

Precedente vinculativo e persuasivo e a ratio decidendi

Partilhamos da perspectiva teórico-prática na qual decidir é um ato de responsabilidade política (ato estatal), e não de escolha (agir estratégico do dia a dia), como sempre afirmou Dworkin e diariamente assevera Lenio Streck.^[1] Heinrich Rombach nos lembra: "*Respostas de escolha são respostas parciais; respostas totais, nas quais entra em jogo a existência inteira*" ^[2].



É dever de quem decide enfrentar todos os fundamentos trazidos pela

parte, sendo a intersubjetividade "*a condição para o surgimento de uma decisão. Nesse sentido, o juiz deve controlar a sua subjetividade por intermédio da intersubjetividade proveniente da linguagem pública (doutrina, jurisprudência, lei e Constituição)*" ^[3].

A fundamentação é o componente principal da decisão, com o Direito na atual quadra e, inclusive, o CPC veda decisões sem contexto ou, filosoficamente, "*conceitos sem coisas*" ^[4]. Desse modo, todo conceito, indeterminado (ou não), deve ser contextualizado por seu uso, o denominado "*uso pragmático da linguagem*" de Wittgenstein.^[5]

Essas pontuações jurídicas servem de base para compreender o artigo 489, §1º, VI, do CPC. Indiscutivelmente, o artigo acima diferencia enunciado de súmula, jurisprudência e precedente, não se podendo tomar tais categorias jurídicas como sinônimas ^[6].

O artigo 489, §1º, VI, do CPC ratifica que se a parte traz em suas manifestações jurídicas um enunciado de súmula ou um julgado tido como precedente deve vê-lo aplicado. A não aplicação se justifica se somente se a decisão judicial realizar a distinção (*distinguishing*) e fundamentar que o enunciado de súmula ou o julgado tido como precedente é incabível para o caso concreto ou que adveio a superação (*overruling* ou *overriding*) do entendimento que sufragava o enunciado de súmula, jurisprudência e precedente colacionado e cotejado pela parte em suas manifestações processuais ^[7].

O enunciado de súmula enuncia o sentido a ser aplicado pelas demais instâncias e o precedente, na hipótese brasileira do artigo 926, IV, §2º, do CPC, se restringe aos casos concretos que ensejaram a construção do enunciado de súmula ^[8]. No CPC brasileiro, precedente seria decisão de tribunal superior, sem ser sinônimo de enunciado de súmula ou de jurisprudência ^[9].

O termo jurisprudência pode ser utilizado para significar a atividade romana de julgar com prudência para obter justiça um caso concreto (*jurisprudencia*), o estudo do Direito (*jurisprudenz*), o próprio

Direito (*jurisprudence*) ou como um padrão decisório que serve para decidir casos futuros (jurisprudência). Entendo que no Brasil tal padrão não é, em regra, racional (passível de controlabilidade democrática dos fundamentos decisórios pela sistemática violação do dever de fundamentação) e, por isso, inexistente, em sentido técnico, jurisprudência em nosso país [10].

O *precedente*, em sentido não jurídico, pode ser compreendido como uma referência, um modelo, uma razão que serve de paradigma para o futuro, bem como, *"no Direito, um precedente, instituto tradicional e típico dos países sob o common law, é uma decisão judicial pretérita que acaba por ter relevância em casos subsequentes, servindo de referência na decisão desses casos"* [11].

Há quem entenda que o artigo 927 do CPC trata de precedentes vinculantes (*"entendimentos que firmam orientações gerais obrigatórias para o futuro"* [12], por exemplo: Recurso Extraordinário nº 655.265) no Brasil. Mitidiero aduz: *"O papel do precedente é de reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade (...)"* [13].

Para essa linha, o precedente é entendido como *"razões generalizáveis extraídas da justificação das decisões"* que *"emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios"* [14] e vinculantes [15].

Ocorre que o precedente se estrutura, em regra, no sistema de *common law* pela: 1) *ratio decidendi* (*"enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto"*, em que o Judiciário justifica a decisão e tal enunciado deve corresponder à faticidade jurídica que ele solucionou [16]); 2) *obiter dictum* (manifestação jurídica presente na decisão judicial, *"cujo conteúdo e presença não se apresentam como condição de possibilidade para a solução final da demanda"* [17]).

Na *common law*, o precedente é a expressão da historicidade hermenêutica de julgado de tribunal superior, evitando-se que uma decisão do tribunal superior *nasça precedente*. Não se pode, portanto, aduzir com o entendimento de que o CPC instituiu um sistema de *stare decisis* ou de precedentes à brasileira.

O CPC, por conseguinte, prestigia o caso concreto na hipótese de aplicação do enunciado de súmula, da jurisprudência e do precedente, visto que sempre quem decide deve comparar as especificidades do caso invocado pela parte com o caso concreto que está a decidir. Na hipótese de incidência do enunciado de súmula, a *ratio decidendi* ou o DNA dos casos que geraram o enunciado de súmula deve ser compatível com o caso decidendo para que se aplique o referido enunciado de súmula ou se realize a distinção ou superação do entendimento anterior sobre o tema. A pergunta a ser feita, portanto, é: o que vincula um julgado a outro posterior? É o próprio julgado ou algum elemento que se extrai do julgado?

No Brasil, *"o problema da identificação da ratio decidendi de uma decisão — e, portanto, do seu elemento de vinculação — costuma ser objeto de apropriação pelo próprio tribunal que proferiu referida decisão"* [18].

A rigor, o que vincula um julgado a outro posterior é o princípio "*(elemento justificador, que evidencia a questão jurídica como um problema não de técnica ou de funcionalidade, mas de moralidade substantiva)* (...) Vinculará — além de que é o novo caso que dirá o que do caso anterior é só obiter dictum e o que é ratio decidendi e, inclusive, o que este último significa para a solução atual do caso" [\[19\]](#)

Por isso, a "*genuína ratio decidendi vai se estabelecendo e aclarando com o devir interpretativo em função dos futuros casos*" [\[20\]](#) com o presente caso concreto, se reproduzir as premissas do caso do passado, deve receber a mesma conclusão [\[21\]](#). Precedente não nasce precedente, mas se torna precedente ao longo do tempo, cuja vinculação se faz pela *ratio decidendi* (*reason for the decision*) e mesmo que haja divergência na *common law* do que constitui a *ratio decidendi*, em nenhum caso se faz como parte da literatura jurídica e de julgados no Brasil, de afirmar que a "*ratio de um caso a uma tese generalizante, enunciada pelo tribunal previamente com esse fim*" [\[22\]](#).

Como diz Lenio: "*Um precedente — ou seja, o nome que se dê a um enunciado com pretensão generalizante — não nasce para vincular. Ele obriga contingencialmente (dimensão da integridade)*" [\[23\]](#).

Nessa senda, a distinção (*distinguishing*) ou a superação (*overruling*), no caso brasileiro, não se restringe ao precedente, como na *common law*, mas se estende ao enunciado de súmula, ao acórdão e ao precedente, hierarquizando o enunciado de súmula em relação ao precedente [\[24\]](#).

Não obstante tudo isso, a 3ª Turma do STJ foi explícita quanto à interpretação que entende adequada ao artigo 489, §1º, VI, do CPC no Recurso Especial nº 1.698.774:

"01) Nas razões de seu recurso especial, alega a recorrente que teria invocado, na apelação, uma série de julgados abonadores de sua tese de impossibilidade de partilha da previdência complementar privada aberta, proferidos pelo TJ/SP e pelo TJ/DFT, que não teriam sido observados pelo TJ/RS por ocasião do julgamento do referido recurso.

02) Argumenta a recorrente, em razão disso, que teria ocorrido violação ao artigo 489, §1º, VI, do CPC/15, na medida em que somente seria lícito ao TJ/RS afastar-se do entendimento contido nos julgados do TJ/SP e do TJ/DFT se houvesse fundamentação relacionada à distinção em relação à hipótese em exame ou à superação do entendimento materializado naqueles julgados.

03) O dispositivo legal alegadamente violado possui o seguinte conteúdo:

Artigo 489 — São elementos essenciais da sentença: (...) §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) 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.

04) Examinando-se o conteúdo do referido dispositivo legal, verifica-se que a nova lei processual exige do juiz um ônus argumentativo diferenciado na hipótese em que pretenda ele se afastar da orientação firmada em determinadas espécies de julgados, a saber, que demonstre a existência de distinção entre a hipótese que lhe fora submetida e o paradigma invocado ou de superação do entendimento firmado no paradigma invocado.

05) Denota-se, pois, que o artigo 489, §1º, VI, do CPC/15, possui, em sua essência, uma indissociável relação com o sistema de precedentes tonificado pela nova legislação processual, razão pela qual a interpretação sobre o conteúdo e a abrangência daquele dispositivo deve levar em consideração que o dever de fundamentação analítica do julgador, no que se refere à obrigatoriedade de demonstrar a existência de distinção ou de superação, limita-se às súmulas e aos precedentes de natureza vinculante, mas não às súmulas e aos precedentes apenas persuasivos.

06) Quanto ao ponto, anote-se a precisa lição de Daniel Amorim Assumpção Neves:

No inciso VI do §1º do artigo 489 do CPC, há previsão de que não se considera fundamentada decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou de superação do entendimento. Lamenta-se a utilização do termo jurisprudência ao lado de súmula e precedente, não se devendo misturar a abstração e generalidade da jurisprudência com o caráter objetivo e individualizado da súmula e do precedente. De qualquer forma, como a aplicabilidade do dispositivo legal é limitada à eficácia vinculante do julgamento ou da súmula, a remissão à jurisprudência perde o sentido e torna-se inaplicável. Diferentemente do que ocorre com o inciso antecedente, o inciso VI do §1º do artigo 489 do CPC não se aplica a súmulas e precedentes meramente persuasivos (Enunciado 11 da ENFAM: 'Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do §1º do artigo 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no artigo 927 e no inciso IV do artigo 332'), porque, nesse caso, o juiz pode simplesmente deixar de aplicá-los por discordar de seu conteúdo, não cabendo exigir-se qualquer distinção ou superação que justifique a sua decisão. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 883/884).

07) Na hipótese em exame, dado que a recorrente invocou, para o julgamento da apelação perante o TJ/RS, apenas julgados proferidos pelo TJ/SP e pelo TJ/DFT no mesmo sentido de sua tese recursal de impossibilidade de partilha da previdência complementar privada aberta, o acórdão recorrido não estava obrigado a considerá-los por ocasião do julgamento da apelação e, por via de consequência, também não estava obrigado a estabelecer qualquer distinção ou superação do entendimento firmado pelo TJ/SP e pelo TJ/DFT, razão pela qual não há que se falar em violação ao artigo 489, §1º, VI, do CPC/15" [\[25\]](#).

Não entro no mérito quanto à correção (ou não) da decisão do acórdão retrocitado, mas, sim, à adequada (ou não) interpretação quanto ao artigo 489, §1º, VI, do CPC, já que se o julgado do tribunal de São Paulo decide um caso concreto em que a circunstância fático jurídica é idêntica àquela decidida pelo tribunal do Distrito Federal, há uma *ratio decidendi* que os vincula, pouco importando a que tribunal o(a) juiz(a) que decide está circunscrito, porque o que vincula em uma decisão é *ratio decidendi* que, por isonomia, deve ser aplicada em qualquer caso concreto no Brasil por qualquer tribunal.

Caso quem julga entenda que a *ratio decidendi* não se aplica ao caso julgado deve fazer a distinção e se entende que tal *ratio* se aplica ao caso, para afastá-la, deve superá-la. Fora isso, adotar o entendimento do STJ acima é violar de forma flagrante o texto e o contexto hermenêutico institucional do artigo 489, §1º, VI, do CPC. O objetivo deste texto, portanto, é fomentar a reflexão da comunidade jurídica para o tema, que reflete uma sistemática não aplicação do mencionado artigo de lei em nosso país.

[1] STRECK, Lenio. Artigo 489. FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.); NUNES, Dierle; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; STRECK, Lenio (Coords). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva. Edição do Kindle, item 2.1.

[2] ROMBACH, Heinrich. Decisión. In: Krings, Hermann; Baumgartner, Hans Michael; WILD, Christoph (Orgs.). Conceptos Fundamentales de Filosofía. Barcelona: Editorial Herder, 1977, v. I., p. 476-490.

[3] STRECK, Lenio. Artigo 489., item 2.1.

[4] STRECK, Lenio. Artigo 489., item 2.5.

[5] STRECK, Lenio. Artigo 489., item 2.6.

[6] Nesse sentido: STRECK, Lenio. Artigo 489., item 2.10.

[7] STRECK, Lenio. Artigo 489., item 2.10.

[8] STRECK, Lenio. Artigo 489., item 2.10.

[9] STRECK, Lenio. Artigo 489., item 2.10.

[10] RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

[11] STRECK, Lenio. Precedentes. Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais de acordo com a crítica hermenêutica do direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 360-367.

[12] MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. Revista da AGU, v. 15, n. 3. p. 9-52, jul./set. 2016. MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

[13] MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação., p. 28.

[14] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. O Novo Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 611.

[15] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017, p. 235-248.

[16] STRECK, Lenio. Artigo 489., item 2.10.

[17] STRECK, Lenio. Artigo 489., item 2.10.

[18] STRECK, Lenio. Precedentes.

[19] STRECK, Lenio. Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 36 e 77.

[20] STRECK, Lenio. Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015., p. 95.

[21] STRECK, Lenio. Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015., p. 99.

[22] STRECK, Lenio. Precedentes.

[23] STRECK, Lenio. Precedentes., p. 360-367.

[24] STRECK, Lenio. Artigo 489., item 2.10.

[\[25\]](#) STJ – Recurso Especial n.º 1.698.774. 3ª Turma. Relª. Minª. Nancy Andrighi. DJe de 09.09.2020.

Date Created

13/02/2021