

O JULGAMENTO COLEGIADO NAS CORTES SUPREMAS¹

Luiz Guilherme Marinoni

Sumário: 1. Da correção da aplicação da lei à atribuição de sentido ao direito; 2. Da solução do caso concreto à *ratio decidendi*; 3. A função contemporânea das Supremas Cortes e o problema do julgamento colegiado; 4. A importância da vontade dos julgadores; 5. Dimensões do julgamento colegiado; 6. *Ratio decidendi* e *obiter dictum*; 7. Fase de discussão: o raciocínio decisório; 8. Os fatos do caso; 9. A admissibilidade do caso ou do recurso; 10. Decisões divergentes e violação de precedente; 11. Enfrentamento da interpretação proposta no recurso; 12. Os fundamentos de direito; 13. As diretivas de interpretação e opções valorativas; 14. Universabilidade da decisão; 15. Proclamação da decisão e da *ratio decidendi*; 16. Fundamentos e conclusão dos votos individuais; 17. Elaboração da justificativa; 18. Justificativa e *ratio decidendi*

1. DA CORREÇÃO DA APLICAÇÃO DA LEI À ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO AO DIREITO



s Cortes Supremas, na generalidade dos sistemas de civil law, foram concebidas para corrigir - seja mediante cassação ou revisão - a interpretação da lei.

Se a lei é suficiente para regular a vida social e os juízes se submetem apenas a ela, basta que a Corte Suprema corrija as decisões que mal a aplica². Quando, porém,

¹ Conferencia dictada en el XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Cartagena, 2014.

² “Sorprendente ingenuità. Disgraziatamente non esiste affatto una cosa come il significato oggettivo dei testi normativi. Ogni testo normativo è almeno potenzial-

especialmente em virtude do impacto do constitucionalismo, percebe-se que a compreensão judicial outorga sentido ao texto legal, passa a ser necessário pensar na definição da interpretação adequada e na sua estabilidade³.

No momento em que se tem em conta que o Judiciário tem a função de dar sentido à lei em conformidade com a evolução das necessidades sociais e de acordo com as características do caso concreto⁴, há que se dar à Corte Suprema a função de outorga de unidade ao direito, vale dizer, a função de definição do sentido adequado do texto legal diante de determinadas circunstâncias de fato e num determinado momento histórico. Dessa função decorre, naturalmente, a necessidade de o direito proclamado pela Corte Suprema adquirir estabilidade, projetando-se sobre a sociedade e sobre a solução dos casos conflituosos⁵.

mente e almeno diacronicamente equivoco; *sicché risulta semplicemente impossibile distinguere tra interpretazioni 'vere' e interpretazioni 'false'*” (GUASTINI, Riccardo. *Se i giudici creino diritto. Istituzioni e dinamiche del diritto*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 391).

³ A função de garante da interpretação adequada da lei, como observa Elisabetta Silvestri, pode ser vista como pertencente ao “patrimônio genético” das Cortes Supremas em geral – de cassação, de revisão etc -, uma vez que a sua colocação no ápice da pirâmide judiciária necessariamente comporta o exercício de poderes de controle sobre a atividade interpretativa realizada pelos juízes inferiores (SILVESTRI, Elisabetta. *Corti Supreme Europee: Accesso, filtri e selezione*. In *Le Corti Supreme*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 110). V. GUASTINI, Riccardo, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: Luigi Ferrajoli et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

⁴ V. TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 61, 63-64; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011; JORI, Mario e PINTORE, Anna. *Manuale di teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 205 e ss; DICIOTI, Enrico. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino: Giappichelli, 1999, p. 200 e ss; SACCO, Rodolfo. *Interpretazione del diritto. Dato oggettivo e spirito dell'interprete*. In *Diritto, giustizia e interpretazione*. Roma/Bari: Laterza, 1998, p. 111 e ss.

⁵ “A decisão interpretativa, por ser elaborada a partir das valorações e da vontade do intérprete, é algo mais em face da regra editada pelo legislador, tendo, assim, um caráter de criatividade a partir da lei. Esse algo de novo se coloca ao lado da lei, integrando uma ordem jurídica mais ampla, exatamente porque a decisão do STJ, ao definir o sentido do direito, confere-lhe unidade, revelando o ‘direito

A Corte assume a função de atribuir sentido ao direito quando se admite que o Judiciário trabalha ao lado do Legislativo para a frutificação do direito⁶. O direito modelado pela Corte Suprema tem que ter estabilidade, de modo que os precedentes obrigatórios se tornam indispensáveis para garantir a igualdade e a liberdade, as quais não mais dependem apenas da lei⁷. A força obrigatória do precedente não se destina a garantir a uniformidade da aplicação do direito objetivo, mas a preservar a igualdade perante o direito proclamado pela Corte Suprema⁸.

judicial' que deve regular a vida em sociedade e guiar a solução de casos iguais ou similares. Note-se, portanto: a eficácia obrigatória do precedente, circunscrita à sua *ratio decidendi*, é mera consequência da função da Corte de atribuir sentido e unidade ao direito federal, vale dizer, de criar algo de novo na ordem jurídica vinculante" (MARINONI, Luiz Guilherme, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2.^a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 158-159).

⁶ FERRARESE, Maria Rosaria. Dal "verbo" legislativo a chi dice l'"ultima parola": le Corti Costituzionali e la rete giudiziaria, In: *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 63 e ss.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3a. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 65 e ss.

⁸ "Admitindo-se que a interpretação não pode definir o sentido exato da lei, mas deve realizar valorações para definir o sentido atribuível ao texto legal, é claro que a lei não é suficiente para garantir a igualdade perante o Judiciário. A Corte Suprema não mais pode ser vista como um órgão que visa a garantir uma mítica racionalidade do ordenamento, fruto de uma razão iluminista que tanto já seduziu⁸. É preciso que o sentido do direito delineado pela Corte Suprema, por intermédio do precedente, pautar a solução dos casos iguais ou similares, vinculando ou obrigando os juízes e tribunais inferiores. A igualdade perante as decisões judiciais é fruto do dever de o Estado dar a todos que estão em uma mesma situação jurídica a solução que a Corte Suprema racionalmente delineou, oferecendo as melhores razões possíveis. Afinal, todos os homens, em condições iguais, merecem (e apenas podem exigir) a melhor solução que o Estado pode obter para lhes garantir uma vida justa. Em suma: o valor constitucional tutelado pelo sistema de precedentes não é a unidade do direito, antigo mito atrás do qual se esconderam instâncias autoritárias dos mais variados gêneros, porém a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juizes ao "direito" delineado pela Corte Suprema, dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças". (MARINONI, Luiz Guilherme, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2.^a ed., cit., p. 164-165). V. SILVESTRI, Gaetano. *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*. In *Le Corti Supreme*. Milano: Giuffrè,

2. DA SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO À *RATIO DECIDENDI*

Embora a Corte deva atribuir sentido ao direito, o exercício da sua função é estimulado pelo recurso do litigante, que deseja ver o caso resolvido em seu favor. Contudo, quando o recurso abre oportunidade para a Corte atuar, a solução do caso concreto é um pretexto para a Corte se desincumbir da sua real missão⁹.

Isso quer dizer que o julgamento do recurso especial não deve mais ser pensado como uma mera solução do caso concreto. Por consequência, não pode importar apenas a parte dispositiva da decisão da Corte, que corrige ou não a decisão objeto do recurso. Quando se pensa na definição do sentido do direito importam os fundamentos determinantes da interpretação conferida à lei diante do caso concreto. São as razões de decidir ou, mais precisamente, as razões determinantes da solução do caso ou da interpretação conferida à lei que assumem relevo quando se tem em conta uma decisão que, além de dizer de respeito aos litigantes, projeta-se sobre todos e passa a servir de critério para a solução dos casos futuros. Não basta saber se a decisão é favorável ou contrária ao recorrente, mas é preciso compreender o entendimento da Corte, ou melhor, as razões que levaram a Corte a decidir a favor ou contra o recorrente, escolhendo uma interpretação em detrimento de outra ou de outras.

Se a Corte Suprema não deve mais se limitar a corrigir a aplicação da lei para resolver o caso concreto, não basta mais saber apenas a sua conclusão, sendo imprescindível conhecer as razões que justificam o seu raciocínio decisório e a sua esco-

2001, p. 45.

⁹ TARUFFO, Michelle, Corti Supreme: Accesso, filtri e selezione. In *Le Corti Supreme*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 92 e ss.

lha interpretativa. São essas razões que dão corpo ao precedente, tornando-o racionalmente aceitável e aplicável aos casos futuros.

3. A FUNÇÃO CONTEMPORÂNEA DAS SUPREMAS CORTES E O PROBLEMA DO JULGAMENTO COLEGIADO

A transformação da função das Cortes Supremas de *civil law* tem consequências sobre o modelo de julgamento dos recursos e sobre o comportamento esperado dos julgadores.

O modelo de julgamento preocupado com a resolução do caso considerava o debate entre as teses conflitantes como algo animado especialmente pelo interesse dos litigantes em sustentar as suas respectivas posições. Atualmente, uma vez que a adequada discussão está ligada à função essencialmente pública de definição do sentido do direito, estimula-se o debate para o aprofundamento da deliberação em torno da solução das disputas interpretativas e consequente elaboração do precedente. Nesse sentido, por exemplo, admite-se a intervenção de *amici curiae* no recurso repetitivo, os quais são terceiros interessados na formulação do precedente - e não, certamente, na simples resolução do litígio¹⁰. A intensidade da discussão, que

¹⁰A intervenção do *amicus* no recurso repetitivo, ao lado de objetivar a formação de precedente favorável, guarda relação com direitos supraindividuais, como os direitos ao meio ambiente e do consumidor, favorecendo a tutela de direitos individuais que se inserem em sua moldura e, a partir de uma origem comum, abrem espaço a uma multiplicidade de ações que versam idêntica questão de direito. A intervenção de *amicus* em recurso repetitivo que versa sobre ressarcimento de dano ambiental, em hipótese de responsabilidade do produtor, ou diante de discussão de cláusula abusiva ao público consumidor, dá a devida proteção aos que sofrem violações típicas da sociedade de massa, em que os ilícitos atingem de uma única vez uma pluralidade de sujeitos. Tendo em vista que esses direitos, na perspectiva econômica, frequentemente são de pequena monta, torna-se importante a fixação de precedente não apenas para que a categoria vitimada seja protegida, mas sobretudo para a efetiva tutela de direitos imprescindíveis para uma organização social justa. Deixe-se claro que a legitimidade outorgada às associações para a propositura de ações coletivas obvia-

antes dependia do interesse dos litigantes, hoje é fundamental para a legitimação da função da Corte.

A abertura à participação e ao debate, que não tem como não influir sobre o procedimento recursal, tem repercussão sobre o comportamento dos julgadores, que se veem obrigados a responder às expectativas geradas pela maior participação e pela intensificação do debate. O Ministro não é mais um expectador, que pode decidir friamente sem reagir às alegações dos seus pares e dos advogados, mas alguém que, num ambiente de permanente questionamento e discussão, expõe e testa seus argumentos e colabora para a elaboração da decisão do colegiado.

Espera-se dos julgadores uma efetiva participação na discussão das questões que permeiam o raciocínio decisório do colegiado, uma vez que a decisão a ser tomada, mais do que resolver o caso, constituirá critério para o julgamento dos casos futuros, o que atribui uma outra dimensão de responsabilidade aos partícipes da Corte. Quem firma um precedente não apenas deixa registrado como se comportará no futuro, mas adquire uma grande responsabilidade em relação aos casos que estão

mente não exclui a necessidade de sua participação na qualidade de *amici* em ações individuais (recurso repetitivos) que formarão precedente que influirá sobre a sorte de todo um grupo. Se a ação coletiva é o instrumento mediante o qual a associação pede a tutela dos direitos do grupo, o *amicus* intervém para que a posição do grupo não deixe de ser efetivamente considerada quando da decisão acerca do pedido de tutela do direito de um dos seus integrantes, mas que representa precedente que diz respeito a todos. Como diz Elisabetta Silvestri, “come proprio l’esperienza degli Stati Uniti conferma, *class action* e *amicus curiae* possono coesistere, dal momento che si tratta di istituti con finalità diverse. La *class action*, infatti, è una vera e propria azione giudiziaria e costituisce lo strumento processuale con cui situazioni soggettive superindividuali vengono fatte valere in giudizio da un ‘rappresentante’ della ‘classe’ alla quale la situazione è imputabile (...) All’opposto, l’*amicus curiae* rappresenta un interesse superindividuale, ma non in senso tecnico-giuridico; la sua funzione di ‘rappresentanza’ non è volta a chiedere al giudice la tutela diretta dell’interesse rappresentato, ma soltanto a fare in modo che la corte, nel decidere, tenga conto di tale interesse” (SILVESTRI, Elisabetta, *L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, p. 696).

por vir¹¹.

Ademais, quando a importância do julgamento é deslocada da resolução do recurso para as razões que determinam a escolha da interpretação adequada, não apenas se torna relevante debater estas razões, mas igualmente perceber que o entendimento que pode levar a uma solução favorável por maioria pode ser incapaz de propiciar a elaboração de um precedente. Ou seja, é possível que, num julgamento, existam 3 votos favoráveis ao provimento do recurso ou à fixação de determinada interpretação, mas apenas dois julgadores estejam de acordo em firmar determinado entendimento, capaz de ser expresso em razões determinantes. Isso só se torna problema quando se está diante da formulação do sentido do direito mediante precedente. Fora daí pouco importaria se a solução do caso fosse fruto da conjugação de dois ou mais fundamentos, incapazes de dar corpo a razões subscritas pela maioria.

Nessa perspectiva, aliás, o voto divergente também assume outro significado. Quando se tem em conta apenas a solução do caso, a divergência é um meio para o julgador ressaltar a sua posição pessoal diante do entendimento da maioria. Contudo, quando do julgamento resulta um entendimento que, mais do que resolver o caso, fixa o sentido do direito que guiará a vida em sociedade e os casos vindouros, a divergência se dirige à sociedade e, especialmente, à comunidade jurídica, que não pode deixar de estar ciente do grau de autoridade dos precedentes¹².

A Corte, se tem a função de desenvolver o direito, deve deixar absolutamente claro à sociedade as razões pelas quais as normas que são expressas na *rationes decidendi* dos precedentes não contam com a adesão de todos os membros do colegia-

¹¹ BENDITT, Theodore M., *The rule of precedent. Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 95.

¹² HETTINGER, Virginia A., LINDQUIST, Stefanie A., MARTINEK, Wendy L., *Judging on a Collegial Court*. Charlottesville and London: University of Virginia Press, 2006, p. 16 e ss.

do. Isso também para que a dissensão se mantenha acesa e possa fomentar o debate na comunidade jurídica, especialmente na academia¹³. O dissenso, portanto, constitui uma marca que simboliza a divergência interna no órgão incumbido de finalizar o processo de produção do direito, algo que não pode ser confundido com a divergência peculiar aos julgamentos das Cortes de Apelação.

Tudo isso quer dizer que a forma da participação dos julgadores e o modelo de julgamento, peculiares à Corte de correção, não podem ser repetidos numa Corte de Precedentes.

4. A IMPORTÂNCIA DA VONTADE DOS JULGADORES

É certo que a decisão que define o sentido do direito e se traduz em precedente tem qualidade diversa da decisão que se limita a regular um caso concreto. A primeira importa enquanto direito e, assim, tem valor para a sociedade e condiciona a resolução dos casos futuros, enquanto que a segunda decisão interessa apenas aos litigantes.

Essa diferença de qualidade entre as decisões obviamente tem relação com a diversidade de papéis dos julgadores em um caso e em outro. A tarefa de um juiz que define o sentido do direito se projeta para o futuro, vinculando não apenas a sua posição pessoal como também a regulação dos casos vindouros. Definir o sentido do direito que regulará os casos futuros confere maior poder e, por consequência, maior responsabilidade ao julgador.

Entretanto, não é apenas pela diversidade de qualidade das decisões que varia a importância da vontade do julgador. A vontade individual importa sobretudo quando se tem em conta que, para a elaboração de um precedente, é preciso saber qual é a exata posição de cada um dos julgadores, sob pena de não se

¹³ SUNSTEIN, Cass, *Why societies need dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, passim.

ter como certo se determinada tese ou entendimento foi adotado pela unanimidade ou mesmo pela maioria dos componentes do colegiado.

E essa relevância se torna ainda maior quando se constata que a nota individualizadora dos votos individuais não se situa no resultado do julgamento, ou melhor, na parte dispositiva da decisão ou na mera contagem dos votos, mas sim nas razões determinantes da solução da questão de direito. Não basta contar votos ou saber quais votos são favoráveis ao provimento do recurso. É necessário decifrar, além do fundamento que determina o alcance da solução ao problema interpretativo enfrentado pelo colegiado, o número de julgadores que a ele adere.

Quando se considera que conclusões majoritárias podem espelhar vários fundamentos, não apenas fica claro que pode não existir uma maioria no colegiado que aprove um único fundamento, como se percebe que a posição de um membro do grupo tem um peso altamente significativo para a definição da *ratio decidendi*. Note-se que, num julgamento proferido por três a dois, só há *ratio* se os três votos vencedores afirmarem o mesmo fundamento. Caso um dos três declare fundamento diverso, já não há como individuar *ratio decidendi*. Quer isso dizer que o entendimento de cada um é minimamente decisivo¹⁴.

5. DIMENSÕES DO JULGAMENTO COLEGIADO

Um julgamento colegiado, tendente à elaboração de um precedente, passa por diversas fases. A compreensão dos significados dessas fases é importante para se poder racionalizar o modo como o precedente é formado.

Deixando-se de lado a fase de admissão do recurso, re-

¹⁴ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 110 e ss.

lacionada a requisitos que podem variar até dar à Corte a discricionariedade de eleger o caso que mais lhe parece adequado para viabilizar o desenvolvimento do direito, pode-se dizer que o procedimento voltado à solução de uma questão de direito ou à definição de uma disputa interpretativa é composto por uma i) fase em que o colegiado desenvolve o raciocínio decisório, isto é, um raciocínio que permite o encontro da decisão ou da resolução da questão de direito, uma ii) fase de proclamação da decisão e individualização da eventual *ratio decidendi*, e uma iii) fase de elaboração da justificativa, quando se chega, finalmente, na iv) justificativa e, em alguns casos, na v) *ratio decidendi* – vistas as duas últimas enquanto discurso.

Pensar em cada uma dessas fases de modo autônomo facilita a compreensão dos elementos que as integram, bem como da relevância de cada um deles para que se tenha um precedente. Assim é preciso saber como o colegiado desenvolve o seu raciocínio quando se depara com a necessidade de definir o sentido de um texto legal ou quando se confronta com a diversidade entre interpretações de tribunais estaduais ou regionais federais ou mesmo quando se coloca diante da eventual divergência da decisão recorrida com precedente da própria Corte Suprema.

Igualmente tem importância perceber que, depois do desenvolvimento da discussão voltada à decisão, proclama-se a decisão e a *ratio decidendi*. Não custa lembrar que a decisão do julgamento nem sempre deriva de um fundamento compartilhado por todos os membros do colegiado. O raciocínio de proclamação da decisão e da *ratio decidendi* tem dois níveis bem distintos: um mediante o qual se objetiva definir a solução conferida ao recurso; outro em que a preocupação é definir se os votos propiciam a elaboração de *ratio decidendi*¹⁵.

¹⁵ “Some Supreme Court plurality opinions (in which Supreme Court Justices agree on a single result for different reasons) are of reduced precedential value” (KNIFFIN, Margaret N., Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States Court of Appeals, *Fordham Law Review*, 1982, p. 56.

Após surge a fase destinada à elaboração da justificativa das opções tomadas no curso do raciocínio decisório, assim como da escolha interpretativa ou da decisão e da proclamação do resultado. A justificativa deve espelhar as manifestações dos diversos membros do colegiado, sem com que uma sobressaia indevidamente em detrimento da outra e sem com que deixem de ser identificados com precisão os julgadores que se posicionaram em favor de uma ou outra tese.

Trata-se do método de elaboração da justificativa das opções internas ao raciocínio decisório e da decisão propriamente dita, que obviamente sempre terá que considerar a proclamação da decisão e da *ratio decidendi*. A fase de elaboração da justificativa não se confunde com a justificativa enquanto discurso, que pode conter a *ratio decidendi* e as questões solucionadas de passagem ou solucionadas por minoria de votos – ditas *obiter dicta*. Note-se que o discurso justificativo não se confunde com a *ratio decidendi*. Essa está no discurso justificativo, em que também estão presentes as questões tratadas como *obiter dicta*.

6. *RATIO DECIDENDI* E *OBITER DICTUM*

Antes de se entrar na análise das fases do julgamento que conduz ao precedente, importa esclarecer a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*. Essa distinção sempre foi feita no *common law*.¹⁶ Ao contrário do que ocorreu nos sis-

¹⁶ Para uma visão da evolução da discussão a respeito do conceito de *ratio decidendi*, v. WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894, p. 17 e ss; GOODHART, Arthur L. Three cases on possession. *The Cambridge Law Journal*, n. 3, 1928, p. 195-208; FRANCIS, Joseph. Three cases on possession – Some further observations, *St. Louis Law Review*, n. 14, 1928, p. 11-16; MONTROSE, J. L. Reasoning, ratio decidendi and Denning L. J., *The Modern Law Review*, 1954, vol. 17, p. 462 e ss.; MONTROSE, J. L. Ratio decidendi and the House of Lords, *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 124 e ss.; MONTROSE, J. L. The ratio de-

temas de *civil law*, centrados na ideia de que ao juiz caberia apenas declarar a lei ou descobrir o seu exato sentido, no *common law* a decisão judicial nunca foi vista como ato que diz respeito apenas às partes, mas como algo que interessa à coletividade e é fundamental para a tutela da igualdade perante o Judiciário.¹⁷

Quando a estrutura da decisão requer apenas a ligação entre os fatos e a norma contida na lei, a ser descoberta e declarada mediante uma elaboração de natureza meramente lógica, basta se preocupar com a conclusão do raciocínio decisório, e não com as “razões de decidir” ou mesmo com a justificação. Até porque o raciocínio decisório, nessa última perspectiva, sequer considera as premissas externas, vale dizer, as premissas realmente carentes de justificação. Nessa situação importa apenas saber como a lei se aplica ao caso, se em favor do demandante ou do demandado. Ou seja, a decisão jamais estabelece o “sentido do direito”, mas apenas declara a “vontade concreta da lei”. Ao somente revelar o sentido exato da lei, a decisão obviamente não tem porque importar para a sociedade, para a igualdade ou para a coerência da ordem jurídica. Afinal, é a lei - meramente proclamada - que orienta a sociedade, garante a igualdade e constitui a ordem jurídica¹⁸.

cidendi of a case. *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 587 e ss.; SIMPSON, A. W. B. The ratio decidendi of a case, *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, p. 413 e ss.; SIMPSON, A. W. B. The ratio decidendi of a case, *The Modern Law Review*, 1958, vol. 21, p. 155 e ss.

¹⁷ “Deixe-se claro, antes de mais nada, que as razões de decidir ou os fundamentos da decisão importam, no *common law*, porque a decisão não diz respeito apenas às partes. A decisão, vista como precedente, interessa aos juízes – a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades. O juiz e o jurisdicionado, nessa dimensão, têm necessidade de conhecer o significado dos precedentes” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 3ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 221).

¹⁸ Como diz Cross, a busca pela *ratio decidendi* é, antes de tudo, peculiaridade do processo judicial da Inglaterra, Escócia e daqueles países cujo sistema legal derivam do *common law* inglês. Na *Cour de Cassation* da França, as razões para uma decisão são apresentadas muito brevemente. O resultado é que as discussões con-

Porém, quando se tem em conta a separação entre texto e norma judicial, atribuindo-se à Corte Suprema uma tarefa de interpretação e de desenvolvimento do direito, a decisão que define o sentido do direito mediante as “melhores razões” constitui elemento que integra a ordem jurídica e representa meio de promoção da igualdade.

A interpretação própria à nova função da Corte, por não ser meramente de investigação e declaração, mas de valoração e “escolha de sentido”, exige que as opções valorativas realizadas quando da utilização das diretivas interpretativas e a atribuição de significado a elementos que se relacionam com o texto sejam devidamente justificadas, transformando a decisão, assim, de descoberta e declaração da norma contida na lei em espécie de prática argumentativa destinada a tornar aceitável a atribuição de sentido ao texto. É quando os precedentes da Corte passam a compor a ordem jurídica vinculante. Portanto, a dissociação entre texto e norma judicial, impulsionada sobretudo pelo constitucionalismo, a caracterizar a função das contemporâneas Cortes Supremas, é que atribui relevo à fundamentação das decisões, exigindo elaboração teórica que individualize a *ratio decidendi*.

No âmbito do *common law*, diz Rupert Cross que “a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como *passo necessário* para alcançar a sua conclusão”.¹⁹ MacCormick afirma que essa definição é muito abrangente, uma vez que, “em qualquer caso em que uma lei está sendo interpretada ou aplicada, a lei em si,

tinenciais sobre o tema das decisões judiciais não compartilham da preocupação dos escritores que discutem a jurisprudência anglo-americana e se preocupam com um método de distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. (CROSS, Rupert; Harris, J. W., *Precedent in English law*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 47).

¹⁹ “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury” (CROSS, Rupert, *Precedent in english law, cit.*, p. 77).

ou um artigo dela, corresponderia a uma regra sem a qual a conclusão não poderia ser alcançada”. Porém, como ninguém pode supor que a própria lei seja a *ratio*, essa, em verdade, é o que a Corte afirma como interpretação da lei. Nessa perspectiva, conclui MacCormick que é certamente melhor descrever ou definir a *ratio* como uma solução do juiz, em vez de como uma regra de direito de que a sua conclusão depende.²⁰ Neil Duxbury tem o mesmo entendimento de MacCormick, argumentando que, quando o juiz interpreta a lei para chegar à decisão, a *ratio* é o que o juiz acredita ser a melhor interpretação da lei – “*the judges ruling, in other words, rather than the legal rule*”.²¹

Outra parte da definição de Cross que interessou a MacCormick diz que a regra de direito – vista pelo último como interpretação ou solução do juiz – deve ser tratada como “passo *necessário*” ao alcance da conclusão. Lembra MacCormick que a “preocupação sobre as implicações do que é necessário foi levantada pela primeira vez por Brian Simpson, em artigo no *Oxford Essays in Jurisprudence*, em que demonstrou que, nos termos de Cross, e também em certas formulações judiciais, o termo necessidade compreende muitos significados, sendo adequado substituir a ideia do que é “*necessário*” pela do que é “*suficiente*” para a decisão.²² MacCormick refuta tanto a doutrina de Cross quanto a de Simpson, propondo outra compreensão para a ideia de “*suficiente*”. Admite que a *ratio* tem que ser “*suficiente*” para o encontro da conclusão, mas adverte que a questão jurídica deve exigir uma interpretação ou solução em particular para justificar a decisão do caso.²³

Se o passo é *necessário*, ele é imprescindível, *obrigató-*

²⁰ MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law, A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 209.

²¹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 1991, p. 78.

²² MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law*, cit., p. 209.

²³ MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law*, cit., p. 210.

rio; não é apenas *suficiente* ou *bastante*. Há diferença entre caminho obrigatório e caminho bastante. Se o caminho é obrigatório, não há como chegar sem passar por ele. Já o caminho suficiente é apenas *apto* para permitir o encontro da solução. Porém, a fundamentação que conduz à atribuição de sentido ao direito, ao configurar *ratio decidendi*, além de se mostrar suficiente ao alcance da solução do caso, espelha uma interpretação ou uma solução que o caso especificamente exige.

Diante das decisões do STJ, a *ratio decidendi* é o fundamento determinante da solução da questão de direito ou do sentido atribuído ao texto legal, os quais devem constituir um resultado exigido por um determinado caso ou recurso. Quando se diz que a *ratio* deve determinar a solução de um caso específico, não se quer dizer que ela é um fundamento específico ou único para a solução de um caso, mas sim que a *ratio* é o argumento suficiente para a solução de um caso determinado. A *ratio* não tem a pretensão de ser exata ou correta, devendo revelar-se como argumentação racionalmente aceitável e dotada de universabilidade.

No civil law, os colegiados tratam com frequência de pontos ou fundamentos que não importam para a tomada da decisão. Comumente, porque não relevantes, no sentido de “não-suficientes” para a resolução do recurso, estes são “discutidos de passagem”, sem o devido aprofundamento ou apenas por um ou alguns dos membros do órgão julgador²⁴. *Obiter dictum* é tudo que não diz respeito à atribuição de sentido ao direito ou às suas razões justificadoras; é o que pertine a questões que não estão inseridas no “ponto” que permite o

²⁴ “*Ratio decidendi* pode significar tanto ‘razão para a decisão’, como ‘razão para decidir’. Não se deve inferir disso que a *ratio decidendi* de um caso precise ser um raciocínio jurídico [*judicial reasoning*]. O raciocínio jurídico pode ter um papel importante para a *ratio*, mas a *ratio* em si mesma é mais que o raciocínio, e no interior de diversos casos haverá raciocínios judiciais que constituem não parte da *ratio*, mas *obiter dicta*” (DUXBURY, Neil, *The nature and authority of precedente*, cit., p. 67).

alcance da decisão²⁵. Rupert Cross, ao perguntar se é possível ver na *obiter dictum* mais do que uma proposição de direito que não forma parte da *ratio decidendi*, diz que não. Conforme explica Duxbury, as passagens que são *obiter dicta* se apresentam de diversas formas, como as que não tem relação com o resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são relacionadas a ponto não arguido por nenhuma das partes.²⁶No direito estadunidense, lembra Summers²⁷ que a espécie de *dicta* mais comum consiste em declarações da Corte sobre questões que não foi chamada a decidir ou está realmente decidindo.²⁸

²⁵ ABRAMOWICZ, M.; STEARNS, M. Defining dicta. *Stanford Law Review*, Stanford, vol. 56, mar. 2005.

²⁶ DUXBURY, Neil, *The nature and authority of precedente*, cit., p. 68.

²⁷ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York). In *Interpreting Precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 385. V. ABRAMOWICZ, M.; STEARNS, M. Defining dicta, *Stanford Law Review*, v. 57, mar. 2005.

²⁸ Há acórdão do STJ que oferece interessante exemplo de *obiter dicta*. Trata-se de acórdão que tratou da interpretação do art. 475-J do CPC, precisamente a respeito da tese acerca da necessidade de intimação do devedor para a incidência da multa de 10% em face do não pagamento da quantia objeto da condenação no prazo de quinze dias. Decidiu-se que a multa incide independentemente da intimação pessoal do condenado. O Ministro Humberto Gomes de Barros, relator, ponderou que “alguns doutrinadores enxergam a exigência de intimação pessoal. Louvam-se no argumento de que não se pode presumir que a sentença publicada no Diário tenha chegado ao conhecimento da parte que deverá cumpri-la, pois quem acompanha as publicações é o advogado. O argumento não convence. Primeiro, porque não há previsão legal para tal intimação, o que já deveria bastar. Os arts. 236 e 237 do CPC são suficientemente claros neste sentido. Depois, porque o advogado não é, obviamente, um estranho a quem o constituiu. Cabe a ele comunicar seu cliente de que houve a condenação. Em verdade, o bom patrono deve adiantar-se à intimação formal, prevenindo seu constituinte para que se prepare e fique em condições de cumprir a condenação. *Se o causídico, por desleixo, omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, ele deve responder por tal prejuízo*”.²⁸ Frise-se que o STJ não estava decidindo acerca da responsabilidade do advogado, mas tratando da necessidade de intimação pessoal do condenado para a incidência da multa. De modo que a observação do relator, no sentido de que o advogado se torna responsável pela multa ao não informar seu constituinte sobre a condenação – certa ou não –, é verdadeiro *obiter dictum*, configurando-se como mero argumento lateral, à margem da questão que estava sendo discutida, de solução não suficiente para se chegar à decisão do recurso. Con-

7. FASE DE DISCUSSÃO: O RACIOCÍNIO DECISÓRIO

Como já dito, o julgamento colegiado, visto como atividade que se dirige a um fim, recomenda a sua compreensão em fases. Assim, tem-se em conta uma fase pré-decisória, a fase de proclamação da decisão e da *ratio* e a fase de elaboração da justificativa.

A fase que antecede a proclamação da decisão é aquela em que a decisão é “construída” - portanto, uma fase pré-decisória -, na qual importam, fundamentalmente, a individualização do objeto da discussão e uma *plena e completa* deliberação - considerada a *efetiva* participação dos membros do colegiado e a *completude* da deliberação em relação ao objeto previamente fixado.

Na fase pré-decisória o colegiado desenvolve um raciocínio para a solução de um problema ou, o que é o mesmo, para a elaboração de uma decisão. A primeira decisão a ser tomada diz respeito à admissibilidade do recurso. Essa decisão – considerado o raciocínio do colegiado - pode ser incidental, quando o recurso é admitido e o colegiado prossegue em busca da decisão sobre a questão de direito, ou final, hipótese em que a admissibilidade do recurso é rejeitada.

Em caso de decisão de admissibilidade, o colegiado deve raciocinar e deliberar para construir uma decisão sobre o “mérito” do recurso. É quando importa a questão de direito a ser decidida num contexto fático determinado, e, assim, a individualização e a plena discussão dos fundamentos que giram em torno da interpretação da lei.

8. OS FATOS DO CASO

sequentemente, esta observação, de que o advogado é responsável pela multa do art. 475-J, jamais poderá ser invocada como precedente ou *ratio decidendi*. Para maior aprofundamento acerca dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, v. MARI-
NONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 221-326.

A importância da delimitação dos fatos do caso é obscurecida na perspectiva de uma corte de correção. Quando a corte apenas analisa a correção da decisão do tribunal inferior, sem ter a preocupação de definir a interpretação adequada e, por consequência, o precedente, não há motivo para se delinear o contexto fático em que a norma judicial é formulada para a sua aplicação no futuro.

Porém, a proibição da discussão de fatos e de valoração da prova em sede de recurso especial obviamente não pode fazer uma Corte de precedentes esquecer da indispensabilidade da definição do contexto fático em que a interpretação está incidindo. Expressar a interpretação da lei, negligenciando-se o delineamento da moldura fática do caso, elimina qualquer possibilidade de se raciocinar com base em precedentes.

Um precedente, para regular casos futuros, deve esclarecer as circunstâncias concretas sobre as quais a resolução da questão de direito opera. O precedente considera as circunstâncias de fato do caso, e assim situa a questão jurídica em um específico contexto, indispensável para se compreender como o texto da lei foi interpretado. Só assim será possível raciocinar com casos futuros, formados por fatos que, a partir de um raciocínio racional, podem ser equiparados à situação conflitiva concreta que abriu margem à formulação do precedente²⁹.

Os fatos do precedente são em princípio enquadráveis em categorias ou grupos³⁰. Verificar se determinada situação

²⁹ Isso não dá aos tribunais e às Corte Supremas o poder de deixar de aplicar o precedente quando isso for conveniente. (... That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them") (DUXBURY, Neil, *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 114).

³⁰ Não se imagina que um caso possa ser exatamente igual àquele que deu origem ao precedente. Para que um precedente possa ser aplicado, não há necessidade de que os fatos do precedente e do caso sob julgamento sejam absolutamente idênticos. Se isso fosse exigido, como diz Schauer, "nothing would be a precedent for anything else". (SCHAUER, Frederick. *Precedent*, *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, feb. 1987,

de fato, não abordada especificamente no precedente, enquadra-se na categoria a que pertence o fato que por ele foi considerado, importa para analisar a extensão da aplicabilidade do precedente. Essa tem relação com a latitude da categoria em que os fatos do precedente estão inseridos. Sem dúvida, quanto mais larga for a categoria a que pertencem os fatos do precedente, mais ampla será a área de sua aplicação.

O enquadramento de um fato em uma categoria depende da compreensão da linguagem, dos conceitos jurídicos, da cultura e dos valores que estão infiltrados no precedente, assim como da consideração do significado do fato no momento em que se cogita da aplicação do precedente. Alguém pode ser visto como consumidor, como religioso, como intelectual, como honesto etc., dependendo da situação pragmática em que está inserido.

Portanto, o enquadramento de um fato em determinada categoria, para o efeito de se dar ao primeiro a consequência outorgada ao fato inserido na segunda, depende da análise cuidadosa dos fundamentos determinantes do precedente. Esses, além de poderem justificar o enquadramento do fato do precedente em determinada categoria, permitem ver a racionalidade da inserção do fato do novo caso na categoria de que faz parte o fato do precedente. Porém, igualmente podem excluí-lo ao evidenciar que o contexto do caso que levou ao precedente é diverso daquele que marca o caso sob julgamento.

Note-se que, do mesmo modo que fatos podem ser assimilados, fatos em princípio pertencentes a uma mesma categoria só podem ser tratados de forma diferente quando as razões do precedente demonstram que as circunstâncias de fato conduziram a determinado resultado em virtude de um contexto estranho ao dos fatos do caso sob julgamento. Quer dizer que a assimilação e a dissociação de fatos não depende da vi-

sualização de categorias de fato em abstrato, mas da compreensão do significado dos fatos em seus peculiares contextos. Compreende-se, assim, na lição de Schauer, que a tarefa de uma teoria de precedentes é explicar, em um mundo em que um único evento pode ser enquadrado em várias categorias diferentes, como e por que algumas assimilações são plausíveis e outras não³¹.

É claro que a delimitação dos fatos pode ser mais ou menos importante, conforme a situação específica. Contudo, a importância de delinear os fatos do caso, tratando-se de precedente, é evidenciada até mesmo mediante o fracasso das súmulas ou máximas, limitadas a expressar a solução de uma questão de direito em abstrato ou uma interpretação isolada de um contexto fático. O precedente, ao delimitar as circunstâncias fáticas do caso, confere concretude à interpretação da norma, que deixa de se revestir de indiferença à situação conflitiva. Essa relação da solução de direito com o caso concreto é que pode conferir universabilidade ao precedente, tornando-o aplicável a situações futuras que racionalmente se encaixam na mesma moldura fática do caso que lhe deu origem.

Assim, o colegiado, antes de iniciar a análise do recurso especial, deve delimitar as circunstâncias fáticas em que o julgamento recai, deixando claro o caso que almeja resolver. Isso deve ser feito de modo mais ou menos fundamentado, conforme a generalidade atribuível à solução jurídica em via de elaboração.

9. A ADMISSIBILIDADE DO CASO OU DO RECURSO

³¹ “The task of a theory of precedent is to explain, in a world in which a single event may fit into many different categories, how and why some assimilations are plausible and others are not” (SCHAUER, Frederick. Precedent, *Stanford Law Review*, cit. p. 575). V. ainda Schauer, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009; Schauer, Frederick, Has precedent ever really mattered in the Supreme Court? *Georgia State University Law Review*, v. 24, 2007.

De acordo com o art. 105, III, da CF, o recurso especial pode ser interposto nas causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (i) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (ii) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e (iii) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Esses requisitos vêm sendo compreendidos, tanto na doutrina quanto na prática, a partir da premissa de que o Superior Tribunal de Justiça é uma corte de correção das decisões dos tribunais estaduais e regionais federais. O requisito da divergência entre a decisão recorrida e a decisão tomada por outro tribunal estadual ou regional federal é manipulado unicamente para viabilizar a correção da decisão impugnada. Como as decisões do Superior Tribunal de Justiça que tratam de casos em que há divergência interpretativa entre dois tribunais não têm eficácia para o futuro, os tribunais de apelação, mesmo após a decisão do Superior Tribunal de Justiça, continuam a divergir entre si, como se a Suprema Corte nunca tivesse resolvido a questão.

Portanto, a divergência deve passar a ser vista como sinal de necessidade de a Corte Suprema intervir para definir a interpretação válida, constituindo-se, nesse sentido, em critério de admissibilidade do recurso especial. Ora, se uma Corte existe para definir a interpretação dos textos legais ou atribuir sentido ao direito, o requisito da divergência só tem sentido quando abre oportunidade para a elaboração de precedente, cuja força, por consequência lógica, só pode ser obrigatória perante os tribunais inferiores.

O uso do requisito da divergência, diante de uma Corte Suprema que não produz precedentes, é um estímulo à reprodução de decisões diferentes para casos similares. Na verdade,

como as decisões do Superior Tribunal de Justiça não são vistas como precedentes - que definem o sentido do direito - , e portanto não são respeitadas no seu âmbito interno, a continua reprodução da divergência no âmbito dos tribunais inferiores também é justificada pela possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça possuir, num mesmo período, decisões desiguais acerca de casos similares.

Por outro lado, o requisito da “contrariedade à lei federal”, com dicção que lembra o requisito da *contravention expresse au texte de la loi*, tem nítida relação com a ideia de que uma decisão pode ser contrária à norma contida no texto legal, ou melhor, à norma que precede a atividade interpretativa, nos termos do que sustentava a teoria formalista da interpretação. A suposição de que a lei é suficiente para garantir a igualdade e a liberdade nega à Corte Suprema qualquer pronúncia que incremente a ordem jurídica, de modo que a sua função deve se limitar à correção das decisões dos tribunais inferiores.

A afirmação de contrariedade à lei descende das ideias de que a norma está contida no texto e de que a Corte Suprema existe para corrigir as decisões, resgatando a norma que sempre esteve presente na lei. Sucede que, ao se constatar que o texto legal abre oportunidade para várias interpretações-resultado – que, a partir de critérios valorativos, expressam sentidos diversos à lei -, resta claro que a função de uma Corte Suprema só pode ser a de definir a interpretação adequada. Nessa perspectiva, como o produto do legislador é aperfeiçoado pela atividade do Judiciário e a Corte Suprema decide para definir o sentido do direito, não mais se pode admitir que a norma está na lei e que a função da Corte Suprema é resgatá-la, corrigindo as decisões.

Quer isso dizer, em outras palavras, que o requisito da “contrariedade à lei” perdeu completamente a razão de ser. A ideia de contrariedade à lei não é insustentável apenas em face de uma Corte de precedentes. Ela não tem qualquer cabimento

quando se tem consciência de que o texto abre oportunidade para várias interpretações.

Quando se tem claro que a alegação de contrariedade é, na verdade, alegação de insustentabilidade da interpretação contida na decisão recorrida, a admissibilidade possui duas vertentes, a depender da existência ou não de precedente da Corte Suprema.

Caso exista precedente em sentido contrário, a admissibilidade é sujeita à clara demonstração de que os fundamentos que levaram à decisão recorrida são incompatíveis com precedente já firmado pela Corte Suprema. Essa demonstração de divergência é de contrariedade ao sentido atribuído à lei pela Corte incumbida constitucionalmente a tanto. Note-se que esse é um caso de “contrariedade à lei” e não de divergência interpretativa entre tribunais inferiores.

A admissibilidade requer um juízo de que o recorrente se valeu da argumentação de modo formalmente adequado, ou seja, de modo a poder evidenciar a divergência entre a decisão recorrida e o precedente. Para tanto, o recorrente deve, em primeiro lugar, explicar o caso sob julgamento, destacando os seus fatos peculiares e a questão de direito que sobre ele recai e foi decidida pela decisão recorrida. Depois deve demonstrar que o caso não deveria ter sido decidido de modo divergente ao de precedente, uma vez que os seus fatos próprios não o tornam um caso distinto.

O último ponto é uma zona de interseção entre a admissibilidade e o mérito do recurso. A argumentação, no sentido formal, é um requisito de admissibilidade, uma vez que o recurso, para ser admitido, depende de o recorrente ter argumentado para demonstrar que a decisão recorrida afronta precedente. Sucede que a substância da fundamentação necessária à demonstração de que a decisão recorrida diverge do precedente é matéria que diz respeito ao mérito do recurso. Portanto, a análise do cumprimento do requisito da apresentação de argu-

mentação capaz de demonstrar a divergência constitui juízo de admissibilidade, mas a análise a respeito de se a argumentação convence acerca da divergência entre a decisão recorrida e o precedente é matéria de mérito. Assim, ao elaborar *distinguishing*³² entre o caso sob julgamento e aquele que deu origem ao precedente, acolhendo a defesa do recorrido, a Corte realiza juízo de mérito. A Corte, quando decide que o caso em julgamento se submete – ou não - a precedente, decide sobre o mérito.

Não se faz a análise da divergência entre a decisão recorrida e a da Corte Suprema para, posteriormente, realizar-se a interpretação da lei. O precedente, na dimensão de que se fala, é a interpretação válida, de modo que, nessa perspectiva, não é necessário ultrapassar a fase de verificação da divergência para se chegar na fase de interpretação da lei. Quando o raciocínio toma em conta o precedente já há análise a respeito da validade da interpretação contida na decisão recorrida. Afinal, o precedente é a própria interpretação válida e não um parâmetro para a caracterização da divergência e para a admissibilidade da interpretação.

De outro lado, na hipótese de a decisão ter se fundado em precedente da Corte Suprema, o recurso especial não poderá deixar de tentar demonstrar que o precedente não se aplica ao caso julgado ou deve ser reformado. Ou seja, ou o recorrente demonstrará que o contexto fático do caso sob julgamento não se amolda ao do caso que deu origem ao precedente, ou terá o pesado ônus de evidenciar que o precedente está desgastado ou excepcionalmente equivocado, e, por conta disso, deverá ser reformado.

A argumentação no sentido de *distinguishing* requer a contextualização dos fatos do caso sob julgamento em face do caso que deu origem ao precedente. Exige a demonstração de

³² “*Distinguishing* is what judges do when they make a distinction between one case and another”. (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 113).

que o caso em análise, em virtude de suas particularidades, não exige o mesmo tratamento daquele que levou à elaboração do precedente. A devida argumentação, em *sentido formal*, diz respeito à admissibilidade do recurso, mas a substância da argumentação, ou seja, a argumentação necessária ao convencimento de que o caso não requer a adoção do precedente diz respeito ao mérito. A situação é a mesma daquela em que o recurso especial é interposto com base em alegação de contrariedade a precedente da Corte Suprema.

No caso em que o recorrente pretende se voltar contra o próprio entendimento consolidado no precedente, cabe-lhe argumentar em duas possíveis perspectivas: ou na linha de que o precedente, diante da mutação da compreensão geral do direito ou dos valores sociais, deve ser revogado, ou no sentido de que o precedente está equivocado - o que constitui situação excepcional.

Nessas hipóteses, o recurso especial depende de fundamentação específica destinada a evidenciar que o precedente está superado ou equivocado, e que, assim, deve ser revogado. Sem dúvida, trata-se de pesado ônus argumentativo. O juízo de admissibilidade deve analisar a *suficiência* da fundamentação para a instalação do juízo acerca do precedente. Note-se que o juízo de admissibilidade diz respeito à probabilidade de o precedente estar equivocado ou, no outro caso, à existência de uma nova concepção *geral* acerca do direito ou de uma efetiva alteração dos valores sociais. Como a Corte Suprema contemporânea é, antes de tudo, uma Corte que se destina a desenvolver o direito, cabe-lhe escolher o momento oportuno para submeter a julgamento caso que envolve a revogação de precedente, especialmente na hipótese de evolução dos valores sociais ou de alteração da compreensão geral do direito³³.

³³ Nos Estados Unidos, enfatiza-se “as possibilidades de mudança e desenvolvimento no direito que são oferecidas pela revogação de precedentes em situações apropriadas”. (KNIFFIN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States Courts of Appeals, *Fordhan Law Review*, 1982, p.

Quando não há precedente a situação se torna ainda mais interessante. Nesse caso, é importante perceber que, ao bastar a afirmação de equívoco da interpretação contida na decisão recorrida para a admissibilidade do recurso especial, a Suprema Corte terá que conhecer de toda e qualquer irresignação contra as decisões dos tribunais inferiores. Essa é uma consequência que deriva da mistura entre possibilidade de interpretações várias e Corte de correção. Essa mistura gera um sistema destituído de racionalidade, transformando a Corte Suprema em Tribunal de terceiro grau de jurisdição. Isso significa que a inevitabilidade de interpretações várias e, assim, de uma Corte Suprema que defina a interpretação do direito, exige uma nova metodologia de admissibilidade do recurso, capaz de conferir à Corte a possibilidade de definir o caso ou o recurso que lhe pode permitir o exercício da sua função. É indispensável, em outras palavras, algo similar à figura da repercussão geral, instituída em face do Supremo Tribunal Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Essa Emenda Constitucional nada mais é do que evidência de que uma Corte Suprema – seja ela qual for, destinada a conferir unidade ao direito federal constitucional ou ao direito federal inconstitucional – não pode funcionar sem um filtro recursal que lhe confira poder para selecionar casos efetivamente importantes para o desenvolvimento do direito³⁴.

55).

³⁴ Para os casos que não suscitaram divergência entre os tribunais, importa um filtro recursal norteado pela relevância da questão federal, semelhante ao requisito para a admissão do recurso ao *Bundesgerichtshof* alemão. Filtro recursal desta espécie não constitui privilégio das Cortes Constitucionais, mas também pode ser utilizado pelas Cortes incumbidas de definir o sentido do direito federal infraconstitucional. O critério da relevância da questão federal confere à Corte oportunidade para se concentrar sobre questões federais que devem ser resolvidas para orientar a vida social. A relevância da questão federal, em outras palavras, concretiza-se na medida em que se percebe que a sua resolução é indispensável para iluminar a sociedade e guiar a solução dos casos que ainda estão por vir, evitando-se a negação da igualdade, da coerência do direito e da segurança jurídica. Note-se que não são apenas as questões federais que se ligam a violações em massa, e assim podem gerar múltiplas ações,

10. DECISÕES DIVERGENTES E VIOLAÇÃO DE PRECEDENTE

No caso em que se aponta que a decisão recorrida diverge de decisão proferida por outro tribunal inferior (art 105, III, c, CF), a Suprema Corte tem a oportunidade de, uma vez constatada a divergência, emitir precedente que ponha fim à dúvida interpretativa.

O colegiado, assim, após comparar a fundamentação das duas decisões e concluir pela divergência, deverá definir a interpretação adequada da norma legal em questão. Obviamente, o colegiado não fica limitado à escolha de uma das duas interpretações em disputa. Cabe-lhe analisar detidamente as interpretações divergentes, mas lhe é possível rejeitar ambas, elegendo uma terceira interpretação para a solução do caso.

É sintomático que a questão da possibilidade de eleição de uma terceira interpretação nunca tenha sido colocada à discussão. Quando se atribui à Corte Suprema a função de correção das decisões, a divergência não é vista como admissão de

que reclamam uma definição de sentido por parte do Superior Tribunal de Justiça. Também as questões pontuais, mas que são relevantes para a orientação dos cidadãos e para a estabilização das relações jurídicas, necessitam ser definidas pela Suprema Corte. A circunstância de uma questão federal não estar relacionada a atos ou condutas que podem gerar múltiplas violações ou danos está longe de significar que ela não possa se inserir no cotidiano das pessoas e, portanto, constituir uma questão federal relevante e transcendente. Sobre o *certiorari*, v. Edward A. Hartnett, *Questioning Certiorari: some reflections seventy-five years after the judges' bill*, *Columbia Law Review*, v. 100, n. 7, New York, Nov. 2010, p. 1643-1738; Margaret M. Cordray e Richard Cordray, *The philosophy of Certiorari: jurisprudential considerations in Supreme Court case selection*, *Washington University Law Quarterly*, v. 82, n.2, Saint Louis, 2004, p. 389-452; Saul Brenner, *Granting Certiorari by the United States Supreme Court: An Overview of the Social Science Studies*, *Law Library Journal*, v. 92, n. 2, Chicago, 2000, p. 193-201; Robert W. Bennett, *Judicial Review in the United States*. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 155-182. Sobre o assunto, ainda, Vittoria Barsotti, *L'Arte di Tacere – Strumenti e Tecniche di non Decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli, 1999.

equivocidade do texto legal e, portanto, de possibilidade de diversas interpretações razoáveis, mas como sinal de erro de uma das decisões. Nessa dimensão é natural a escolha de uma decisão em detrimento da outra e não propriamente de uma ou outra interpretação e, muito menos, de uma terceira interpretação.

Como a Corte de precedentes tem o caso ou o recurso como um meio que lhe dá oportunidade para definir a interpretação adequada, não há cabimento em supor que a sua atuação encontre limite nem na divergência entre as decisões nem no debate até então realizado pelas partes.

A divergência indica a necessidade de intervenção da Corte Suprema, mas não pode ser considerada uma limitação para a sua devida atuação. É certo que se pode dizer que, na eventualidade da existência de uma terceira interpretação ainda não acolhida por qualquer Tribunal de justiça ou Regional Federal, o recorrente deve interpor o recurso especial com base em contrariedade à lei. Mas isso não significa que, uma vez interposto o recurso especial com base em divergência com decisão de outro tribunal, não possa a Corte Suprema, ao concluir pela impropriedade de ambas as interpretações em confronto, eleger uma terceira interpretação. Isso não só é possível, mas necessário para que a Corte possa desempenhar a sua função de aprimoramento do direito.

Mas, a questão da supressão da possibilidade dos litigantes discutirem a terceira interpretação gera certa dificuldade. No âmbito do recurso especial interposto com base em divergência, o recorrente apresenta fundamentação para o acolhimento da decisão divergente, ao passo que o recorrido apresenta razões para sustentar a decisão recorrida. Não há qualquer debate em torno de uma terceira interpretação.

Assim, seria possível dizer que, como a Corte tem como função principal a atribuição de sentido ao direito, cabe-lhe assim proceder, sem com que a sua decisão produza efeitos em

relação aos litigantes. O recurso, no que diz respeito exclusivamente às partes, funcionaria como se não tivesse sido admitido. Porém, é mais adequado argumentar que a solução é dar aos litigantes a possibilidade de debater a nova interpretação aventada, influenciando a tomada de decisão.

Quando o relator vislumbra uma terceira interpretação, desde logo lhe é lícito conferir às partes oportunidade de falar. Na situação em que a terceira interpretação surge como hipótese no curso da discussão em sessão de julgamento, a solução é a sua suspensão e a convocação das partes para sustentar suas posições.

Bem vistas as coisas, chamar as partes para a discussão da adoção da terceira interpretação é fundamental para não se lesar o contraditório, evitando-se uma decisão que constituiria uma surpresa ou algo inesperado. Não se diga que as partes, mesmo no recurso interposto com base em divergência, têm a oportunidade de discutir todas as interpretações válidas, e isso basta para garantir o contraditório. No recurso baseado em divergência a fundamentação é restrita pelos contornos da decisão divergente. Aliás, se não fosse assim, a fundamentação desse recurso seria a mesma da do recurso baseado em contrariedade à lei, inexistindo qualquer razão para se ter como requisito de admissibilidade a divergência entre a decisão recorrida e uma outra.

Perceba-se que tudo isso demonstra que o requisito da divergência passa a ser visto como algo que abre oportunidade para a Corte definir a interpretação válida, perdendo força como mecanismo destinado a apontar eventual equívoco de uma das duas decisões. A constatação da divergência abre caminho para o colegiado deliberar em torno da interpretação adequada.

Algo diferente se passa quando o recurso alega que a decisão recorrida diverge de precedente da Corte Suprema. Nesse caso não se pode falar em divergência, mas em contrariedade. Não há como admitir divergência entre decisão de Tri-

bunal de Justiça ou Regional Federal e precedente. O que pode existir é contrariedade, no sentido de violação ou desrespeito.

Isso quer dizer que a confrontação entre a decisão recorrida e o precedente obviamente não constitui mecanismo de abertura à deliberação sobre a interpretação adequada. Tal confrontação constitui a própria discussão da validade da decisão recorrida ou da interpretação nela inserida. Nessa situação, a decisão recorrida só escapa da invalidade quando a Suprema Corte conclui que o caso julgado possui particularidades que o afastam do precedente.

A disparidade entre a decisão recorrida e o precedente, ao contrário do que ocorre quando se está diante de divergência entre a decisão recorrida e decisão de outro tribunal inferior, não é sinal de admissibilidade do recurso e, assim, abertura para a discussão em torno da interpretação adequada. Quando há precedente não mais se está na dimensão da escolha de uma interpretação entre as possíveis, mas – de lado obviamente a situação de precedente equivocado ou desgastado - diante da análise de se o precedente foi ou não violado, o que depende unicamente de se saber se o caso tem peculiaridades capazes de distingui-lo.

11. ENFRENTAMENTO DA INTERPRETAÇÃO PROPOSTA NO RECURSO

De lado os casos de *distinguishing*, o enfrentamento da interpretação proposta no recurso só ocorre quando ainda não há precedente ou quando esse está desgastado ou pode estar equivocado e, assim, suscita revogação. No caso em que não há precedente, o enfrentamento da interpretação se dá quando a divergência da decisão recorrida perante outra decisão de tribunal inferior requer a intervenção da Suprema Corte ou quando os fundamentos do recurso fazem ver que a interpretação conferida à lei federal pela decisão recorrida deve ser consoli-

dada em sentido diverso. Por outro lado, quando a evolução da compreensão geral do direito ou a alteração dos valores sociais reclamam nova postura, ou, excepcionalmente, o precedente está marcado por equívoco evidente, a discussão deve ser reaberta, retomando-se o enfrentamento da interpretação da norma legal perante o contexto do caso submetido à Corte mediante o recurso.

Em todos esses casos o raciocínio do colegiado deve tomar em conta, além dos fatos do caso concreto, os fundamentos jurídicos e as interpretações possíveis, as diretivas de interpretação e as opções valorativas. A *ratio decidendi* só tem racionalidade externa, perante os diversos casos e questões jurídicas, *quando se sabe exatamente a situação concreta e a tese de direito de que fala e se conhece o caminho, inclusive valorativo, que a fez nascer.*

O colegiado deve discutir os fundamentos jurídicos apresentados pelas partes, assim como as interpretações possíveis vislumbradas de ofício, para chegar na *ratio decidendi*. Os fundamentos jurídicos e as interpretações possíveis marcam a dúvida de que parte o órgão julgador para realizar a atividade interpretativa que conduz ao resultado-interpretção.

Se a *ratio decidendi* define a interpretação em face da situação fática e da questão de direito, ela é elaborada paulatinamente mediante uma atividade intelectual de interpretação. Assim, é relevante delinear o desenvolvimento da atividade interpretativa, individualizando-se as diretivas de interpretação de primeiro e segundo graus, bem como as opções valorativas relacionadas a sua eleição e utilização.

Como é óbvio, o resultado-interpretção varia conforme a diretiva interpretativa e as opções valorativas empregadas no curso do raciocínio decisório ou de interpretação. O problema é que o julgamento colegiado, no modelo tradicional, corriqueiramente negligencia a discussão da escolha das

diretivas interpretativas e das opções valorativas, como se essas não tivessem qualquer influência sobre o resultado ou como se a atividade-interpretação fosse pautada num raciocínio meramente lógico. A discussão em colegiado não pode mais ignorar as diretivas interpretativas e os valores, fingindo não ver a sua incidência no curso do raciocínio decisório e na determinação do conteúdo da decisão.

Perceba-se que o juiz, ao decidir isoladamente, tem mais dificuldade de perceber a necessidade de elucidar a diretiva interpretativa e suas opções valorativas, imaginando que elas estão implícitas no seu raciocínio. Porém, se um juízo plural também depende de diretiva interpretativa e valores, e esses obviamente podem variar conforme o membro do colegiado, simplesmente não há como ter um raciocínio pré-decisório coerente e racional sem explicitar, discutir e definir a diretiva interpretativa e os valores que o permeiam. A não ser assim, cada juiz poderá ter um raciocínio, ainda que suas conclusões sejam iguais. Isso quer dizer que os valores e diretivas interpretativas não têm importância quando se pensa apenas na conclusão dos votos. Sem dúvida, a importância da discussão e da delimitação dos valores e diretivas assume relevância quando se torna imprescindível compreender a *ratio decidendi* ou as razões determinantes da decisão.

12. OS FUNDAMENTOS DE DIREITO

A racionalidade do exercício da função da Corte demanda que, logo no início do julgamento, sejam delineados os fundamentos de direito que serão discutidos pelo colegiado. Isso não apenas para que não haja dúvida sobre o objeto da deliberação. A delimitação dos fundamentos que devem ser enfrentados garante a racionalidade do desenvolvimento da discussão, inibindo o trato de questões irrelevantes, bem como a participação de apenas alguns membros do colegiado na aná-

lise de pontos relevantes. Em outras palavras, a prévia definição do objeto do julgamento tem importância quando se almeja uma *ratio decidendi* precisa, com o consequente afastamento de eventuais *obiter dicta*.

Como a decisão de uma Corte Suprema tem o seu significado impresso na *ratio decidendi*, a deliberação capaz de dar-lhe origem deve enfrentar, de maneira adequada, todos os fundamentos que importam para o alcance da solução do recurso. Assim, na medida em que os fundamentos são debatidos, cada um dos ministros efetivamente deve se expressar, esclarecendo a sua posição. Tudo isso, obviamente, deve ser objeto de controle para posterior demonstração na proclamação do resultado e na justificativa.

Ademais, uma que vez que “outros” fundamentos, no sentido de não discutidos, permitem à Corte voltar a tratar da questão de direito, a descrição dos fundamentos que efetivamente foram objeto de deliberação é fundamental para se saber quando se está diante de um “outro” fundamento, capaz de permitir a revogação do precedente.

13. AS DIRETIVAS DE INTERPRETAÇÃO E OPÇÕES VALORATIVAS

O modelo da interpretação operativa, próprio a Wróblewski, é elaborado a partir de dois níveis de diretivas. As diretivas de primeiro nível têm em conta os contextos relevantes de cada regra, ou seja, os contextos linguístico, sistemático e funcional. As diretivas de segundo nível se dividem em diretivas de *procedimento*, que determinam como as diretivas de primeiro grau devem ser utilizadas, e diretivas de *preferência*, que entram em ação quando os resultados da aplicação das diretivas de primeiro grau são incompatíveis. Melhor explicando: as diretivas de preferência servem para definir o resultado-interpretação ou a interpretação-final quando as

diretivas de primeiro grau conferem distintos significados ao texto interpretado³⁵.

Entre as diretivas de primeiro grau que operam no contexto funcional podem ser referidas, por exemplo, as que dizem i) que se deve atribuir a uma regra legal um significado de acordo com a finalidade perseguida pela instituição a que a regra pertence; ii) que a uma regra se deve atribuir significado de acordo com a intenção do legislador histórico; iii) que à regra se deve atribuir um significado de acordo com a intenção perseguida pelo legislador contemporâneo no momento da interpretação; e iv) que à regra legal se deve atribuir um significado de acordo com os objetivos que a regra deve alcançar segundo as valorações do intérprete. Como deixa claro Wróblewski, a aceitação de cada uma destas diretivas depende de opções valorativas relacionadas a ideias acerca da interpretação adequada e ao papel de uma determinada intenção na atribuição de significado. Diante dos critérios do legislador histórico, do legislador atual e do intérprete, considera-se o legislador e o intérprete como representantes de atitudes compartilhadas por grupos mais ou menos determinados, ou mesmo atribuídas à sociedade como um todo em determinadas dimensões espaço-temporais³⁶.

As diretivas procedimentais abordam o problema das espécies de diretivas de primeiro grau a ser utilizadas, bem como do momento e da ordem do seu uso. Nesse sentido, indaga-se, por exemplo, se após a obtenção de um significado claro mediante a utilização de diretivas linguísticas é necessário passar pelas interpretações sistemática e funcional, utilizando-se as diretivas pertinentes a cada um destes contextos. As diretivas de preferência operam quando é preciso escolher entre os resultados das três formas de interpretação - linguísti-

³⁵ V. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Meaning and truth in judicial decision*, Helsinki, 1983, p. 72 e ss.

³⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 47 e ss.

ca, sistemática e funcional – ou mesmo entre os resultados proporcionados por diretivas pertencentes a um mesmo contexto de interpretação – por exemplo, diretivas relativas ao contexto funcional³⁷.

Há sempre valoração na escolha de uma diretiva de primeiro nível pertinente a determinado contexto interpretativo, assim como na escolha de diretiva procedimental ou de preferência. Do mesmo modo, o simples uso de uma diretiva de primeiro ou segundo nível pode estar relacionada a termos valorativos ou exigir valorações. Por exemplo, a diretiva linguística que afirma que, “sem razões suficientes”, termos idênticos não devem ter significados distintos, exige uma valoração específica do intérprete para a sua utilização. Em resumo, as valorações desempenham o papel mais relevante na interpretação, uma vez que, como esclarece Wróblewski, a fórmula normal das decisões interpretativas justificadas emprega diretivas interpretativas e valorações, mas, em última instância, as valorações determinam a escolha e o uso das diretivas³⁸.

Fala-se em ideologia da interpretação da lei. Uma das principais espécies de ideologia da interpretação tem como valores básicos a certeza e a estabilidade, indicando que as regras legais têm significado imutável. Isso significa que a certeza do direito está no direito legislado; o significado de uma lei não muda sem a atuação do legislativo. Há aí uma “ideologia estática da interpretação legal”, nos termos de Wróblewski. Essa ideologia é umbilicalmente ligada à ideia de “vontade do legislador histórico”. De modo que a interpretação busca descobrir o significado da norma contido no texto legal para simplesmente revelá-lo ou declará-lo. Têm importância, nessa linha, os trabalhos preparatórios, na medida em

³⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Il modello teorico dell'applicazione della legge, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 1967.

³⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 62-65.

que auxiliam à descoberta da intenção do legislador³⁹. Essa ideologia da interpretação obviamente repercute sobre a eleição das diretivas interpretativas, de primeiro e segundo graus. Prefere-se as diretivas linguísticas e sistemáticas, havendo grande desconfiança em relação às funcionais. Isso porque as primeiras favorecem a certeza e a estabilidade, enquanto as últimas colocam em perigo os valores da ideologia estática. Quando o contexto funcional é considerado, portanto, utilizam-se as diretivas relacionadas à vontade do legislador histórico e não as que apontam para os valores do intérprete. As diretivas de segundo nível, por sua vez, são utilizadas de modo a privilegiar as diretivas linguísticas e sistemáticas, bem como as diretivas funcionais ligadas ao contexto histórico do ato normativo.

Em contraposição à ideologia estática está a ideologia dinâmica da interpretação⁴⁰, caracterizada pela necessidade de adaptação dos textos legais à evolução da realidade social. O modo como a sociedade se comporta, assim como as suas necessidades e expectativas, especialmente em suas dimensões ética, política, religiosa, econômica e cultural são determinantes da compreensão do texto legal, conferindo ao intérprete uma possibilidade de “ajuste” da lei e de desenvolvimento do direito⁴¹. Assim, o contexto principal de determina-

³⁹ WRÓBLEWSKI, Jerzy, Functions of law and legal certainty, *Anuario de filosofía del derecho*, XVII, 1973.

⁴⁰ A interpretação, segundo a ideologia dinâmica, é uma atividade “criativa” por definição. Nessa linha, diz Wróblewski que “a interpretação cria o direito de uma maneira específica, porém o cria praticamente em um sentido mais essencial daquele que o Legislativo faz: o direito aplicado, é dizer, em ato, é aquele cujas regras são determinadas na interpretação” (WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 77-78). De modo que a ideia de criação tem a ver com o abandono do formalismo interpretativo - e, assim, da suposição de que a atividade do juiz se limita a descobrir e revelar a norma contida no texto legal - e com a admissão de que a atividade interpretativa implica valoração e decisão ou opção.

⁴¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy, Change of law and social change, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2, 1983, p. 305 e ss.

ção do significado do texto é o funcional, aí importando a diretiva que estabelece a possibilidade de o juiz interpretar a lei em consonância com os valores do seu instante histórico⁴². As diretivas de procedimento e de preferência são utilizadas de forma a privilegiar as diretivas funcionais sobre as diretivas linguísticas e sistemáticas⁴³.

Exatamente em virtude da valoração, presente na eleição e uso das diretivas interpretativas, particularmente no uso daquelas que apelam ao contexto do intérprete, reclama-se da Corte Suprema discussão que seja capaz de legitimar as suas opções. Quer dizer que ato de interpretar, por depender não só da eleição (valorativa) de diretivas interpretativas, mas, também, da consideração (valorativa) de aspectos (éticos, políticos, econômicos, culturais etc.) da vida em sociedade, é um ato essencialmente deliberativo.

A justificativa colegiada, como é evidente, pressupõe uma prévia e adequada discussão dos valores em que a decisão se funda. Se o juiz singular certamente realiza juízos de valor no momento em que raciocina para decidir, mas lhe basta justificar os motivos das suas opções, algo um pouco diferente se passa quando se tem em conta um julgamento colegiado. Nesse caso, os valores que dirigem a eleição e a utilização das diretivas devem ser necessariamente explicitados e objeto de plena discussão, uma vez que apenas assim será possível justificar o valor efetivamente compartilhado pelo colegiado ou pela maioria. Note-se que o raciocínio do colegiado não tem como se desenvolver sem a deliberação explícita das opções valorativas simplesmente por ser um raciocínio de muitos.

Uma decisão de Corte Suprema, para poder operar

⁴² A ênfase ao contexto da época do intérprete faz com que o direito tenha a possibilidade de se desenvolver de acordo com a transformação das proposições sociais.

⁴³ WRÓBLEWSKI, Jerzy, Ideología de la aplicación judicial del derecho, in *Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontanamara, 2008, p. 77-84.

num sistema de precedentes, deve efetivamente discutir os valores inerentes a todas as opções tomadas no curso do raciocínio decisório, sob pena de não se poder afirmar que uma dessas opções, indispensável para se chegar na decisão, tem legitimidade para sustentá-la. A deliberação colegiada acerca das opções tomadas no curso do raciocínio colegiado é importante não apenas para que a justificativa seja possível, mas antes de tudo para que a decisão seja fruto de um raciocínio colegiado racional e representativo do efetivo diálogo entre os seus membros.

14. UNIVERSABILIDADE DA DECISÃO

Como diz MacCormick, um ato só pode ser justificado como correto mediante universalização, uma vez que mostrar a sua correção é evidenciar que, sob qualquer visão objetiva do tema, o ato deveria ser praticado – ou mesmo deve ser praticado – em face das características do ato e das circunstâncias do caso.⁴⁴ A universalidade, ou seja, a necessidade de que um argumento de validez de uma conclusão seja capaz de sustentar igual resultado diante de narrativas análogas, constitui regra de racionalidade do discurso prático, de que o discurso jurídico é um caso especial.⁴⁵ A universalidade, assim, antes de tudo é uma regra de racionalidade do discurso prático. Ninguém deve invocar um motivo para justificar uma ação sabendo que não poderá não utilizá-lo para justificar ações similares, assim co-

⁴⁴ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 131 e ss.

⁴⁵ Lembre-se que essa tese se baseia em três argumentos: (i) a discussão jurídica, como a argumentação prática geral, está voltada à solução de questões práticas, a respeito do que é obrigado, proibido ou permitido; (ii) levanta-se pretensão de correção tanto no discurso jurídico quanto no discurso prático geral; (iii) a argumentação jurídica constitui um “caso especial”, uma vez que a pretensão de correção no discurso jurídico é distinta daquela presente no discurso prático (ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 532).

mo ninguém pode invocar razão diversa para deixar de praticar ação com o mesmo conteúdo.⁴⁶

A universabilidade não tem relação com a substância da decisão ou com a correção da interpretação, mas com a sua racionalidade. Se a decisão da Corte Suprema é uma regra determinada a partir da interpretação, ela deve ser capaz de regular todas as situações análogas. A impossibilidade de sua aplicação a caso que tem motivo para ser tratado de modo diverso revela a sua inconsistência. A universabilidade do precedente, portanto, é condição para evitar a sua arbitrariedade. Na verdade, a falta de universabilidade do precedente é sinal do seu equívoco.

Embora a justificativa deva demonstrar a universabilidade do precedente, o colegiado, ao raciocinar para decidir, não pode deixar de testar a razão que pretende adotar para validar a sua conclusão com base no critério da universabilidade. Ou melhor, o colegiado, ao individualizar uma razão como adequada para outorgar validade à sua decisão, deve submetê-la ao teste da universabilidade, indagando e debatendo se casos análogos ou similares poderão ou não deixar de ser decididos com base na *ratio decidendi* a ser fixada. É somente um debate pleno que gere uma conclusão positiva, no sentido de que os casos análogos não fugirão ao fundamento que se pretende validar, que permite a sua adoção como *ratio decidendi*.

15. PROCLAMAÇÃO DA DECISÃO E DA *RATIO DECIDENDI*

O raciocínio decisório, que no caso do colegiado depende de efetivo debate e diálogo entre os juízes acerca de todos os argumentos que importam para a tomada de decisões

⁴⁶ PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos Precedentes: Universabilidade das decisões do STJ. Coleção o Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 56 e ss.

instrumentais (que objetivam o alcance da decisão do caso) e da própria decisão final, deve ser analisado com muita cautela antes de se proclamar a decisão e a *ratio decidendi*⁴⁷.

Isso porque chega a ser comum, nos colegiados, proclamar decisões destoantes do raciocínio decisório. O verdadeiro problema é o de que, enquanto no “juízo singular” o raciocínio decisório, a decisão e a justificativa estão enfeixadas nas mãos de uma só pessoa, no julgamento colegiado o Ministro que o preside nem sempre tem presente com exatidão a expressão da vontade dos seus membros e a exata extensão da discussão em relação aos pontos relevantes à proclamação do resultado, cuja clareza, inclusive, pode se perder no curso dos debates⁴⁸.

Pretende-se dizer, em outras palavras, que o exato dimensionamento do que se discutiu para decidir é absolutamente imprescindível para a proclamação da decisão e da *ratio*. A proclamação também depende de uma atividade ou de um raciocínio colegiado, que não se confunde com o raciocínio decisório. Perceba-se que no momento da elaboração da proclamação não apenas já se raciocinou para decidir como já se decidiu. Falta apenas raciocinar para proclamar e, então, efetivamente declarar a decisão e a *ratio decidendi*.

O raciocínio para a proclamação também pode dar origem a debate entre os membros do colegiado, que podem e obviamente devem, quando necessário, reavivar os seus pontos de vista e a extensão em que os argumentos foram efetivamente abordados.

Quando se está diante de julgamento apto à formação de precedente, obviamente não importam apenas as conclusões dos votos, mas relevam as razões expressas em cada um deles. Isso porque a sorte de um precedente depende da sua *ratio de-*

⁴⁷ KORNHAUSER, Lewis A., SAGER, Lawrence G. The one and the many: Adjudication in collegial courts. *California Law Review*, 1993, p. 4.

⁴⁸ KORNHAUSER, Lewis A., SAGER, Lawrence G. The one and the many: Adjudication in collegial courts, cit., p. 7.

cidendi e não de se saber qual dos litigantes resultou vitorioso em face do recurso. Ora, só é possível identificar se do julgamento defluiu uma *ratio decidendi* quando se delimita com exatidão as razões de cada um dos votos, considerando-se, ainda, o número de votos que firmou um ou outro entendimento⁴⁹.

Sublinhe-se que se está a falar de proclamação da decisão e da *ratio*, o que é absolutamente desconhecido na prática do direito brasileiro. Como se sabe, não há, entre nós, qualquer preocupação com a *ratio decidendi* no momento da definição do resultado do julgamento. Porém, tratando-se de Corte de Precedentes e, portanto, de colegiado que não está apenas elaborando decisão para os litigantes ou simplesmente solucionando o recurso, é imprescindível proclamar a eventual *ratio* ao lado da decisão. Significa dizer, em poucas palavras, que a proclamação do resultado não é mais sinônimo de declaração da decisão, mas expressão que deve conter a decisão e a *ratio decidendi*.

16. FUNDAMENTOS E CONCLUSÃO DOS VOTOS INDIVIDUAIS

Votos em sentido igual, ou seja, no sentido do provimento ou do não provimento do recurso, podem ser dotados de fundamentos diversos. Do mesmo modo, em caso de divergência, a maioria de votos em sentido do provimento ou do não provimento do recurso pode não fazer surgir uma *ratio decidendi*.

Num colegiado de seis membros, a maioria, nesse caso representada por quatro membros, pode afirmar um resultado em favor de um dos litigantes, apresentando de um a quatro fundamentos. Só será possível pensar em *ratio decidendi* quando os quatros votos se basearam em um único fundamento.

⁴⁹ KORNHAUSER, Lewis A., SAGER, Lawrence G. The one and the many: Adjudication in collegial courts, cit., p. 13.

Basta que um voto tenha fundamento distinto para que se tenha apenas três votos afirmando um fundamento, o que, num colegiado de seis membros, não faz surgir uma *ratio decidendi*⁵⁰.

Se a formação da *ratio decidendi* depende da maioria dos membros do colegiado, não basta, no momento em que se raciocina para proclamar o resultado de um julgamento de Corte Suprema, considerar a conclusão dos votos. É preciso ter em mente os fundamentos que foram analisados e, nessa perspectiva, considerar quais membros do colegiado prestigiaram esse ou aquele fundamento. Lembre-se que o resultado do julgamento não é mais sinônimo de decisão do recurso, mas engloba a decisão e a definição da eventual *ratio decidendi*⁵¹.

⁵⁰ Tome-se o exemplo citado por Montrose: “The reason stated by Lord MacDermott L.C.J. why the House of Lords in *Wimpey’s* case had not ‘conclusively established,’ gave no ‘authoritative guidance’ for, a rule of law was that the members of the House of Lords expressed different opinions about the correct interpretation of the relevant statute. Lord MacDermott L.C.J. did not seek for some *ratio decidendi*, as Goodhart advises, by looking merely at ‘the material facts of the case plus the decision thereon.’ He carefully considered the *ratio decidendi* of each speech. He said ‘The House of Lords affirmed the decision of the Court of Appeal. This was a majority ruling, Lord Simonds, Lord Reid and Lord Tucker taking the view that the appeal of *Wimpey’s* should be dismissed and Lord Porter and Lord Keith of Avonholm being of the contrary opinion.’ He then proceeded to examine carefully the speeches of the Law Lords to see on what principles of law they based their decisions. It is clear that had all the members of the majority of the Lords agreed as to the interpretation of the statute, he would have considered bound by that interpretation, being the rule of law on which they had based their decisions. He found, however, that the majority were not agreed, for Lord Reid, though he came to the same ultimate decision, did not accept the interpretation adopted by Lord Simonds and Lord Tucker. Since the minority also rejected that interpretation Lord MacDermott did not consider it was ‘binding on this court’.”(MONTROSE, J. L. *Ratio decidendi* and the House of Lords, cit., p. 127-128)

⁵¹ É o que demonstra a diferença entre o termo “judgment”, compreendido como o resultado da decisão, e o termo “opinion”, no qual se encontra a fundamentação jurídica da decisão: “In analyzing these problems, it is essential to distinguish between the function of a court’s judgments and that of the opinions supporting them. The function of a judgment, traditionally, has been to decide disputes between litigants. This is not the primary task of the Supreme Court, though it is constitutionally required that there exist such a dispute for the Court to assert jurisdiction in the first instance. The particular case or controversy before the Court is the vehicle utilized by it to establish principles of law which will not only decide the dispute between

Isso tudo pode e deve ser objeto de debate, tendo-se sempre em consideração que muitas das recentes decisões das Cortes Supremas brasileiras expressam resultados que derivam da soma das conclusões dos votos, mas não permitem qualquer conclusão acerca de *ratio decidendi*. Os acórdãos das Supremas Cortes não tem se preocupado em expressar os fundamentos dos votos ou a *ratio decidendi* mediante a qual se chegou à solução do recurso ou do caso. A única preocupação é a de evidenciar se o recurso foi provido ou não, uma vez que a função das Cortes Supremas é ainda presa à tutela do litigante e à solução do caso concreto. Isso não ocorreria se houvesse consciência de que a decisão, enquanto precedente, é a regra determinada pela função interpretativa da Corte.

Deixe-se claro, ademais, que também é importante revelar, no momento da proclamação do resultado, os fundamentos que foram sublinhados por votos insuficientes à formação de *ratio decidendi*. Um fundamento afirmado por três de seis votos – por exemplo - é um sinal de tendência que não pode ser desprezado. Esse sinal tem importância para a Corte meditar sobre a questão de direito, para a Academia aprofundar a investigação do tema e para os advogados advertirem os seus clientes⁵².

Lembre-se, aliás, que a Suprema Corte pode, num exercício de contenção, deixar de revogar um precedente por supor

the parties at bar but which will also be applicable in a broad range of similar disputes.” (DAVIS, John F., REYNOLDS, William L. Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court. *Duke Law Journal*, 1974, p. 62.

⁵² A respeito do papel da academia na apreciação crítica do precedente, assim explica Michele Taruffo: “A further important factor influencing the use of precedent is the role played by law professors, and generally by legal writers. Insofar as precedents are concerned, legal writers may perform different tasks, and often such tasks are preformed at the same time. First of all, precedents are collected, analysed and discussed. Often the definition of the ratio decidendi of a case is made by the legal literature before being used by a court. Legal writers also connect, reconstruct, rationalize and compare precedents.” (TARUFFO, MICHELE. INSTITUTIONAL FACTORS INFLUENCING PRECEDENTS. IN: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 457.

não estar diante do momento mais adequado, pelo fato de muitas relações jurídicas em andamento terem se baseado no precedente ou situações jurídicas consolidadas terem nele se apoiado, sempre a partir de uma “confiança justificada”⁵³. Em situações dessa espécie, a Corte pode sinalizar para um futuro *overruling*⁵⁴. Porém, a confiança justificada pode ser descaracterizada por fundamentos expressos em decisões passadas, a demonstrar falta de consistência sistêmica ou desgaste do precedente e, assim, a probabilidade da sua revogação. O desgaste paulatino de um precedente não pode deixar de ser assimilado pela advocacia, a quem incumbe orientar acerca do grau de autoridade dos precedentes. Portanto, também por isso há importância na individualização dos fundamentos que, afirmados por determinados votos, não foram suficientes à revogação do precedente, mas constituem evidência de decisões inconsistentes ou de desgaste do precedente, a evidenciar falta de razão para confiança justificada⁵⁵.

Por fim, embora a interpretação da justificativa seja uma maneira adequada para se identificar eventuais *obiter dicta*, o colegiado pode, no momento da proclamação do resultado, advertir que determinados fundamentos foram discutidos de passagem ou não foram discutidos por todos os membros do colegiado, viabilizando eventual debate acerca de ponto que, de outra forma, ficaria sujeito à controle apenas na fase de elabo-

⁵³ “Retroactive application of an overruling decision may upset substantial reliance on the overruled precedent and will treat parties similarly situated quite differently” (SUMMERS, Robert, *Precedent in the United States (New York State)*. Interpreting precedents: a comparative study. London: Dartmouth, 1997, p. 397-398).

⁵⁴ “Signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts the profession on notice that the precedent is no longer reliable” (EINSENBURG, Melvin, *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 122).

⁵⁵ HASEN, Richard L. Anticipatory overrulings, invitations, time bombs, and inadvertence: How Supreme Court Justices move the law. *Emory Law Journal*, 2011, p. 779 e ss. Para um exame aprofundado a respeito do overruling feito de forma gradual e não explicitamente sinalizada, v. FRIEDMAN, Barry. *The wages of stealth overruling (with particular attention to Miranda v. Arizona)*. *Georgetown Law Journal*, v. 99, 2010, p. 1 ss.

ração da justificativa. Isso tem importância quando pode haver dúvida sobre o significado da discussão de uma questão, se *ratio* ou *obiter*, ou quando a discussão de um ponto que não guarda conexão com a questão de direito solucionada por meio da *ratio decidendi* pode ter eficácia persuasiva diante de casos futuros⁵⁶.

17. ELABORAÇÃO DA JUSTIFICATIVA

Num julgamento colegiado, há justificativa oral dos votos individuais ou das posições em debate na fase que antecede a de proclamação do resultado. Assim como essa última fase é algo peculiar ao julgamento colegiado, a justificativa oral dos votos, antecedendo a tomada da decisão, também é algo que o caracteriza, uma vez que é indispensável à plenitude da deliberação.

Na verdade, a justificativa dos votos ou das teses em disputa é algo inerente à discussão do colegiado, na medida em que não pode haver discussão sem o confronto das justificativas. Essa forma de justificativa, porém, não pode ser confundida com a justificativa da decisão colegiada. A justificativa da decisão colegiada, que deverá tomar em conta a proclamação do resultado e tudo o que passou na fase pré-decisória, obviamente não pode deixar de considerar as justificativas orais apresentadas na fase pré-decisória.

⁵⁶ Em situação similar, fala-se no *common law* em *judicial dictum* e em *gratis dictum*. “Common-law jurists and judges have occasionally tried to pile distinctions upon the basic *ratio- obiter* distinction – arguing that a case might contain a ‘holding’ which is more authoritative than a *ratio decidendi*, and that there can be ‘judicial dicta’ which are less authoritative than *rationes decidendi* but more authoritative than any *obiter dictum*. But is the basic distinction that has endured?”. (Duxbury, Neil, *The nature and authority of precedent*, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 68). V. LLEWELLYN, Karl, *The case law system in America*, Chicago: University of Chicago Press, 1989, p. 14 e ss; SCOFIELDD, Robert G, *The distinction between judicial dicta and obiter dicta*, *Los Angeles Lawyer*, Los Angeles, vol. 25, 2002.

Não há dúvida, portanto, que a justificativa da decisão colegiada não traz problemas apenas a partir do momento em que surge como discurso do colegiado - pronto e acabado. Como a justificativa é construída e pode ser elaborada de diversos modos, é preciso cuidar para que o procedimento justificatório seja realmente apto a propiciar uma justificativa que, além de espelhar o que ocorreu na fase pré-decisória e de proclamação do resultado, demonstre a validade do argumento determinante da decisão e, ao mesmo tempo e quando for o caso, traga os fundamentos da opção divergente - que restou vencida⁵⁷.

Como a justificativa deve retratar os argumentos em debate, não há razão para restringir a participação dos membros do colegiado na fase justificatória. Ou seja, não há motivo para pensar que apenas um juiz do colegiado participa da fase de justificação, confundindo-se a justificativa da decisão colegiada com a sua redação. Há que se perceber que participar da fase de justificação da decisão não é o mesmo do que ter poder para redigir a justificativa. Todos os membros do colegiado podem participar da fase de justificação, sugerindo destaques ou acréscimos, embora apenas um juiz seja o responsável pela redação da justificativa final⁵⁸.

Quer isso dizer que, na fase de elaboração da justificação, é preciso pensar na melhor forma para se dar concretude a um acórdão capaz de identificar um precedente. Como o julgamento colegiado de uma Corte Suprema brasileira não exige consenso e a divergência tem que ser adequadamente comunicada ao público, é preciso contar com votos escritos que identifiquem a razão determinante da decisão e a razão dissidente.

⁵⁷ NOVAK, Linda. The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions. *Columbia Law Review*, 1980, p. 756-759.

⁵⁸ Na Suprema Corte dos Estados Unidos, com a definição do Ministro redator da *opinion*, tem-se o início de uma fase distinta de discussão, baseada na minuta da decisão, na qual todos os membros do colegiado podem sugerir mudanças e adaptações no texto a ser futuramente publicado. V. a respeito: SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.; BENESH, Sarah C. *The Supreme Court in American Legal System*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 305.

Trata-se de incumbência dos magistrados que proferiram os primeiros votos dos grupos vencedor e vencido. Esses votos ainda necessitam de uma justificativa final, que pode ficar a cargo do redator do voto do grupo vencedor⁵⁹.

É importante que os redatores dos votos vencedor e vencido, antes da redação da justificativa final, encaminhem os respectivos votos àqueles que os acompanharam. Isso para que os demais julgadores verifiquem se têm algo para agregar às razões dos votos. O mesmo procedimento deve ser observado depois da redação da justificativa final, quando importará a análise do delineamento da *ratio decidendi*, do fundamento dissidente e das *obiter dictas* que eventualmente foram descritas.

18. JUSTIFICATIVA E *RATIO DECIDENDI*

Precedente não se confunde com decisão ou com justificativa. A decisão é a resolução de um caso, cuja justificativa pode ou não dar origem a uma *ratio decidendi* e, por conseguinte, a um precedente. Note-se que a justificativa, mesmo quando contém a *ratio*, pode tratar de outros aspectos do caso.

Não há dúvida que não há precedente sem *ratio decidendi*, mas o precedente é mais do que a *ratio*. É certo que a parte do precedente que importa, enquanto regra que regulará os casos futuros, é a *ratio decidendi*. Porém, o precedente, se necessariamente contém a *ratio*, também abarca outros pontos. O precedente engloba o relatório, descreve o contexto fático e contém todas as circunstâncias que importam para o caso, além de poder conter justificativa de argumentos divergentes e de eventuais *obiter dicta*.

A *ratio decidendi*, embora derivada da justificativa, requer condições que a tornam peculiar. Uma justificativa apenas

⁵⁹ SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.; BENESH, Sarah C. *The Supreme Court in American Legal System*, cit., p. 333.

gera *ratio decidendi* nos julgados das Cortes Supremas e, nesses casos, quando realmente consiste no fundamento determinante da decisão, prestigiado pela unanimidade ou pela maioria dos membros do colegiado.

Embora a justificativa seja o resultado de um raciocínio que deve considerar a fase pré-decisória e a proclamação do resultado, e que, assim, deve retratar os fundamentos que realmente conduziram à decisão e foram efetivamente discutidos por todos os membros do colegiado, a justificativa, enquanto discurso, sempre será objeto de análise por aqueles que tem interesse especialmente na autoridade e na eficácia vinculante da *ratio decidendi*.

Nos julgamentos subsequentes interessados na aplicação do precedente, haverá sempre debate sobre a existência de uma efetiva *ratio decidendi*, bem como de seus exatos significado e alcance.

