

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUILHERME THOFEHRN LESSA

**PRECEDENTES JUDICIAIS E RACIOCÍNIO JURÍDICO:
APLICAÇÃO, ANALOGIA E DISTINÇÃO**

**PORTO ALEGRE
2021**

GUILHERME THOFEHRN LESSA

**PRECEDENTES JUDICIAIS E RACIOCÍNIO JURÍDICO:
Aplicação, analogia e distinção**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero

**PORTO ALEGRE
2021**

*Aos meus pais, Sérgio e Liane,
por me mostrarem que, mesmo nos momentos mais difíceis, vale a pena sonhar.*

AGRADECIMENTOS

Em certa perspectiva, o presente trabalho foi escrito por uma só pessoa, ora no silêncio da nossa querida biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ora em um pequeno quarto no Centro de Porto Alegre, basicamente decorado pelos numerosos livros empilhados por todos os cantos.

Contudo, seria injusto e tampouco verdadeiro afirmar que ele foi escrito sozinho. Ao longo de quase quatro anos – dois do Mestrado e praticamente outros dois na revisão e aprofundamento da pesquisa – diversas pessoas contribuíram para a sua conclusão.

Devo agradecê-las.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Sérgio e Liane. Ele, sempre o meu primeiro leitor; ela, minha incentivadora incondicional.

Naturalmente, agradeço ao meu sempre mestre e orientador, Professor Daniel Mitidiero, sem o qual não existiria a inspiração para o tema, a vontade de estudá-lo ou a paixão pela academia. O Professor é um verdadeiro exemplo que, ao oposto dos precedentes judiciais, não impõe pela autoridade, mas convence pelo conhecimento, bondade e generosidade. É honra contar com a tua constante orientação, dentro e fora do Pantheon.

Agradeço também aos Professores Sérgio Mattos, Artur Carpes e Otávio Domit, pelas arguições justas e pertinentes, e ao Professor Daisson Flach, pelos apontamentos durante a banca de qualificação. As suas críticas e ponderações, além de incentivarem o desenvolvimento da minha pesquisa, me tornaram um pesquisador melhor.

Agradeço ainda aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul pelo convívio em meio aos cafés e debates, especialmente ao Rodrigo Mendonça, pelos ensinamentos e troca de ideias sobre o tema da analogia. E também à Isadora Gross, pelos inúmeros questionamentos e pela leitura do texto final.

Finalmente, agradeço os funcionários e colaboradores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que, com sua carinhosa acolhida e permanente atenção, fizeram do Castelinho um verdadeiro lar para mim.

“Se, in conclusione, fosse possibile indicare con una metafora letteraria che cosa sono i precedenti nell’ambito di un diritto che fluisce in crescente disordine lungo la freccia del tempo, si potrebbe dire che essi sono isole nella corrente. Isole, instabili, provvisorie, limitate nello spazio, e tuttavia rappresentano tutto l’ordine che si può creare in un diritto caotico.” (Michele Taruffo. *Aspetti del precedente giudiziale*, p. 57).

“Applying precedents requires interpreting them, interpreting them frequently entails modifying them, and modifying them often entails extending or contracting them.” (Michael J. Gerhardt. *The Power of Precedent*, p. 34).

RESUMO

Nos últimos anos, o estudo dos precedentes judiciais vem recebendo uma grande atenção da doutrina brasileira, embora poucos sejam os estudos direcionados especificamente ao seu raciocínio jurídico, especialmente às suas estruturas lógicas. O presente trabalho defende, inicialmente, que os precedentes judiciais são regras de maior especificidade dotadas de força vinculante, formuladas por meio da interpretação das decisões das Cortes Supremas, com a finalidade de outorgar maior segurança jurídica aos cidadãos diante do caráter indeterminado do Direito e do papel adscritivo de sentido da interpretação dos textos legais. Em um segundo momento, analisamos a aplicação e a distinção dos precedentes judiciais a partir da sua definição como regras. Defende-se que os precedentes são aplicados diretamente mediante subsunção e, de maneira extensiva, por analogia. Defende-se que a técnica da distinção busca a criação de exceções implícitas diante da derrotabilidade do precedente judicial, oriunda de fatos não considerados no caso precedente. Conclui-se que a conceituação dos precedentes judiciais como regras não apenas está de acordo com a concepção dominante do Common Law, como também fornece uma solução mais adequada para o alcance da segurança jurídica no direito brasileiro.

Palavras-chave: precedentes, raciocínio jurídico, subsunção, analogia, distinção.

ABSTRACT

In the last years, the study of the precedents has received a great attention from Brazilian doctrine, although there are few studies that address its legal reasoning, especially its logical structure. The present study assumes that judicial precedents are binding rules with greater specificity, obtained through the interpretation of the decisions of Supreme Courts, with the purpose of granting legal certainty, given the indeterminacy of Law and the role of interpretation to determine the meaning of legal materials. In a second moment, we define the application and distinguishing of precedents, when considered as rules. It is argued that precedents are directly applied by subsumption and extensively applied by analogy. It is argued that distinguishing is a technique that creates implicit exceptions because of the defeasibility of the precedent, arising from facts not considered in the preceding case. We conclude that the conceptualization of judicial precedents as rules not only conforms to the prevailing position of the Common Law, but also provides a more appropriate solution to the attainment of legal certainty.

Keywords: precedent, legal reasoning, subsumption, analogy, distinguishing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I – TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL	13
1. FUNDAMENTOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS	15
1.1. Pressupostos teóricos dos precedentes judiciais.....	16
1.1.1. A interpretação do direito.....	16
1.1.2. O processo civil como meio para dar tutela aos direitos.....	20
1.1.3. A função das Cortes Supremas.....	23
1.2. Fundamentos principiológicos dos precedentes judiciais.....	26
1.2.1. Segurança jurídica.....	27
1.2.2. Igualdade.....	28
1.3. Os precedentes judiciais no direito brasileiro.....	30
2. NATUREZA E FUNÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL	36
2.1. O precedente judicial como fonte do direito.....	36
2.2. A natureza do precedente judicial.....	43
2.2.1. A natureza do precedente judicial no <i>Common Law</i>	43
2.2.2. A natureza do precedente judicial no direito brasileiro.....	53
2.2.2.1. O precedente como exemplo.....	53
2.2.2.2. O precedente como argumento de princípio.....	55
2.2.2.3. O precedente como regra.....	57
2.3. Da natureza à função dos precedentes judiciais.....	62
2.3.1. A função ontológica dos precedentes judiciais.....	62
2.3.2. A função metodológica dos precedentes judiciais.....	65
3. O CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL	69
3.1. Precedente-decisão e precedente- <i>ratio</i> : em busca de um conceito adequado.....	69
3.2. Decisão, fundamentação e precedente.....	76
3.3. Precedente, jurisprudência, súmula e o rol do art. 927 do CPC.....	82
3.3.1. Precedente e jurisprudência.....	82
3.3.2. Precedente e súmula vinculante.....	87
3.3.3. Precedentes judiciais e o rol do art. 927 do CPC.....	90
3.3.3.1. Precedentes e decisões em controle concentrado de constitucionalidade.....	90
3.3.3.2. Precedentes e os enunciados de súmula.....	93

3.3.3.3. Precedentes, IRDR e IAC	93
3.3.3.3.1. O IRDR à luz da doutrina	93
3.3.3.3.2. IRDR, jurisprudência uniforme e precedente	97
3.3.3.4. Precedentes e recursos extraordinário e especial repetitivos.....	99
3.3.3.5. Precedentes e orientação do plenário ou do órgão especial.....	100
4. AUTORIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	103
4.1. A autoridade dos precedentes judiciais	103
4.1.1. A autoridade dos precedentes judiciais na doutrina brasileira	104
4.1.2. Autoridade dos precedentes e previsão legal: análise crítica	107
4.1.3. Os fundamentos da autoridade dos precedentes judiciais	110
4.2. Autoridade e eficácia vinculante dos precedentes.....	114
4.2.1. A autoridade dos precedentes diante da distinção e da superação	116
4.2.2. Autoridade em graus?	117
4.3. Autoridade em dupla direção, mas apenas duas? Eficácia vertical, eficácia horizontal e autprecedente	119
4.4. A autoridade dos precedentes no CPC/2015	122
PARTE II – PRECEDENTES JUDICIAIS E RACIOCÍNIO JURÍDICO	124
1. A AUTONOMIA METODOLÓGICA DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	126
1.1. A inexistência de autonomia metodológica entre os sistemas de <i>Common Law</i> e de <i>Civil Law</i>	126
1.2. A autonomia metodológica dos precedentes judiciais.....	128
2. INTERPRETANDO DECISÕES E APLICANDO PRECEDENTES.....	132
2.1. A interpretação da decisão e a definição do precedente judicial.....	132
2.2. A generalidade do precedente judicial.....	136
2.3. A aplicação dos precedentes judiciais	142
2.3.1. A analogia como raciocínio <i>standard</i> de aplicação dos precedentes judiciais? 142	
2.3.2. O raciocínio dedutivo na aplicação dos precedentes judiciais	150
2.3.3. Observações acerca da crítica ao raciocínio dedutivo na aplicação dos precedentes judiciais.....	156
3. A ANALOGIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	160
3.1. O raciocínio por analogia realmente existe?.....	161

3.1.1.	A negação da autonomia do raciocínio por analogia.....	161
3.1.2.	Análise crítica.....	165
3.2.	A estrutura do raciocínio por analogia	168
3.2.1.	Edward Levi	168
3.2.2.	Martin G. Golding	169
3.2.3.	Scott Brewer	170
3.2.4.	A estrutura da analogia no direito brasileiro	172
3.2.5.	Análise crítica.....	174
3.3.	A aplicação dos precedentes por analogia.....	179
3.3.1.	Analogias sem regras? Considerações acerca da comparação entre os casos 179	
3.3.2.	Resolvendo casos por analogia.....	189
4.	A DISTINÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	197
4.1.	Distinção e não incidência: separação necessária.....	197
4.2.	A razão das distinções: a derrotabilidade dos precedentes judiciais	205
4.2.1.	A derrotabilidade das regras jurídicas em geral	206
4.2.2.	A derrotabilidade dos precedentes.....	208
4.3.	A validade das distinções: elementos da derrotabilidade dos precedentes.....	213
4.4.	A qualidade das distinções: o problema das distinções inconsistentes	215
4.5.	A distinção no Código de Processo Civil	218
4.5.1.	Distinção e justificação das decisões.....	218
4.5.2.	Distinção e ação rescisória	220
4.5.3.	Distinção, afetação e sobrestamento.....	222
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	224
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS (APENAS OBRAS CITADAS):.....	226

INTRODUÇÃO

“*Reason is too large. Find me a precedente and I will accept it.*”¹ Esta passagem, atribuída ao Rei James I, é bastante emblemática. Ainda assim, ela parece indicar ao menos duas coisas importantes. A primeira é que apenas a razão dificilmente resolve litígios – ela é simplesmente ampla demais. A segunda é que o passado, mais especificamente os precedentes judiciais, realmente importa.

O motivo pelo qual os precedentes importam – e o motivo pelo qual o direito inglês se desenvolveu com base neles –, foi identificado com precisão no clássico ensaio de Arthur Goodhart: os precedentes importam porque fornecem certeza.² Aliás, é em sentido análogo, ainda que bem mais moderno, que a melhor doutrina brasileira acerca do tema atribui aos precedentes judiciais a função de dar unidade ao direito.³

Diante de um cenário em que se busca continuamente por mais segurança jurídica e igualdade, objetivos finais da unidade do direito, não deve causar estranheza que mecanismos pensados para outras tradições jurídicas, especialmente os precedentes, estejam sendo paulatinamente trazidos para o centro dos debates.⁴ Mais do que isso: a atenção que lhes foi dada pelo Código de Processo Civil de 2015, fez com que os precedentes judiciais passassem a figurar entre os temas prediletos dos autores de direito processual civil e de teoria do direito.

A maioria das obras acerca do tema tem como objetivo justificar a necessidade de um sistema de precedentes, definir seus conceitos principais e demonstrar, de um modo geral, suas técnicas de manejo. Conforme estudávamos o tema, duas questões vinham frequentemente à mente: O que exatamente são os precedentes judiciais? Qual o raciocínio

¹ James VI ou James I (1567 – 1625), citado por POSTEMA, Gerald. “Some Roots of our Notion of Precedent”. Em: GOLDSTEIN, Laurence (coord.). *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 9.

² GOODHART, A. L. (1891 – 1978). “Precedent in English and Continental Law”. *Law Quarterly Review*, vol. 50, 1934, p. 58.

³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* (2013). 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação* (2016). 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ como corte de precedentes*. São Paulo: Ed. RT, 2013; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios* (2010). 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. São Paulo: Ed. RT, 2013; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

utilizado para aplicá-los no dia a dia? Tais questões são abordadas, em linhas gerais, no presente trabalho.

Entendemos que a primeira pergunta pode ser respondida a partir da análise da doutrina brasileira acerca do fundamento, da natureza, do conceito e da autoridade dos precedentes judiciais. Cada um desses pontos é abordado ao longo da primeira parte do trabalho.

O primeiro capítulo é dedicado à defesa de um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro, partindo da premissa de que, por ocasião da plurissignificação dos textos legais, o processo civil deve servir tanto para a solução dos casos concretos quanto para definir o significado do direito mediante a atuação das Cortes Supremas. Deste modo, os precedentes servem à outorga de segurança jurídica e igualdade, diante da insuficiência da lei para, isoladamente, promover tais princípios.

O segundo capítulo ingressa no nebuloso território da natureza do precedente judicial. A nosso ver, os precedentes judiciais são normas oriundas do processo de interpretação e aplicação do direito, formuladas a partir da concreção de enunciados prescritivos abstratos. Aprofundando a questão, os precedentes são regras de maior especificidade, que servem tanto a uma função ontológica, de definição de significados, quanto a uma função metodológica, de aplicação do direito.

O terceiro capítulo é dedicado à conceituação do precedente judicial. Neste capítulo separamos os seus conceitos amplo e estrito, demonstrando que o conceito amplo se identifica com a decisão judicial e o conceito estrito com a *ratio decidendi*, havendo fortes razões para a adoção do segundo, especialmente quando se compreende que o precedente é formulado a partir da fundamentação da decisão, com a qual não se confunde.

O quarto capítulo examina a autoridade dos precedentes judiciais, defendendo que tal autoridade encontra fundamento no caráter adscritivo da interpretação, no papel das Cortes Supremas e na necessidade de segurança jurídica e igualdade. A autoridade dos precedentes significa, em síntese, que o precedente vinculante deve ser seguido independente das suas boas razões. Contudo, é preciso reconhecer que essa autoridade pode se mover em diversas direções, sendo necessário separar vinculação vertical, vinculação horizontal e autoprecedente.

Em síntese, ao longo da primeira parte do trabalho, buscando responder à pergunta “o que são os precedentes judiciais?”, defendemos que no Estado Democrático de Direito, que preza pela segurança jurídica e pela igualdade também no âmbito normativo, os precedentes devem ser vistos como um sistema de regras dotadas de autoridade, que atuam em um maior

grau de especificidade em relação aos textos normativos, e são formuladas no decorrer do processo de concreção do direito.

A segunda pergunta começa onde termina a primeira resposta. Se os precedentes são regras de maior especificidade em relação aos textos normativos, de que forma raciocinamos quando os aplicamos no dia a dia? Buscamos responder essa pergunta perpassando pelos quatro temas distintos, mas interligados, que compõem a segunda parte do nosso trabalho.

O primeiro capítulo é dedicado ao estudo da suposta autonomia metodológica dos sistemas do *Common Law*. Nossa pesquisa indica que a autonomia não reside propriamente nos sistemas de *Common Law*, mas nos precedentes judiciais, que, diferentemente das leis, demandam uma etapa prévia de elaboração da regra a partir da interpretação da decisão judicial.

O segundo capítulo busca desmistificar a ideia de que o raciocínio habitual dos precedentes judiciais é a analogia. Como os precedentes são regras e, portanto, possuem hipóteses fáticas definidas a partir dos casos que servem como base para a sua formulação, eles devem ser aplicados por subsunção. Ao mesmo tempo, deixamos para trás a ultrapassada ideia de que a subsunção se confunde com uma aplicação mecânica dos precedentes.

O terceiro capítulo entra no espinhoso terreno da analogia. Como os precedentes são regras e, portanto, são aplicáveis por subsunção dentro do seu âmbito de aplicação, defendemos que a analogia serve para estender o precedente a casos não originalmente previstos. Após uma análise profunda acerca do tema, defendemos que a analogia independe de uma regra de maior amplitude para que seja possível tratar casos iguais da mesma maneira, fornecendo um caminho para tanto.

Por fim, o quarto capítulo aborda a distinção (*distinguishing*), defendendo que esta técnica não se confunde com a mera não incidência dos precedentes judiciais, devendo-lhe ser relegada a função de criação de exceções implícitas. Entendemos que, sendo regras, os precedentes também estão sujeitos à derrotabilidade, embora esta deva ser aferida mediante o contexto fático da decisão que deu origem ao precedente. Como a derrotabilidade das regras são verdadeiras exceções dentro do ordenamento jurídico, analisamos de forma crítica as chamadas distinções inconsistentes.

O intuito da segunda parte do nosso trabalho é fornecer um esquema metodologicamente adequado para os nossos tribunais decidirem – e principalmente justificarem – com base em precedentes judiciais. Ao fim, o esmero com os conceitos, a separação entre as técnicas e a preocupação com as estruturas de raciocínio, têm como

finalidade colocar mais um tijolo na construção de uma Justiça Civil que, em prol da tutela dos direitos, possa colocar em sintonia a lei e os precedentes judiciais.