

A PRÁTICA DE PRECEDENTES NO BRASIL: *RATIO DECIDENDI* E *OBITER DICTUM*

Luísa Felipe de Lira (IC) e Edilson Vitorelli Diniz Lima (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackpesquisa

RESUMO

O presente artigo visa colaborar com os desafios que emergiram no que diz respeito a teoria de precedentes judiciais obrigatórios que passou a ser foco de grande debate com a vigência do novo Código de Processo Civil. Atentando-se a questões particulares do direito brasileiro, tal como a forma de deliberação colegiada no modelo *seriatim*, o trabalho busca abordar questões teóricas e práticas, em particular sobre a *ratio decidendi* e *obiter dictum* dos precedentes. O estudo teórico foca especialmente em questões conceituais sobre os precedentes, examinando o pensamento doutrinário e as definições oferecidas para a *ratio* e *obiter*. Já a parte prática busca demonstrar a complexidade na interpretação de um precedente e no entendimento e delimitação de qual é sua *ratio decidendi*, bem como da devida distinção da *obiter dictum* – esta análise se dá a partir do estudo de caso da decisão de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Neste cenário, o trabalho busca apontar as maiores dificuldades e as questões mais pragmáticas quanto ao uso de precedentes sempre tendo em vista as particularidades da formação do jurista em um sistema de *civil law*. O artigo apresentado é uma breve contribuição e exposição que busca examinar as dificuldades de adaptação de um sistema romano-germânico com a doutrina de *stare decisis*.

Palavras-chave: Precedentes. *Ratio decidendi*. *Obiter dictum*.

ABSTRACT

The present article aim to contribute with the challenges that emerged concerning the theory of judicial binding precedents that became the focus of big discussion with the validity of New Brazilian Code of Civil Procedure. Considering particular questions of Brazilian Law, such as the way of collegiate deliberation in the *seriatim* model, the work seeks to approach theoretical and practical topics, in particular about the *ratio decidendi* and *obiter dictum* of precedents. The theoretical study focus especially on the conceptual topics about precedents, examining doctrinaire thinking and definitions for *ratio* and *obiter*. On the other hand, the practical study searches to demonstrate the complexity of the interpretation of precedents and understanding and restraining of the *ratio decidendi*, as well as the appropriate distinction of *obiter dictum* – this this analysis is made on a decision taken by the Brazilian Supreme Court on a Direct Unconstitutionality Action. In this scenario, the paper seeks to show the biggest difficulties and most pragmatic topics, always having in mind the particularities on the training of jurists on the

Civil Law system. The article presented is a brief contribution and exposition that seeks to examine the difficulties of adapting a Roman-Germanic system to the doctrine of *stare decisis*.

Keywords: Precedents. *Ratio decidendi*. *Obiter dictum*.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 integrou ao processo brasileiro a doutrina de *stare decisis*, passando a valorizar a fundamentação das decisões e dando a elas um valor vinculante. Esta incorporação dos precedentes judiciais obrigatórios gerou uma demanda à doutrina e ao Judiciário no que tange a compreensão e aplicação de precedentes, o que até então não era habitual ao jurista de *civil law*.

É neste contexto que surge este trabalho. Ele tem como escopo a exposição da teoria e da discussão prática dos precedentes, em específico os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A proposta é apresentar um artigo que contribua para o entendimento das técnicas e da prática da delimitação da *ratio decidendi* de uma decisão. Esta determinação importa essencialmente para que seja traçado o alcance da decisão, pois ela deverá vincular apenas os casos que possuam semelhança fática e jurídica.

O artigo leva também em consideração que a formação de um acórdão se dá pela composição de múltiplos votos – é o chamado modelo *seriatim* de deliberação. O acórdão pode ser formado por votos que possuem o mesmo provimento, porém, sustentados por diferentes fundamentações. Surge assim a necessidade de analisar a *ratio decidendi* não apenas do julgamento, mas, também, dos votos individualmente considerados.

Observar-se-á também que as decisões devem ser satisfatoriamente fundamentadas para viabilizar a interpretação e delimitação dos motivos determinantes que levaram o provimento jurisdicional – é necessário saber a *ratio* da decisão, não apenas a conclusão. A pesquisa busca, portanto, contribuir com a resolução das dificuldades surgidas com a teoria à técnica dos precedentes judiciais.

Para concretização do trabalho, o presente artigo realiza primeiro uma revisão bibliográfica acerca dos precedentes judiciais, bem como diligência pelos melhores conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* e suas diferenças. A partir da base de fundamentação teórica construída, passa-se a empreender a análise prática por meio do estudo descritivo e crítico aos votos que compõem o acórdão que decidiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.938/CE.

O resultado, por tanto, possibilita a compreensão da doutrina de *stare decisis* e seu exercício à luz da prática jurídica brasileira.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1. Introdução à teoria de precedentes no Brasil

A aproximação dos ordenamentos de *common law* e *civil law* têm sido cada vez mais evidentes quando se observa estes sistemas nas últimas décadas. A título de exemplo, o

Brasil, país de tradição romano-germânica, faz uso da lei como fonte para a construção de um raciocínio dedutivo que resulta no provimento jurisdicional. Porém, tal situação não é exclusivamente verdadeira, ou melhor, não exclui a outra face do direito brasileiro: desde os anos 60, com a criação das súmulas pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal¹, as decisões judiciais têm ganhado mais importância na vida prática do jurista.

O desenvolvimento do direito jurisprudencial, que é essencialmente diferente de um precedente como será apontado a seguir, culminou na positivação da doutrina de *stare decisis* no Novo Código de Processo Civil de 2015. Este sistema se concretiza na seguinte forma: (a) obrigatoriedade de considerar as circunstâncias fáticas e jurídicas dos casos concretos nas decisões judiciais (art. 489, §1º, V e VI c/c art. 926, §2º, ambos do CPC); (b) força vinculante das decisões e orientações dos Tribunais Superiores (art. 927, I ao V, CPC); (c) uniformização das decisões (art. 926, caput, CPC). Os artigos 489, 926 e 927 do Código de Processo Civil formam o cerne da prática de precedentes no direito brasileiro.

A ideia de *stare decisis* pode ser explicada da seguinte forma:

Stare decisis aplica-se a todos os casos que apresentam a mesma questão legal, sem apresentar preocupação com a ideia de identidade de partes, mas sim quando revele preocupação com a identidade de demanda, a partir do primado que causas iguais merecem soluções idênticas. O que importa, adotando-se linguagem própria do sistema romano-germânico, especialmente na senda brasileira de tal família jurídica, é a identidade de suporte fático e pretensão. Havendo, pois, identidade de causas, há vínculo a ser seguido e respeitado, como garantia de isonomia de tratamento jurisdicional. (PORTO, 2005, p. 10)

O legislador deu um grande salto no desenvolvimento do Direito, aperfeiçoando e sistematizando o processo de forma a otimizar o Poder Judiciário. Marinoni (2016) elenca algumas razões para seguir uma prática de precedentes, tais como: maior segurança jurídica, igualdade diante das decisões judiciais, respeito à hierarquia, controle do poder do juiz e maior imparcialidade, desestímulo a litigância, auxílio à uma duração razoável do processo, entre outros. Cabe então aos juristas receber e adequar a teoria de precedentes a tradição pátria.

Nesta questão de desenvolvimento das instituições junto a ideia de valorização dos precedentes, o saudoso Ministro Teori Zavascki aponta que os precedentes não são estranhos ao direito brasileiro e que estes guardam certa relação com as funções atribuídas pela Constituição Federal as Cortes. O Ministro, inclusive, se aproxima e se embasa na ideia do jurista italiano Calamandrei – que indica como função típica de uma Corte Suprema aquela

¹ Marcus Gil Barbosa Dias aponta que a súmula tem o objetivo de pronunciar uma “orientação dominante do Tribunal acerca de tema controvertido na jurisprudência e eliminar divergências anteriores.”

de fixar precedentes através de decisões generalizáveis, o que ele denomina como função nomofilática. *In verbis*:

[...] o perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm entre as suas principais finalidades a de *uniformização* da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar *nomofilática* – entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a *aclarar e integrar* o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme –, funções essas com finalidades “*que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente*” (Calamandrei, Piero. *La casación civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945. t. II. p. 104) e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva *ultra partes* dos seus precedentes. (BRASIL, 2014, p. 155)

Nesta mesma linha, Marinoni (2015) explica que uma Corte agrega conteúdo a ordem jurídica quando decide um caso. Assim, a função contemporânea das Cortes Supremas ou Superiores é definir o sentido do direito e desenvolvê-lo respeitando e atendendo suas necessidades. É obsoleta a ideia de que o julgador é *la bouche de la loi* – fadado a repetir a lei sem poder contribuir com a construção do direito juntamente com o Legislativo.

Rezende e Ricetto (2015, p. 7) discutem se as decisões judiciais declaram ou criam o direito, debatendo, portanto, o limite de atuação, dentro da legitimidade democrática, do Poder Judiciário. A despeito do que pode parecer, o sistema de precedentes não invade a competência do Poder Legislativo e nem viola a garantia de separação dos poderes, inclusive, os autores afirmam que: “A noção de precedente, porém, não busca e nem consegue equiparar o Judiciário ao Legislativo, [...] o que pressuporia um esvaziamento quase total da competência dos parlamentares.” (REZENDE; RICETTO, 2015, p. 8)

O sistema jurídico brasileiro evolui e aproxima-se das práticas do *common law*. Dessa forma, é significativa e notável a concretização trazida pelo Novo Código de Processo Civil, que desde sua exposição de motivos indica a necessidade de aprimorar os instrumentos que auxiliam na eficiência e efetividade da prestação jurisdicional. O respeito aos precedentes garante um maior prestígio a segurança jurídica, celeridade processual e isonomia das decisões.

2. 2. Compreensão e formação de precedentes

Para compreender o que é um precedente, é essencial primeiramente distingui-lo das demais fontes do direito.

A jurisprudência, já conhecida no direito brasileiro, pode ser definida como um conjunto de decisões dos tribunais em um determinado sentido, a uniformização da interpretação da lei abstrata à luz de casos concretos. Para Miguel Reale (2002, p. 167) devemos entender a

jurisprudência, *stricto sensu*, como: “[...] a forma de revelação do direito que se processa através do exercício de jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.”. Ou seja, é a construção do entendimento e tendências de conclusão de um determinado Tribunal a respeito de uma certa tese.

Já o precedente é identificável como a decisão judicial que orienta futuros casos semelhantes devido ao seu efeito vinculante, em que seja possível empregar a mesma fundamentação jurídica a partir de semelhanças fáticas.

Taruffo (2014, p. 4) define o que segue:

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou - como ocorre normalmente - da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior., dependendo se ele considerar prevaletes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos.

Se a lei é a norma jurídica abstrata e universal, o precedente é a norma jurídica concreta e universal. Aquela, exige que o julgador solucione os conflitos dando sentido ao ordenamento jurídico à luz do caso concreto, fazendo com que os fatos dialoguem com a lei. Diferente é a decisão que tem por fundamento um caso precedente. Neste, já há uma interpretação e construção proferida por um Tribunal conferindo uma correlação ao direito e aos fatos – esta declaração do juízo, passa a compor a ordem jurídica como fonte do direito.

Uma questão de caráter quantitativo também auxilia na diferenciação da jurisprudência e do precedente: aquela refere-se a uma pluralidade de decisões, geralmente centenas de casos similares julgados para que então seja possível falar na existência de uma jurisprudência. Por outro lado, para a formação de um precedente é necessário apenas uma decisão para que haja a obrigatoriedade em observá-lo em casos futuros, sendo que, decisões sucessivas vêm apenas como apoio e não exigências.

Vale também ressaltar como diferença o seguinte: a jurisprudência existe por si só, enquanto o precedente depende da sua aplicação para existir. Quando se fala em jurisprudência, como já foi dito, refere-se a interpretação que um determinado Tribunal tem a respeito de um determinado tema. Essa tendência de julgamentos existe independentemente de serem replicados por outros magistrados como fundamento para suas decisões. Ao contrário do precedente: só faz sentido falar nestes quando um caso anterior é aplicado em um presente.

Por fim, é importante pontuar também acerca da diferença entre estes dois institutos e os enunciados de súmula. Estas, são visivelmente distintas – estruturalmente os enunciados de súmula se apresentam quase como um conjunto de normas. Porém, eles estão dotados de circunstâncias fáticas que levaram a decisão do Tribunal naquele sentido. É uma sucinta orientação vinculante acerca de como se dá a aplicação de uma norma controversa que foi objeto de reiteradas decisões dos Tribunais.

2. 3. Elementos constitutivos do precedente

2. 3. 1. *Ratio decidendi*

O elemento constitutivo essencial, aquele que dá forma ao precedente, é a sua *ratio decidendi*. Na tradução do termo latino para o português a expressão significa *razão de decidir*, o que já orienta devidamente a aceção sobre o vocábulo. A *ratio* é a parcela do precedente que possui autoridade, ou seja, que vincula as futuras decisões por conta daquilo que foi estabelecido como *motivo determinante* da decisão. É a espinha dorsal de um precedente.

Inclusive, em uma concepção *stricto sensu*, o precedente pode ser entendido como a própria *ratio decidendi*, isto é, porque ao considerar o precedente como norma, esta é, precisamente, a própria *ratio*. (MACEDO apud DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Esta *razão de decidir* é a deliberação que correlaciona os fundamentos jurídicos e fáticos no juízo decisório. Identificá-la exige interpretação do precedente para que se extraia aquilo que lhe é substancial – deve se questionar acerca da prescindibilidade do fundamento para determinar se ele compõe ou não a *ratio* da decisão. Sobre a identificação da *ratio decidendi*:

[...] para determinar a norma a partir de um texto legal, noção existe um único método válido ou legítimo, pelo contrário, são encontradas múltiplas formas, podendo cada uma delas ensejar resultados distintos e até contrários, não sendo possível, selecionar uma delas como correta ou superior a priori. (MACÊDO, 2014, p. 307)

Sendo fonte habitual do direito brasileiro a jurisprudência, é pertinente indicar que a *ratio* de uma decisão não pode ser reduzida a ementa do acórdão. Por mais que, ocasionalmente, a ementa de um julgado traga breve exposição fática e indique os dispositivos legais aplicados, não necessariamente este texto indicará com precisão os fundamentos basilares que levaram àquela resolução. Precedentes são textos e devem ser interpretados a partir da sua totalidade, não apenas a partir de uma ementa.

Por certas vezes, os julgadores nem sempre se manifestam de forma clara acerca de quais foram as razões fáticas imprescindíveis e os fundamentos jurídicos essenciais para a

decisão que justificam a aplicação da lei naquela forma. Por causa disto impõe-se um empenho interpretativo do operador do direito para delimitar a *ratio* – e que por vezes pode existir mais de um entendimento.

Assim, é necessária uma análise de todo acórdão para aferir precisamente o porquê do pedido e o porquê da decisão, sendo que que a fruto da apreciação conjunta destes dois elementos forma a *ratio decidendi* do caso.

É pertinente realizar uma breve pontuação acerca da expressão *holding* – comum quando se aborda a teoria de precedentes e, não raro, utilizada deliberadamente como sinônimo de *ratio decidendi*. O ilustre jurista Schauer (2009, p. 54), contudo, adverte que a *holding* “[...] é muito próxima, mas não idêntica a *ratio decidendi*.” (tradução nossa)²

Tem-se a seguinte definição de *holding*: “1. A determinação de uma Corte acerca de uma lei crucial para a própria decisão; um princípio traçado a partir da decisão. [...]” (GARNER, 2009, p. 800, tradução nossa)³. Pode ser entendida como o dispositivo da decisão judicial no direito brasileiro. Assim, a *holding* não traz a *razão de decidir* da decisão, apenas a sua conclusão – sendo então possível afirmar que a fundamentação da *holding* é a *ratio decidendi*.

Por fim, é necessário apontar que, de acordo com Marinoni (2016, p. 158), a despeito de todo precedente formar-se a partir de uma decisão judicial, nem toda decisão forma um precedente. O autor explica que “para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto.” Sendo necessário então que haja uma adequada interpretação da norma legal.

2. 3. 2. *Obiter dictum*

A *obiter dictum* é como tradicionalmente se denomina aquilo que foi dito de passagem no voto que origina um precedente. É parte integrante da decisão, mas que não foi o que fundamentou de forma primordial o julgamento.

É indispensável distinguir qual parte da decisão tem efeito vinculante, a *ratio*, e qual expressa uma parte dispensável, a *obiter*. Quanto a definição da *obiter dictum* de um precedente:

Trata-se de colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. É mencionado pelo juiz “incidentalmente” ou “a propósito” (“*by the way*”), mas pode representar um suporte ainda que não essencial e prescindível para construção da motivação

² “[...] is very close to but not identical with the *ratio decidendi*.”

³ “1. A court’s determination of a matter of law pivotal to its decision; a principal drawn from such a decision. [...]”

e do raciocínio ali exposto. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 458)

A realização desta distinção, contudo, por vezes pode não ser muito nítida. Marinoni (2012, p. 28) assinala habilmente a complexidade do tema:

[...] difícil, sem dúvida, é isolar o fundamento que, independente de ter sido alegado e discutido pelos juízes, era desnecessário à tomada da decisão. É certo que, quando um fundamento, é desnecessário para se chegar à solução de dada questão, em regra ele não é nem tomado a sério e efetivamente discutido pelos juízes, caracterizando-se facilmente, desta forma, como *obiter dictum*. Entretanto, em tese isto nem sempre pode ser assim, Daí a importância de se analisar a conhecida definição de Ruper Cross, celebrizada no common law, de 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, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada ou uma parte de sua instrução para o júri.”.

Assim, apesar de na teoria terem conceitos inconfundíveis, na prática, a *ratio* e *obiter* podem ser separadas por uma linha muito tênue e gerar dúvidas acerca da adequada interpretação. Nesse sentido, Mendes (2010, p. 3) leciona:

Como encontrar a fronteira entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*? Esta fronteira é construída de maneira argumentativa, empreitada nem sempre incontroversa. No campo da interpretação constitucional, que geralmente lida com linguagem abstrata, de alto teor moral, raramente se granjeará um absoluto consenso. Constantemente haverá uma zona nebulosa na qual não se obterá nenhum acordo. Nestes casos difíceis, o bom jurista faz muita diferença. Deve possuir pleno domínio sobre a técnica de determinar em qual dos dois terrenos determinada razão se encaixa. É a arte do argumento e da análise. A cada situação nova que surgir, os precedentes com potencial para influenciar a respectiva decisão (*rule of case*) merecerão sempre um reexame. O *dictum* de hoje pode se transformar na *ratio decidendi* de amanhã? Talvez. Depende da inteligência e da criatividade do intérprete.

Dessarte, a necessidade de o jurista dispor de uma distinta habilidade na interpretação, sabendo diferenciar adequadamente aquilo que é elementar a decisão daquilo que é dispensável para então reconhecer se o precedente é cabível ou não como orientador do caso atual.

2. 4. Precedente na decisão colegiada

Uma questão que se mostra fundamental no debate de precedentes no direito brasileiro é a sua formação, interpretação e aplicação tendo em vista o modelo *seriatim* de deliberação nos Tribunais. Ao contrário dos países que optam por um modelo de decisão *per curiam*, no qual apresenta-se um texto único com o provimento jurisdicional, as decisões colegiadas no Brasil se dão por meio de um acórdão composto por uma série de decisões individuais que juntas compõe uma resolução final.

Esta peculiaridade da prática jurídica brasileira traz a necessidade de enfrentar certas questões relativas à formação de precedentes quando colocadas frente ao modo que os julgamentos ocorrem. Ora, se o Tribunal não produz um texto único com o resultado da deliberação de seus membros, resta um acórdão, não raro, com múltiplas *rationes decidendi* para a mesma conclusão. Diversos votos, que podem ser individualmente considerados, concebem uma decisão.

É possível que haja concordância dos Ministros no que tange ao dispositivo, na conclusão do voto, mas não há obrigatoriamente uma exata subscrição aos motivos que fundamentam aquele provimento. Os julgadores podem entender de forma mais restrita ou mais ampla quais fatos são essenciais a decisão, bem como podem entender serem aplicáveis diferentes razões jurídicas para o *decisum*. Tal formulação dos Tribunais deixa mais complexa a delimitação do alcance do precedente e, por conseguinte, sua aplicação.

Por outro lado, é inegável que estas diferentes *razões* possibilitam uma discussão mais fértil e interessante, haja vista as múltiplas facetas que surgem do mesmo caso. Cada Ministro pode considerar um fato menos ou mais importante do que outro, interpretar determinado acontecimento de maneira distinta dos outros julgadores ou então apresentar diferentes argumentos jurídicos para a resolução do caso. Desta forma, surgem variadas perspectivas e, possivelmente, se agrega mais valor e qualidade ao debate.

É diante deste cenário que surge uma das grandes dificuldades: lidar não apenas com a *ratio* da decisão *lato sensu* mas, também, a *ratio* de cada voto individualmente considerado – bem como a *obiter* nestas mesmas esferas. Rossi (2015, p. 83) aborda a temática: “Não obstante a dificuldade que há em se compreender a exata dimensão da *ratio decidendi*, ainda é possível obter em único caso julgado múltiplas *rationes decidendi*.”. O autor entende que quando há diversos fundamentos, o julgador que está a aplicar o precedente tem duas possibilidades: fixar outro entendimento sobre o tema ou utilizar qualquer um dos fundamentos firmados no precedente como *ratio*.

É claro que existe a possibilidade de os integrantes da Turma ou Câmara julgadora seguirem o voto do Relator e concordarem por unanimidade com os termos apresentados. Tendo os demais julgadores acompanhado o voto, o cenário fica mais simples: a *ratio* da decisão é, naturalmente e obrigatoriamente, a mesma do acórdão proferido pois é o único pronunciamento a respeito daquele caso. Enfim, os maiores desafios estão de fato nos casos em que não há plena concordância na fundamentação ou no dispositivo final.

2. 5. *Ratio decidendi* e *obiter dictum* na prática

Depois de compreender e refletir acerca da teoria dos precedentes judiciais dentro dos parâmetros legais e do pensamento acadêmico, é pertinente trazer a discussão para um

âmbito mais prático e contribuir para um exame da sua aplicação. Desta forma, é possível verificar se são observados pelos julgadores as formalidades inerentes a este sistema “incomum” ao direito brasileiro.

Para tanto, optou-se por analisar um único precedente judicial obrigatório firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a ADI 4.983/CE, ou ADI da Vaquejada, que possibilita a análise de diversas facetas e relevantes particularidades.

Frise-se que aqui não há qualquer intenção de fazer um julgamento de valor ou discussão acerca do debate de mérito realizada pelo STF. O propósito apenas é explorar as temáticas referentes à prática da teoria de precedentes judiciais de forma aplicada a um caso concreto.

2. 5. 1. Síntese da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983/CE

A ADI proposta pelo Ministério Público Federal postula pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual 15.299/13 do Ceará que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural. Arguiu o Procurador-Geral da República que a lei compõe um conflito de princípios constitucionais: o direito ao meio ambiente e o direito à manifestação cultural enquanto expressão de pluralidade. Alega que com a profissionalização da vaquejada originaram-se atos de crueldade que não são próprios da prática no campo – esta sim, caracterizada como uma manifestação cultural.

2. 5. 2. A decisão

Para uma análise sob a ótica de um direito que não segue uma teoria de precedentes obrigatórios, importaria dizer que o caso teve seu pedido julgado procedente por seis Ministros e, por conseguinte, cinco votos pela improcedência da declaração de inconstitucionalidade. Porém, como deve ter ficado nítido, o relevante é saber quantos Ministros votaram pela procedência ou improcedência com amparo na mesma *ratio*.

Como já foi apontado, esta é uma das maiores dificuldades de se interpretar uma decisão sob a perspectiva de formação de um precedente. Passamos então a diligenciar pelo reconhecimento da *ratio decidendi* dos votos individuais e posterior construção, se concebível, da *ratio* do julgamento como decisão colegiada – bem como, certos apontamentos sobre a *dicta*.

2. 5. 3. *Ratio decidendi* e *obiter dictum* dos votos individualmente considerados

2. 5. 3. 1. Votos vencedores

O Sr. Ministro Marco Aurélio, relator do acórdão, se manifesta pela procedência do pedido da Procuradoria Geral da República. Delibera, em síntese, que a manifestação cultural por ato que é intrinsecamente cruel com animais, quando compromete a existência de um

ecossistema equilibrado para as presentes e futuras gerações, não se predomina frente ao direito ao meio ambiente.

O Ministro Ricardo Lewandowski indica brevemente que faz um juízo biocêntrico do art. 225 da Constituição Federal e reconhece a necessidade de valorizar os outros seres vivos, tratando com respeito e cuidado a natureza. Além da menção ao artigo da Constituição, o Ministro reporta-se brevemente a Carta da Terra – código de ética planetário – a qual o Brasil subscreve. Por fim, indica expressamente que incorpora a seu voto os argumentos do Relator.

Desta forma, parece fazer parte da *ratio* de seu voto apenas os argumentos trazidos pelo Min. Marco Aurélio. Os fundamentos que aquele apresenta são abstratos e não individualizam o seu cabimento no caso concreto. É de se entender que estes são trazidos apenas de passagem e como forma de ilustrar sua posição, não podendo nem ser vistos como um alicerce a argumentação principal ante a vagueza com que se apresentam.

O Ministro Luís Roberto Barroso apresenta expressamente ao final de seu voto:

Diante do exposto, acompanho o relator, [...], propondo a seguinte tese: manifestações culturais com características de entretenimento que submetem animais a crueldade são incompatíveis com o art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, quando for impossível sua regulamentação de modo suficiente para evitar práticas cruéis, sem que a própria prática seja descaracterizada. (BRASIL, 2017, p. 56)

O próprio Ministro sumula o seu entendimento do caso com as razões que o levaram a decidir de tal forma. A ação do Ministro auxilia e norteia a determinação da *razão*; por óbvio que este compêndio tem grande valor, porém, não necessariamente, a *ratio* nele se exaure.

Para a Ministra Rosa Weber, se apurada que a prática cruel é inerente a manifestação cultural, não é preciso demonstrar ou graduar o sofrimento animal – a manifestação cultural que atenta contra integridade física dos animais não prevalece sobre a proteção a eles.

Já o Ministro Celso de Mello baseia-se no direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como alicerce para declarar a inconstitucionalidade da lei. Para o Decano, este direito assiste a todos os seres humanos e em benefício das presentes e futuras gerações sendo então um encargo do Estado e da sociedade em defendê-lo. O contexto histórico-cultural em que se insere a vaquejada não ampara a sua constitucionalidade.

Por fim, nos votos vencedores, a Ministra Cármen Lúcia concebe um brevíssimo voto do qual não é possível extrair a *ratio decidendi*. A decisão apenas pondera que a atividade da vaquejada é cruel e agressiva não sendo, portanto compatível com a Constituição Federal. O juízo apresentado não parece ser suficiente para formação de uma norma jurídica, pois não apresenta argumentos suficientes para que se compreenda o que levou a resolução. A

Ministra considera a atividade cruel e agressiva não sendo, portanto compatível com a Constituição Federal, porém os termos não parecem ser suficientes para delimitação da *ratio*.

É possível constatar que, apesar de desaguarem no mesmo resultado da inconstitucionalidade da lei, os Ministros de fundam em diferentes *razões* para o mesmo resultado.

2. 5. 3. 2. Votos vencidos

O Ministro Edson Fachin abre a divergência por entender que o contexto fático em que vive a população que predominantemente pratica a vaquejada é diverso da sociedade urbana. Para ele, o caso precisa ser analisado sob a ótica de uma população rural e que não tem intenção de praticar atos de crueldade para com os animais. A atividade possui forte valor cultural para a sociedade sertaneja.

Apesar do voto constituir minoria no julgamento, é possível identificar nele seus próprios *motivos determinantes* para julgar pela constitucionalidade da lei. O Ministro analisa o caso levando em consideração questões fáticas e jurídicas, o caso não é analisado sem margens concretas, sendo estes fundamentais e norteadores para a decisão naquele sentido. Bem como, é essencial a análise dos princípios constitucionais em questão para que seja resolvida a controvérsia.

O Ministro Gilmar Mendes segue essencialmente a mesma linha de raciocínio do Ministro Fachin para concluir pela constitucionalidade da lei que regula a vaquejada. É interessante apontar uma parte, *obiter dictum*, de seu voto em que ele menciona a quantidade de empregos existentes e turismo decorrente em razão da vaquejada. Ao considerar todo seu voto, não parece ser este o fundamento essencial que o levou a decidir pela improcedência do pedido. Porém, em determinado momento do acórdão que consiste na transcrição de uma discussão entre o referido Ministro e o Sr. Ministro Roberto Barroso é possível identificar claramente o uso inadequado do argumento apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes:

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Presidente, o debate está de tão alto nível e acho tão importante, porque não é mesmo uma questão singela, e as preocupações trazidas pelo Ministro Gilmar Mendes estão presentes no coração e na mente de todas as pessoas. Ninguém quer tirar empregos, ninguém quer eliminar manifestações culturais, estamos apenas refletindo um pouco, em conjunto, como devemos lidar com standards éticos, valores morais que, ao longo do tempo, vão se transformando e impactando determinadas práticas. Claro que o emprego não me é indiferente nem a nenhum de nós, mas há regiões do país onde existe uma indústria de sexo com menores, que emprega muita gente, nem por isso me parece bem apoiar esse tipo de atitude

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Vossa Excelência sabe que o exemplo não é mesmo.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO – Não, não, veja, eu estou levando os argumentos de Vossa Excelência em conta com a maior

seriedade, porque eles são importantes, mas há práticas culturais nacionais, há grupos de extermínio aceitos socialmente em diferentes partes do Brasil. Eu fui membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. A sociedade está lidando com total complacência com esses grupos porque as instituições formais não funcionam adequadamente. Vale para drogas, vale para um conjunto de atividades. Eu não estou comparando no sentido de dizer que a vaquejada tem esse teor de delinquência. Estou apenas observando que há diversas atividades que empregam muitas pessoas, mas, em algum momento, elas são afetadas pela evolução histórica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Ministro Barroso, desculpe, mas Vossa Excelência tem de comparar com outros esportes que usam animais e não com pedofilia. (BRASIL, 2017, p. 106/107)

Com a devida vênia, não há muita lucidez na fala do excelentíssimo Ministro Roberto Barroso que se utiliza de uma situação fática que não guarda qualquer conexão com os fatos postos em discussão na ADI. Sequer há relação com a questão de direito em debate – o direito a meio ambiente e à manifestação cultural.

O saudoso Ministro Teori Zavascki entende que a discussão deve se fundar na constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, não da prática em si. Dessa forma, a manifestação cultural seria livre pois não há lei que a proíba.

O Ministro Luiz Fux considera que se deve analisar a prática através de um contexto nacional – sendo assim, é possível afirmar a constitucionalidade da lei que que regulamenta a prática. O Ministro pondera sob a crueldade que ocorre na vaquejada tendo em vista o abate do boi para o consumo de carne, afirmando que não há nada mais cruel do que o meio pelo qual o povo se alimenta e este é um direito constitucionalmente garantido.

Por fim, o Ministro Dias Toffoli, vota com fundamento muito semelhante ao proposto pelo Min. Fachin, porém acrescenta que a vaquejada se caracteriza não só como demonstração cultural, mas também esportiva. Desta forma, limita um pouco o alcance do uso de sua decisão como paradigma em futuros casos semelhantes pois não trata dos fatos apenas como uma prática cultural, mas sim uma prática cultural-esportiva.

Diante do apresentado, é possível notar que também há certa discordância e falta de unidade nas razões que levaram ao entendimento pela constitucionalidade da lei.

2. 5. 4. A *ratio decidendi* do julgamento

Por todo exposto, cumpre então discutir acerca do cabimento em traçar uma *ratio* para a decisão. Difícil é estabelecer uma única razão para um julgamento colegiado que se fundou em múltiplos fundamentos. Seria adequado juntar todos os fatos e fundamentos determinantes? Considerar apenas os fatos e fundamentos que mais se repetiram? É necessário abarcar pelo menos um aspecto de cada voto? Se forem consideradas diferentes circunstâncias fáticas como distingui-las na elaboração da *ratio*?

Parece difícil, quiçá inadequado, elaborar uma única *ratio* para um julgamento que possui diversas fundamentações. Se cada Ministro opta por uma conclusão de acordo com aquilo que lhe é mais expressivo, seria descabido realizar um “consenso forçado” quanto às razões.

Certo é que o provimento ou improvimento fundado em argumentos diversos pelos Ministros de uma mesma Corte não passa a integridade jurídica almejada e, sem dúvidas, não forma um precedente tão coeso e imperativo. A exemplo, no caso apresentado, a “maioria apertada”, reflexo das onze ilhas que formam o Supremo Tribunal Federal⁴, expõem uma possível fragilidade do desenvolvimento do direito.

Assim, a pluralidade de fundamentos obsta o estabelecimento de uma única *ratio decidendi* para o caso, o que não impede a aplicação da *ratio* de cada voto individual como precedente.

2. 5. 5. A *obiter dicta* do julgamento

A *obiter dicta* do julgamento é formada pelos votos vencidos. Conforme se observou, mesmo os votos que foram vencidos têm sua devida fundamentação e importância, ainda mais tendo em vista que foram proferidos pelo mais alto órgão do Poder Judiciário brasileiro. Isso posto e, como já bem apontado por Mendes (2010), é possível que a *obiter* atual se transforme em *ratio* futuramente a depender da habilidade de quem conduz o direito no caso.

Em especial nos casos em que há diversas *rationes* e pequena margem de diferença entre os votos vencedores e vencidos, a aptidão e técnica do jurista pode redirecionar a decisão no caso em que estaria sendo empregado o precedente como orientador. Ademais, os votos vencidos, podem, por exemplo ser utilizados como precedentes interpretativos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista da sedimentação da teoria de precedentes judiciais obrigatórios no direito brasileiro, impôs-se a obrigação de debruçar-se sobre uma doutrina com características peculiares e não tão comuns a prática jurídica nacional.

Para que se alcance a identificação e delimitação *da ratio decidendi* é preciso que o julgador exponha de forma clara suas razões para a decisão e que o operador proceda a adequada interpretação. E, ainda assim, é possível que eventualmente não haja concordância absoluta acerca do alcance da *ratio*.

⁴ A metáfora das onze ilhas tem sido cada vez mais usada para retratar o isolamento dos Ministros dentro de órgão colegiado, não atingindo a expectativa de uma decisão com consistência argumentativa. (SILVA, 2009, apud KLAFKE; PRETZEL, 2014, p. 3)

A delimitação da norma ganha ainda outra particularidade quando a decisão é tomada por um colegiado que emite múltiplos votos – por vezes até a mesma conclusão é formada por *razões* diversas. Neste ponto, é legítimo apontar que a análise do julgamento pode ser dividida entre: *ratio decidendi* e *obiter dictum* do julgamento e *ratio decidendi* e *obiter dictum* dos votos individuais.

A apreciação dos votos na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983/CE demonstra precisamente o que foi apontado: o conjunto dos votos vencedores não necessariamente respalda a decisão nas mesmas razões. Os votos não aparentam serem provenientes de um único colegiado, pois se fundam em distintos motivos – não sendo possível definir apenas uma única *ratio* do julgamento, mas sim, apenas dos votos individuais.

No que diz respeito a *obiter dictum*, é preciso observar também as duas facetas apontadas. O trabalho de distinção entre os *fundamentos* essenciais a resolução de um voto e aquilo que foi dito apenas de passagem deve ser meticuloso para que se delimite devidamente o alcance do precedente, de forma que não abarque demasiadamente os argumentos nem de forma muito regulada.

Desta forma, conclui-se que, a despeito do desenvolvimento no direito brasileiro, ainda há que se empreender um maior esforço na prática de precedentes. A doutrina de *stare decisis* é de notável valor e gera um avanço na prática jurídica, contudo, possui particularidades que são, de certa forma, incomuns ao sistema jurídico brasileiro. Exige-se uma maior técnica do jurista para garantir o desenvolvimento do direito.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 22 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 26 abr. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Precedente judicial. In: _____. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 455-525.

GARNER, Bryan (Ed.). Holding. In: _____. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. [s. L.]: West, 2009. p. 800.

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. *Revista de Estudos Empíricos*

em *Direito*, [S.l.], v. 1, n. 1, p.89-104, jan. 2015. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/8/8>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais. *Revista de Processo*, [S.l.], v. 234, p.303-327, ago. 2014.

Disponível em:

<https://www.academia.edu/11788493/Contributo_para_a_defini%C3%A7%C3%A3o_de_ratio_decidendi_na_teor%C3%ADa_brasileira_dos_precedentes_judiciais>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de ratio decidendi (fundamentos determinantes da decisão) e obiter dictum no direito brasileiro. In: _____, _____ (Coord.).

A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Salvador: Juspodivm, 2012. Disponível em:

<<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-Elabora%C3%A7%C3%A3o-dos-conceitos-de-ratio-decidendi.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. *Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi*.

Racionalidade e retórica na decisão. Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em:

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial. In:

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos De Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Rt, 2005. Disponível em:

<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZENDE, Lucas Teixeira de; RICCETO, Pedro Henrique Arcain. Crise do Estado moderno, separação de Poderes e stare decisis: os precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, p. 15-35, jul. 2015. Disponível em:

<<http://www.bicharalaw.com.br/uploads/arquivos/66430a9f90228ee749ca88eff7868049.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

ROSSI, Júlio César. *Precedente à Brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHAUER, Frederick. The Practice and Problems of Precedent. In: _____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. [s. l.]: Harvard University Press, 2009. p. 36-60

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p.1-15, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 13 mar. 2017

ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Contatos: luisalira@outlook.com e edilson.lima@mackenzie.br