, o verbo “observarão” é interpretado pacificamente como “estarão vinculados”. Vê-se, claramente, que o artigo 927 recepciona dois elementos importantes dos precedentes vinculantes da Common Law, a saber: i) a vinculação *per se*; ii) a organização dos precedentes por questão jurídica.

Quanto ao primeiro, trata-se da mesma noção de observância obrigatória já introduzida pela súmula vinculante. Alarga-se o leque para as decisões de outros tribunais e outros tipos de decisões dentro do próprio STF. Bem se vê que os tribunais agora incluídos deverão ser treinados para compreender essa nova mentalidade de vinculação, uma vez que seus julgados serão observados obrigatoriamente dentro da hierarquia estabelecida.

Quanto ao segundo – a organização dos precedentes por questão jurídica, trata-se de absorção da estrutura dos *Law Reports* no Brasil. É de se observar que a sequência foi invertida em relação à Common Law. Nesta, primeiro houve uma extrema organização dos precedentes em *Law Reports*; depois, a vinculação foi assimilada e, por fim, determinada por lei. Mas essa sequência foi uma questão histórica, mesmo porque não se imaginava, no momento de criação dos *Law Reports*, que os precedentes neles relatados teriam força de lei.

Acredito que a inversão da ordem não prejudica a aplicação do elemento vinculante ao direito brasileiro. Poderia ter sido imaginado um passo a passo para preparação dos magistrados e funcionários do Judiciário para essa absorção do elemento vinculante e, nessa preparação, a criação dos relatórios de casos poderia ter sido introduzida previamente à introdução da vinculação. No entanto, apesar dos atropelos, a adoção de ambos os elementos - vinculação e organização por questão jurídica - pode caminhar lado a lado.

5. E se a estrutura da ratio decidendi também fosse absorvida?

Convém repetir que uma decisão judicial, em regra e em qualquer sistema legal do mundo, contém três elementos principais, a saber: i) os fatos narrados; ii) o arrazoado que compreende os princípios de direito positivo aplicáveis aos fatos em julgamento, e iii) a decisão que se baseia nos dois primeiros elementos.

Para a *doctrine of stare decisis*, o elemento principiológico que conduz à decisão final é o mais importante e é ele que vincula. A *ratio*

decidendi ou holding é a razão de direito aplicada para se atingir a decisão. Dela fazem parte apenas os pronunciamentos de direito que forem necessários para se chegar à decisão final, sendo que, outros comentários, analogias, exemplificações e observações desenvolvidos na sentença são *obter dictum*. A própria decisão final (aquela que importa preferencialmente às partes envolvidas) não configura, per si, a *ratio decidendi*.

De uma observação das súmulas vinculantes publicadas, vê-se claramente que o Brasil tem adotado o elemento vinculante da *ratio*. Veja o enunciado de algumas súmulas vinculantes:

Súmula 4:

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Súmula 5:

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Súmula 12:

A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

Súmula 25:

É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Súmula 48:

Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.

Contudo, como bem se nota, o elemento que vincula nessas súmulas configura, em seu simplório enunciado, a decisão final, que importaria preferencialmente às partes envolvidas. É isso mesmo o que queremos? Ou melhor, é isso mesmo o que deveríamos estar absorvendo?

De séculos de construção histórica da Common Law e seu sistema de precedentes vinculantes, os *common lawyers* entenderam que deve vincular a razão de direito. O Brasil, por sua vez, decide adotar o precedente que vincula. Contudo, contrariando a tendência do constructo

anglo-saxão, vincula no Brasil o terceiro elemento da sentença. Que riscos estariam envolvidos nessa “equivocada compreensão de vinculação” – uma vinculação à brasileira? Um jeitinho brasileiro para vincular?

Num momento em que, felizmente, o Brasil consolida ainda mais esse elemento vinculante em suas decisões, com um novo Código de Processo Civil que alarga essa possibilidade de vinculações para mais decisões do STF, inclusão de decisões do STJ, bem como, seguindo as hierarquias convencionadas, também as decisões dos tribunais superiores, convém questionar se as mudanças não seriam mais satisfatórias se as Cortes superiores brasileiras modificassem, em suas redações, a estrutura do elemento vinculante, para abraçar o arrazoado de direito que, a exemplo da Common Law, importa à decisão final – a *ratio decidendi*.

Há entendimentos de que o Art. 489 do novo CPC aponta para um reclame desse elemento de razão na vinculação.¹² Lê-se no CPC:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

¹² Em exposição que fiz a alguns professores de Direito Processual Civil, em 2015, sobre a *ratio decidendi* como elemento central do precedente vinculante e a equivocada vinculação de um enunciado no Brasil, o Prof. Marcos Destefenni levantou o raciocínio de que podemos respaldar esse meu reclame no Art. 489 do novo CPC. Essa exposição aqui feita sobre o Art. 489 é baseada nessa interpretação, com a qual concordamos plenamente, do Prof. Destefenni.

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Numa boa interpretação desse artigo – uma interpretação segundo os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, a razão de decidir deve ser o elemento central do precedente que vincula também no Brasil.

Os fundamentos são elementos essenciais da sentença. Não pode ser considerada fundamentada uma decisão que se limite a indicar, a reproduzir ou a parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. Tampouco o deveria ser uma súmula que tem intenção de vincular. A razão de direito deve ter esse vínculo com a pessoalidade da causa em si. Esse é também o raciocínio da Common Law.

Compreendemos que, no Brasil, as razões também devem ser enunciadas. E que assim seja.

Conclusão

Num mundo globalizado, de cultura pós-moderna, o aprendizado é transnacional. A *ratio decidendi* pode, assim, ser também incorporada à cultura de redação de um precedente no Brasil, sem carregar a sua carga de indefinição da Common Law.

A certeza e segurança jurídica que se pretendem com a incorporação do sistema de precedentes vinculantes seriam garantidas por um arrazoado de direito e não por um mero enunciado. Seria, assim, a razão de decidir que vincula. E isso poderia ser feito sem a recepção da complexidade de encontrar a ratio na decisão brasileira, uma vez que, no Brasil, o juiz já é um expert em construir sentenças com suas distintas partes devidamente identificadas. Absorveríamos a razão de vincular sem a complexidade da Common Law.

Referências

- CRACKENLL, D. G. *English legal system textbook*. London: HTZ, 1994.
- BRANTING, L. Karl. A computational model of ratio decidendi. *Artificial Intelligence and Law*, v. 2, n. 1, p. 1-31, 1994.
- SLAPPER, Gary; KELLY, David. *English law*. London: Cavendish, 2000.
- UNIVERSITY OF OTTAWA. *Juris Globe*, 2015. Disponível em: <<http://www.juriglobe.ca/eng/>>. Acesso em: 19 jan. 2016.
- VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law – os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: SAFE, 2007.
- WARD, Richard. *English legal system*. London: Butterworths, 1990.