

A APLICABILIDADE DA IGUALDADE *ENTRE DECISÕES* À DOCTRINA DE PRECEDENTES NO CONTEXTO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

THE APPLICABILITY OF EQUALITY BETWEEN DECISIONS TO THE DOCTRINE OF PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL CONTEXT

Andre Pires Gontijo

Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Professor Titular do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Professor da Graduação e do Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Violência do Centro Universitário Euro Americano - UNIEURO. Líder do Grupo de Pesquisa MERCOSUL.
E-mail: andre.gontijo@gmail.com

Stella Regina Coeli de Souza

Mestra e bacharela pelo Centro Universitário de Brasília. Pesquisadora independente. Advogada.
E-mail: stellaregina@gmail.com

Recebido em: 02/06/2021
Aprovado em: 07/01/2022

RESUMO: O presente estudo se insere no campo de estudo do Processo Civil brasileiro. Seu objetivo é apresentar ao leitor considerações atinentes à busca pela aplicação da igualdade às decisões judiciais. Afinal, observa-se haver a previsão legal de igualdade de tratamento dos litigantes no interior do processo, bem como no que se refere ao acesso à justiça; apesar disso, no que toca à prestação jurisdicional, ainda parecem ser obscuros os critérios levados em consideração a fim de considerar-se uma decisão igual à outra, passo essencial à exequibilidade da doutrina dos precedentes. Assim sendo, procedeu-se a pesquisa de caráter jurídico-exploratório, fundada em revisão bibliográfica dos aspectos de fato e de Direito que podem servir como base de comparação entre decisões, concluindo-se que tais elementos são encontrados na *ratio decidendi*. Trata-se de uma contribuição para o debate concernente à operabilidade do sistema de precedentes no contexto brasileiro, em atenção ao destaque conferido a tal sistemática pelo Novo Código de Processo Civil nacional.

Palavras-chave: Igualdade entre decisões judiciais. Precedentes. *Ratio decidendi*. Notas essenciais.

ABSTRACT: This research is part of the field of study of Brazilian Civil Procedure. Its objective is to bring considerations related to the search for the application of equality to judicial decisions. After all, it is observed that there is a legal provision for equal treatment of litigants within the process, as well as with regard to access to justice; nevertheless, concerning the jurisdiction activity, the criteria taken into account in order to consider a decision to be the same as the other, in order to make the doctrine of the precedents feasible, remain obscure. Therefore, a legal-exploratory research was carried out, based on a bibliographic review of the factual and legal

aspects that can serve as a basis for comparing decisions, concluding that such elements are found in the *ratio decidendi*. It is a contribution to the debate regarding the operability of the precedent system in the Brazilian context, in view of the emphasis given to such systematics by the New Code of national Civil Procedure.

Keywords: Equality between decisions. Precedents. *Ratio decidendi*. Essential notes.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Notas sobre a aplicabilidade do princípio da igualdade ‘ao processo’ e ‘entre as decisões’ no sistema do *civil law*. 2 Elementos do precedente judicial: Notas conceituais sobre *ratio decidendi* e *obiter dicta*. 3 Igualdade e analogia: as notas essenciais e acidentais. 4 Vinculação por identidade absoluta e vinculação por identidade essencial. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O sistema do *common law*, que se estruturou em estrito contato com a História e com as tradições da comunidade (STRECK; ABOUD, 2013, p. 41), atribui grande importância à análise *fática* do caso – tanto no momento de elaboração do precedente quanto no instante de sua aplicação (MARINONI, 2016, p. 182), a qual, por sua vez, “depende da *aproximação* dos fatos do precedente aos fatos do caso sob julgamento” (MARINONI, 2016, p. 182; grifou-se).

A literatura jurídica apresenta os precedentes como decisões de um tribunal aptas a serem reproduzidas e seguidas por outros tribunais na resolução de casos similares (STRECK; ABOUD, 2013, p. 42). Na obra intitulada “Retórica e o Estado de Direito”, Neil MacCormick defende que a justificativa para o manejo de tal ferramenta está, entre outras, em uma razão de justiça: casos que apresentem *semelhanças relevantes* entre si devem ser decididos de maneira igual ou análoga (MACCORMICK, 2008; grifou-se). Em sentido similar, Streck e Abboud pontuam que a doutrina dos precedentes funda-se em aspectos que incluem, entre outros, a definição de quais decisões são *similares o suficiente* para confrontar o caso a ser solucionado (STRECK; ABOUD, 2013, p. 191; grifou-se).

A importância conferida ao sistema de precedentes pelo novo Código de Processo Civil está, entre outras razões, em tentar preencher uma importante lacuna, a qual diz respeito à aplicação do princípio da igualdade *às decisões judiciais*. Para Marinoni (2016, p. 112), em que pese haver previsão legal de igualdade ao acesso à justiça e de tratamento dos litigantes no curso do processo, tal preocupação é mitigada no instante da prestação jurisdicional (MARINONI, 2016, p. 112). Dessa forma, diz-se que aspectos tais como os direitos à efetividade da tutela jurisdicional e ao contraditório legitimam o procedimento como meio, mas não garantem, necessariamente, que se chegue a uma decisão justa quanto ao seu conteúdo (MARINONI, 2016, p. 112-113).

Segundo tal lógica, a racionalidade de uma sentença está ligada à uniformização de significados atribuídos aos direitos envolvidos na questão e sua aplicação igualitária aos indivíduos a eles submetidos (MARINONI, 2016, p. 114). Essa é a própria orientação inerente ao *common law*, a qual indica que “uma causa idêntica ou assemelhada (a uma decisão judicial anterior) que venha a surgir no futuro seja decidida da mesma maneira” (RE, 1994, p. 282). É esse, ainda, o conteúdo inerente à previsibilidade gerada pelo sistema de precedentes (WAMBIER, 2012, p. 42), a qual só é concretizável, porém, se a resolução de casos que reclamem tratamento igualitário for, de fato, semelhante.

Partindo-se de tais considerações, verifica-se que a aplicação do princípio da igualdade *às decisões judiciais* impõe que se pondere acerca dos significados – ou, melhor dizendo, dos alcances – de “semelhanças relevantes” e “similares o suficiente” hábeis a imputar a um *decisum* a qualidade de precedente aplicável a casos futuros, de modo que seja possível considerar-se que A é aplicável a B à maneira como preceitua a referida teoria. Traça-se, assim, como objetivo de pesquisa, a busca pela identificação dos aspectos que tornam as mencionadas decisões idênticas. Para que este

desiderato seja alcançado, utilizando-se a argumentação dedutiva e a pesquisa bibliográfica de caráter jurídico-exploratório como opções metodológicas, procura-se consolidar o que a doutrina traz a esse respeito. Assim, inicia-se o estudo diferenciando-se a aplicação do princípio da igualdade “ao processo” e “entre as decisões”; posteriormente, são apresentadas distinções teóricas entre *ratio decidendi* e *obiter dicta* – componentes da “estrutura” dos precedentes –, para, a seguir, discorrer-se sobre notas essenciais e acidentais e suas relações com os referidos elementos; por fim, disserta-se sobre vinculação por identidade absoluta e vinculação por identidade essencial, perspectivas introduzidas por Tereza Wambier e que têm por fito levantar elementos que sugiram a igualdade entre dois casos; este derradeiro momento da pesquisa busca alinhar todo o desenvolvimento teórico até ali esboçado em torno do reconhecimento dos componentes de uma decisão judicial que possibilitam a aplicação da doutrina dos precedentes.

A ênfase na busca pelos elementos de igualdade entre as decisões não deve ser entendida como um clamor por uma suposta exacerbação da semelhança que as decisões judiciais devem guardar entre si; diversamente, a proposta da presente pesquisa é direcionada a explorar mais esse ponto da dinâmica referente ao manejo dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, a qual ganhou proeminência com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, de modo a contribuir com a adaptação da aplicabilidade da doutrina dos precedentes à realidade jurídica brasileira.

1 NOTAS SOBRE A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ‘AO PROCESSO’ E ‘ENTRE AS DECISÕES’ NO SISTEMA DO *CIVIL LAW*

Expresso no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade vincula tanto Estado quanto particulares. Estudiosos referem-se a tal mandamento, dentro do contexto do estudo de precedentes, como preceito ético para exclusão de decisões que possam, injustamente, impor discriminações infundadas (MIGUEL, 1997, p. 380), bem como o apontam como norte lógico da dita justiça formal, orientando o intérprete da lei no sentido de conferir racionalidade e consistência a decisões do passado e do presente (MIGUEL, 1997, p. 385).

Fala-se, ainda, em igualdade como imperativo categórico de justiça (SALGADO, 2006, p. 215), havendo entre ambas uma relação umbilical: afinal, a justiça realiza a igualdade tanto *perante a lei* quanto *na lei*, tratando-se a última da adaptação recíproca do caso à lei e da lei ao caso (SALGADO, 2006, p. 216). Em sentido similar, alude-se ao discernimento existente entre igualdade *perante a lei* e igualdade *perante a interpretação judicial da lei*. A primeira remete à ideia de que as decisões estão limitadas à mera aplicação da lei, enquanto a segunda aduz à aplicação do princípio da igualdade durante a função de apreensão e dedução do significado da lei, exercida pelo magistrado quando da apreciação do caso em sua totalidade, não sendo dele esperado, dessarte, que apenas subsuma o comando positivado à situação concreta (MARINONI, 2016, p. 115).

No que toca ao Processo Civil, o *link* que se costuma estabelecer com o princípio da igualdade atine à “paridade de armas” entre as partes, bem como ao tratamento conferido a tais sujeitos pelo magistrado, concretizando-se, ainda, no contraditório (MARINONI, 2016, p. 111). Menciona-se, ademais, a denominada igualdade *ao processo*, que diz respeito “ao acesso à jurisdição e igualdade de procedimentos e de técnicas processuais” (MARINONI, 2016, p. 111).

Em meio a tais considerações, Marinoni (2016, p. 112) ressalta a notória lacuna deixada pelo que deveria tratar-se da aplicação do princípio da igualdade *entre* as decisões judiciais: afinal, diferentemente da importância que lhe é conferida pelo *common law*, no *civil law* não há a obrigatoriedade de observância da isonomia quando do estágio decisório. A ponderação mais contundente do referido autor conclui pela ausência de legitimação da jurisdição quando esta oferece decisões díspares a casos iguais (MARINONI, 2016, p. 114), uma vez que tal validação

não pode reduzir a justeza à estrita observação do procedimento constitucionalmente protegido, estando atrelada, também, ao próprio conteúdo decisório (MARINONI, 2016, p. 113).

Nesse passo, note-se que o jurisdicionado, ao demandar do Poder Judiciário dada solução para um conflito, deve fazer ideia do que esperar de tal prestação, noção essa que decorre do próprio Direito enquanto estabilizador das relações sociais. Em tal contexto, a busca pela igualdade entre decisões judiciais que guardem entre si semelhanças fático-jurídicas almeja legitimar a jurisdição sob o prisma da segurança jurídica, entendida em sua capacidade de conferir previsibilidade e confiabilidade ao sistema.

Nessa esteira, sabe-se ser da essência do *common law* a ideia de prestígio superlativo das decisões judiciais, de modo que os efeitos da coisa julgada não se limitam às partes e ao objeto discutido em dada demanda, transcendendo-os, sendo aptos a serem aplicados a outra situação jurídica idêntica ou semelhante (PORTO, 2016, p. 12). Isso revela o pragmatismo inerente a tal sistema, e sua desvinculação de modelos abstratos representados pela preponderância de leis típicas do *civil law*. Em que pese saber-se impossível a total adequação do *common law* ao contexto brasileiro, é certo que, ao buscar maior valorização dos precedentes, o Novo Código de Processo Civil ambiciona por conferir à prestação jurisdicional pátria maior harmonia.

A esse respeito, Neil MacCormick (2008, p. 191) afirma que “fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola do padrão decisório de um juiz ou corte para outro”, a fim de que seja proporcionada coerência interna ao sistema normativo. Tal coerência “depende de que elas (as normas) ‘façam sentido’ em virtude de serem racionalmente relacionadas com um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns” (MACCORMICK, 2008, p. 252).

No atual contexto processual civil brasileiro, as súmulas vinculantes são importantes elementos uniformizadores de julgados, embora tal fato seja visto com ressalvas no que toca à aplicação da doutrina dos precedentes. Isso porque o entendimento sumulado não descreve as circunstâncias fáticas que conduziram àquela compreensão, o que torna seu uso posterior mero juízo de subsunção à situação concreta. Tem-se que a efetiva aplicação do princípio da igualdade entre decisões semelhantes reclama que não se trate somente da adequação de entendimentos das Cortes aos casos nos quais se encaixem. Trata-se de consumir-se, isso sim, a dita igualdade material, a qual é possibilitada pela aplicação de precedentes que apresentem similitudes entre si – tanto fáticas quanto jurídicas. A fim de concretizar-se tal imperativo de justiça é que se deve conferir relevância à análise concernente a tais circunstâncias no interior das decisões judiciais, traçando-se paralelos com os ditos elementos do precedente judicial – temática essa objeto de exposição do tópico a seguir.

2 ELEMENTOS DO PRECEDENTE JUDICIAL: BREVES NOTAS CONCEITUAIS SOBRE *RATIO DECIDENDI* E *OBITER DICTA*

Impende, antes de se prosseguir com o raciocínio a ser desenvolvido nos próximos tópicos, que sejam realizadas breves distinções conceituais relacionadas aos dois principais componentes da “estrutura” do precedente: *ratio decidendi* e *obiter dicta*.

É reconhecida pela literatura a dificuldade de se estabelecer um conceito unívoco para *ratio decidendi*¹. A definição adequada de tal elemento, diz-se, “depende do modelo do investigador sobre o que se compreenda por adequação conceitual” (CHIASSONI, 2016, p. 66). Indica-se ser da *ratio decidendi* que se extrai o cerne do precedente, definindo-a como “a formação geral do princípio, regra ou razão geral que constitui a base necessária para a decisão judicial específica” (BERNAL PULIDO, 2008, p. 90-91, tradução livre). Menciona-se, ainda, que a *ratio*

¹ Momento oportuno para justificar-se o motivo pelo qual optou-se por não se debruçar, nesta pesquisa, nas teorias desenvolvidas por Goodheart, Wambaugh, Rupert Cross e outros estudiosos do assunto, uma vez que o centro desta perquirição não está no procedimento atinente a *como* encontrar-se a *ratio*.

decidendi relaciona-se não apenas à regra de direito aplicada ao caso concreto, mas sim ao que a Corte afirma acerca da interpretação da lei (MARINONI, 2016, p. 166), não se tratando de tarefa simples definir os seus contornos (MARINONI, 2016, p. 177; WAMBIER, 2012, p. 45-47). Nessa mesma linha, defende-se ser a *ratio decidendi* “uma descrição do entendimento jurídico firmado pelo tribunal vinculante como uma premissa necessária ou adequada à solução do caso concreto, à luz das razões adotadas pela maioria” (MELLO, 2016, p. 270; grifo consta no original).

Assim, a fim de encontrar-se a *ratio*, faz-se necessário investigar o modo como foram relacionados os pontos de direito às alegações das partes e aos fatos que compõem o litígio (MARINONI, 2016, p. 180). De se perceber, portanto, que se constitui como ponto de direito da *ratio decidendi* aquele tido como *suficiente para a específica solução dada ao caso* (MARINONI, 2016, p. 180). Ao buscar-se saber se tal aspecto jurídico contido na *ratio decidendi* se aplica ao novo caso, a comparação entre os fatos de ambas as decisões é, por conseguinte, indubitavelmente relevante – uma vez que, por óbvio, sem que se apresente o fato, não há, também, direito a ser-lhe aplicável.

Registre-se serem conhecidos os estorvos apresentados pela doutrina no que toca à identificação *in concreto* da *ratio* na decisão judicial, a qual costuma ser penosa por não estar, no mais das vezes, explícita²; além disso, reconhece-se não haver um método único e definitivo que permita encontrá-la (DUXBURY, 2008, p. 75).

Noutro passo, a respeito da *obiter dicta*, aduz a doutrina que tal elemento

consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (prescindível para o deslinde da controvérsia), sendo apenas algo que se fez constar ‘de passagem’, não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão. (DIDIER JÚNIOR, 2007, p. 44).

Notório, dessarte, que enquanto a *ratio decidendi* constitui aquilo que motivou o magistrado a conferir certa solução àquele caso, tem-se que a *obiter dicta* encerra tudo que, em sede de argumentação, não tem relevância direta para o específico deslinde da questão. Referida diferenciação revela-se importante, uma vez que, frise-se, a doutrina dos precedentes valoriza os fundamentos da decisão, interessando que se verifique, portanto, os elementos que confirmam efeito obrigatório ou vinculante, “separando-se o que realmente dá significado à decisão daquilo que não lhe diz respeito ou não lhe é essencial” (MARINONI, 2016, p. 167).

Mostra-se vinculante, portanto, “o princípio ou regra *indispensável* à solução das questões de fato e de direito *efetivamente* suscitadas e decididas. Todos os pronunciamentos que não são indispensáveis à decisão constituem ‘dicta’” (RE, 1994, p. 284; grifou-se). Frisa-se, assim, que o caminho pela busca dos termos de igualdade fático-jurídica entre as decisões aparenta passar pelo exame atinente aos pontos que se constituíram cabalmente relevantes para o deslinde do caso, de maneira que se espera que o magistrado explicita tais elementos quando da construção da fundamentação da sentença por ele exarada.

As breves ponderações até aqui realizadas revelam-se significativas para esta pesquisa, conforme demonstrar-se-á no tópico a seguir, atinente aos ditos elementos acidentais e essenciais inerentes à decisão – os quais apresentam similitudes conceituais às notas ora traçadas acerca de *ratio decidendi* e *obiter dicta*.

² Nas palavras de Teresa Wambier: “realmente decidido não significa expressamente declarado. A exigência de que a questão tenha sido ‘realmente decidida’ é mais ampla, pois inclui *holdings* implícitos, que o tribunal nunca formulou expressamente” (WAMBIER, 2012, p. 50).

3 IGUALDADE E ANALOGIA: AS NOTAS ESSENCIAIS E ACIDENTAIS

Em “A Ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo”, Joaquim Salgado pondera que a lei, abstrata que é, iguala a todos, enquanto as circunstâncias *de fato* os desigualam - ao menos, potencialmente (2006, p. 220; grifou-se). A fim de que se concretize o princípio da igualdade no que toca à decisão judicial – a qual, repise-se, é apenas uma das facetas da realização do mencionado preceito, referindo-se à busca pela resolução igualitária de casos que reclamem tal tratamento – é razoável que se conclua ser possível ligar o conceito de analogia trazido pelo mencionado filósofo, e seus corolários – notas essenciais e acidentais –, à exequibilidade da concepção de igualdade *entre decisões* sobre a qual aqui se reflete.

Tal juízo é inicialmente viabilizado pela concepção de analogia como exigência da *aequitas* romana resgatada pelo autor, a qual diz respeito ao tratamento igual de situações iguais – esse, por sua vez, princípio de justiça material ínsito ao Direito. Para tanto, Salgado adota a concepção aristotélica de analogia, a qual “corresponde a uma proporção, a partir da qual se extrai uma conclusão provável” (SALGADO, 2006, p. 224). Referida equivalência dá-se em virtude da existência de um paradigma e de fatos que detêm atributos a ele *semelhantes* (SALGADO, 2006, p. 224, grifo nosso). A partir da verificação de tais similitudes, aplica-se a igualdade proporcional: é daí que surgem as noções de notas essenciais e acidentais.

Nesse prisma, as definições de notas essenciais e acidentais retratadas pelo autor (2006, p. 224-225) dizem respeito aos graus de aproximação a que se sujeitam dois objetos: se ambos têm em comum notas acidentais, então são *aparentemente semelhantes*; se têm em comum notas essenciais (não todas), têm *semelhança*; se têm todas as notas essenciais em comum, são *iguais*; por fim, se são iguais em suas notas essenciais e acidentais, trata-se de objetos *idênticos*. Impende mencionar, entretanto, que os conceitos de “essencial” e “acidental” afiguram-se relativos, uma vez que, conforme aponta Salgado (2006, p. 225), “a qualidade que é acidental em um sujeito pode ser essencial no outro”.

O estudioso explica como analogia e as aludidas notas se correlacionam no modelo aristotélico: acaso as situações em confronto apresentem-se semelhantes em suas notas acidentais ou em parte das essenciais, são análogas; tal proporção dá-se de maneira que

na ocorrência de haver apenas igualdade de notas acidentais, tem-se menos probabilidade da certeza do argumento ou da conclusão. Quanto mais notas essenciais ocorrem em comunidade dos dois objetos, maior a probabilidade da conclusão, até se chegar à certeza pela identidade de todas as notas essenciais: neste caso, porém, já não há mais analogia, pois os fatos analogados são iguais. (SALGADO, 2006, p. 225).

As considerações conceituais realizadas no presente tópico ligam-se à relevante distinção realizada por Mendes e Silva no que toca ao objeto do presente estudo:

A delimitação das razões de decidir (*ratio decidendi*) e das circunstâncias essenciais do caso julgado é fundamental para a caracterização dos limites do entendimento firmado pela corte. Esta operação costuma distinguir, portanto, a *essência* da tese jurídica assumida (*ratio decidendi*) de elementos *acidentais* (*obiter dicta*) ao julgamento. (MENDES E SILVA, 2015, p. 18, grifos nossos).

Aludida premissa revela a importância da *ratio decidendi* na definição dos termos de igualdade entre duas decisões. Em que pese não haver consenso doutrinário quanto ao conceito para tal elemento do precedente judicial, verifica-se haver razoável concordância no que toca ao fato de estarem concentrados na *ratio* os fatores que efetivamente levam o magistrado a decidir daquela maneira: trata-se, assim, “da essência da tese jurídica assumida” – e de se dizer, portanto,

dos elementos *essenciais*, de fato e de Direito, que conduziram àquele veredito. Essenciais, assim, para que o deslinde do caso se desse daquele modo.

Nesse passo, revelam-se *não essenciais*, ou seja, *acidentais*, os aspectos que, embora exsurjam da decisão, não foram determinantes para que a sentença se apresentasse daquela maneira, conceito esse que se subsume ao de *obiter dicta*, conforme o raciocínio esposado no tópico atinente ao tema.

Notório que o caminho até aqui percorrido permite que se conclua que os elementos a serem observados pelo magistrado quando da análise da relação entre o provável precedente e o novo caso estão contidos na *ratio decidendi*. Trata-se, ressalte-se, dos referidos aspectos essenciais da concepção aristotélica de analogia apresentada por Joaquim Salgado, e em assim sendo, quanto mais se aproximarem, mais reclamam serem igualmente tratados. Dessa forma,

o locus da sentença judicial onde devem ser explicitadas as razões para julgar situações semelhantes de modo igual ou diferente é a motivação. Nela, o juiz deve esforçar-se para apresentar como ‘ratio decidendi’ o juízo de igualdade que conduziu sua decisão no caso, permitindo o controle da correção da sua sentença e o reconhecimento dos critérios que autorizam converter essa decisão em precedente para casos futuros. (SALGADO, 2006, p. 200, grifou-se).

Outrossim, destaque-se que o posicionamento *supra* também é corroborado por Carlos Bernal Pulido em artigo referente ao uso dos precedentes no ordenamento jurídico colombiano: referido autor alude ser na *ratio decidendi* que se explicita o que o Direito aplicado proíbe, permite, ordena ou habilita para determinada situação *de fato* (BERNAL PULIDO, 2008, p. 91, grifo nosso). Acaso a lide posterior não apresente fatos idênticos ou análogos àquela com a qual é confrontada, não há que se falar na constituição de precedente aplicável (BERNAL PULIDO, 2008, p. 91). A esse respeito, relevante é a reflexão perpetrada por Garrido Gómez no sentido de frisar que não é possível estabelecer-se apenas *uma* regra para que se atribua a uma decisão a força de precedente em relação a caso posteriormente judicializado (GARRIDO GÓMEZ, 2009, p. 260). Aduz a estudiosa, porém, que quando se invoca o caso X ou o caso Y a fim de que se estabeleça o julgamento por precedentes, “são chamadas as *ratio decidendi* desses casos” (GARRIDO GÓMEZ, 2009, p. 260).

Ainda nesse passo, defende Wambier, apoiando-se em J.L. Montrose, que um mesmo caso pode ser resolvido por várias linhas de raciocínio jurídico e que *a escolha dos fatos a serem considerados relevantes* é a base de tal juízo (WAMBIER, 2012, p. 47, grifo nosso). Nota-se, assim, que são os elementos fáticos, escolhidos pelo magistrado, e que *efetivamente levaram àquele desfecho*, aqueles que devem ser pinçados do texto do *decisum*, de modo que se constituam em pontos que permitam alçar-lhe à condição de precedente relativo a caso posteriormente analisado. Tratando-se o *core* da decisão, portanto, do conjunto de fatos eleitos pelo juiz como relevantes para o deslinde da causa, é razoável que se conclua ser neles que se encontram os termos de comparação de decisões confrontadas quando da execução da sistemática de precedentes.

Ademais, verifica-se que “quanto mais se aproximam os fatos de dois casos, maior é a probabilidade de que a decisão dada ao primeiro seja aplicável à solução do segundo” (MARINONI, 2016, p. 180). Dessarte, a fim de que se conclua pela aplicação de um precedente a uma nova situação, tem-se por imprescindível que os fatos que compõem a lide tenham grande aproximação - ainda que esta não ocorra de modo que se tenham circunstâncias idênticas, mas, no mínimo, semelhantes, conforme a concepção apresentada por Joaquim Salgado (2006), *retro* exposta.

Ainda no que toca ao método *supra* aludido, é certo que fatos não se repetem, e cada caso possui sua particularidade fática. Apesar disso, consideradas as razões para que se tenha chegado a dada decisão, verifica-se que os fatos similares devem ser “enquadrados em uma mesma

categoria, que assim não somente merecem, mas na verdade exigem uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade” (MARINONI, 2016, p. 165).

Visível, por tudo, o fato de que a Corte que analisará o “novo caso” deve levar em consideração a *ratio decidendi* da decisão tida como precedente - na qual reside a proposição que, diretamente, embasa aquele resultado, ou, dito de outro modo, suficiente para que o referido desfecho fosse alcançado (ALEXANDER; SHERWIN, 2006, p. 10). Assim sendo, se os fatos trazidos à *ratio* do precedente estiverem presentes, também, no “novo caso”, a Corte deve chegar a um remate, para este, semelhante àquele, a não ser que circunstâncias outras ensejem que se chegue à decisão diversa – as quais devem ser suficientemente fortes para derrotarem as razões apresentadas no precedente (ALEXANDER; SHERWIN, 2006, p. 14).

Diga-se de passagem, a esse respeito, que não se ignora, aqui, a importância do *distinguishing* como método de análise de aplicabilidade de precedente a um novo caso. Em sua teoria da argumentação jurídica, pondera Alexy que

o fundamento do uso dos precedentes é constituído pelo princípio da universalizabilidade, a exigência que é própria a toda concepção da justiça, enquanto concepção formal, de tratar de igual maneira ao igual. Como isso se evidencia imediatamente uma das dificuldades decisivas do uso dos precedentes: nunca há dois casos completamente iguais. Sempre se encontra uma diferença. *O verdadeiro problema se transfere, por isso, à determinação da relevância das diferenças.* (ALEXY, 2001, p. 259; grifou-se).

De se ver que muito embora tenha se procurado expor, ao longo da presente pesquisa, argumentos em torno da questão das semelhanças que guardam, entre si, um “novo caso” e seu potencial precedente, é razoável aceitar-se, sob o ponto de vista da argumentação jurídica, que é difícil determinar *quão* idênticas duas decisões devem ser a fim de que uma seja considerada precedente em relação a outra. Isso se dá, segundo o raciocínio desenvolvido por Alexy (2001), porque *sempre* se encontra uma diferença, devendo-se, pois, transferir-se o foco para *quão* relevantes são as dessemelhanças, de maneira que afastem uma decisão de outra que, *a priori*, poderia ser considerada como precedente em relação a outra. Esse é o fundamento do *distinguishing*, o qual “revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos” (MARINONI, 2016, p. 230). A bem da verdade, registre-se que a referida distinção orienta o próprio exercício da atividade jurisdicional, uma vez que

dado que dois casos nunca apresentam precisamente os mesmos fatos, advogados e juízes ‘distinguem’ precedentes desfavoráveis a suas linhas de argumentação, precedentes esses que, ao contrário, poderiam influenciar a decisão ora posta em juízo. (NUNES, 2010, p. 123).

Ao realizar o *distinguishing*, o magistrado deve valer-se de critérios que demonstrem que as circunstâncias fáticas entre os casos apresentaram-se suficientes para que se conclua pela inaplicabilidade do precedente (MARINONI, 2016, p. 231). É reconhecida a dificuldade prática atinente a tal momento, admitindo-se, inclusive, que as Cortes costumam fracassar quanto à justificação da escolha por dado precedente (NUNES, 2010, p. 123), uma vez que inexistem regras precisas sobre a aplicação da doutrina do *stare decisis* (NUNES, 2010, p. 123).

Resgatando-se o ponto atinente ao *distinguishing*, veja-se que fatos *não fundamentais* ou *irrelevantes* não tornam casos desiguais (MARINONI, 2016, p. 231). Referida argumentação tem por escopo reforçar a construção desenvolvida até aqui acerca da busca pelas similitudes fáticas que tornam uma decisão precedente com relação a um “novo caso”: tais semelhanças são encontradas em aspectos *relevantes* para a decisão – as ditas notas essenciais de Joaquim Salgado.

Tal inteligência afigura-se arrazoada, também, se averiguada pelo prisma da correlação que se fez entre elementos acidentais e *obiter dicta*: afinal, se se aceita como *obiter* o que não é essencial para que a decisão tenha ocorrido daquela maneira, é de se dizer que não há necessidade de que se apresentem similares entre decisões que se pretendem aplicáveis uma à outra – afinal, são pontos *acidentais* entre as decisões, que, equivalentes ou não, não são determinantes para o desfecho a que se chegou naquela sentença. Assim sendo, se uma decisão A apresenta-se igual (ou aproximadamente igual) a B em sua *ratio*, mas não em seus *obiter*, é possível a aplicação do princípio da igualdade em sua concepção analógica. Mais, e conclusivamente, quanto ao ponto: não estão no *obiter*, portanto, os aspectos que ressaem quando da busca quanto à referida aplicabilidade – ou, ao menos, não *essencialmente* nos *obiter*.

Avançando-se na análise bibliográfica concernente ao estudo dos precedentes judiciais, verificou-se relevante a distinção realizada por Teresa Wambier (2012) no que toca ao grau de identidade exigível a fim de que haja a aplicabilidade de uma decisão a outra, tema sobre o qual se discorrerá a seguir.

4 VINCULAÇÃO POR IDENTIDADE ABSOLUTA E VINCULAÇÃO POR IDENTIDADE ESSENCIAL

Em capítulo que trata de precedentes e evolução do Direito, Teresa Arruda Alvim Wambier (2012) disserta sobre o que denomina tratar-se da vinculação por identidade absoluta e vinculação por identidade essencial. Tais institutos surgiram da necessidade de se buscar explicar o que efetivamente torna os casos iguais, possibilitando que sejam solucionados do mesmo modo.

A dita *identidade absoluta* ocorre quando os casos avaliados trazem consigo igualdade integral entre elementos fáticos e de direito. Por fatos, leia-se aqueles eleitos como relevantes “para a incidência (ou não) da consequência sobre a qual se discute” (WAMBIER, 2012, p. 57). Assim sendo, são excluídos de tal método, por exemplo, a idade e a profissão das partes que discutiam a legalidade da cobrança de assinatura básica por parte de operadoras telefônicas. Isso porque tais aspectos são visivelmente *irrelevantes* para que se decida a mencionada questão.

Referida metodologia é, entretanto, de inviável aplicação aos denominados *hard cases*, bem como às decisões que envolvem padrões flexíveis de “decidibilidade” (tais como conceitos vagos e princípios jurídicos). A fim de possibilitar-se a uniformização decisional a tais situações, recorre-se à sistemática da *identidade essencial*, a qual se caracteriza pela extração do *core* das decisões – ou seja, de suas *essências* – de modo que se estabeleça se seus núcleos são significativamente semelhantes, restando excluídos os fatos desimportantes. No mais, a interpretação deve ser realizada caso a caso, levando-se em conta os aspectos *fáticos* tidos como efetivamente relevantes para o deslinde da situação (WAMBIER, 2012, p. 82-83).

A fim de ilustrar a referida minúcia, a autora menciona situações nas quais é pleiteada, perante o Judiciário, “preferência na ‘fila’ para transplante de órgãos, em virtude da gravidade de seu caso” (WAMBIER, 2012, p. 58) e “liberação de verba para um remédio caro e que não consta da lista dos fornecidos pelo Estado” (WAMBIER, 2012, p. 58). Para a doutrinadora, o fulcro de ambas as lides é a busca por saber se compete ao Judiciário adentrar de tal maneira em atribuições *a priori* imputadas ao Poder Executivo, de modo, por um lado, a resolver os problemas daqueles que judicializaram a questão e, por outro, criar outros contratempus para a coletividade.

O ponto chave do tema então proposto é descobrir que aspectos essenciais (se é que existem e são descritíveis) tornam duas decisões semelhantes entre si. Wambier (2012, p. 60) reconhece que identificar tais traços é um exercício refinado. Traçando-se uma ponte entre o presente tema e o raciocínio referente aos elementos essenciais e acidentais apresentado no tópico anterior, é possível concluir-se que o que importa é identificar-se, *no mínimo*, as aludidas *notas essenciais* que constituem os casos em confronto – as quais, se aproximadamente iguais, são suficientes para que uma decisão A se constitua em precedente aplicável, por analogia, à situação

B, de acordo com a concepção de identidade essencial *retro* apresentada. Se se tem, por outro lado, notas essenciais absolutamente iguais, ocorre a aludida *identidade absoluta* – as quais reclamam tratamento idêntico, e não ‘apenas’ análogo.

O que se extrai da teoria de Wambier (2012) corrobora o que já se havia desenvolvido até aqui: os elementos a serem buscados quando da comparação entre duas situações estão no cerne da decisão, daquilo que efetivamente foi tido como relevante para o deslinde do caso. Aspecto importante de tal reflexão reside na descrição quanto ao alcance da similitude buscada: a dita identidade essencial pode parecer, analiticamente, tão aberta que seja impossível precisar-lhe um mínimo; não se pode esquecer, porém, que a fim de que seja possível a realização do cotejo entre as decisões judiciais, conforme recorte teórico descrito por Salgado (2006), faz-se necessário que haja identidade, ainda que não total, quanto a elementos tidos como *essenciais* para o deslinde do caso.

De se dizer que não há, assim, que se falar em identidade, mesmo que essencial, sem que os *cores* fático-jurídicos das situações confrontadas possam se cruzar minimamente, de modo relevante, e não meramente ocasional. Afinal, a igualdade “é um valor relativo e só no plano da relatividade tem sentido” (GUEDES, 2014, p. 120) – sendo tal relatividade atinente, notadamente, aqui, aos elementos importantes para a resolução do caso e que, quando do confronto entre as decisões, demonstrem nível de interligação apto a ensejar a conclusão que o caso anterior possa constituir-se, de fato, em precedente com relação à situação posteriormente judicializada.

Neste momento da pesquisa, releva mencionar-se que apesar de ter-se chegado a conclusões arrazoadas no que toca à busca, na *ratio decidendi*, pelos elementos de fato e de direito aptos a permitirem a comparabilidade entre duas decisões, um problema persiste: desconhece-se que exatos parâmetros são esses. Sabe-se, afinal de contas, que dois casos podem apresentar-se similares em diversos aspectos; é notório, porém, que o resultado da comparação entre ambos, de modo que um seja tido como precedente em relação ao outro, deve dar-se de maneira que reste evidenciada a *relevância* das semelhanças apontadas e de que maneira elas estão relacionadas, ligadas. Sem esse elo, não há que se falar, evidentemente, em uma decisão que sirva de precedente a um “novo caso”.

Em outras palavras, a pista que se tem acerca dos referidos pontos é a de que se trata da busca por similitudes *importantes* para o modo como se deu o deslinde dos feitos. Acaso tal paralelo seja efetivamente realizado entre duas decisões, é factível que se tenha, assim, que o caso antigo serve de precedente em relação ao “novo caso”.

Tais considerações levam ao questionamento de quão intuitivo é, assim, o referido juízo de similitude (ou de dessemelhança). Afirma-se que tal processo não é *puramente* intuitivo, na medida em que, se assim o fosse, não seria considerado fruto de raciocínio jurídico (ALEXANDER; SHERWIN, 2006, p. 42). Dessarte, qualquer que seja o mecanismo psicológico envolvido em tal caminho, fato é que, a fim de que seja dotado de racionalidade (diferentemente do que ocorre, por exemplo, em uma decisão resolvida à base do “cara ou coroa”), deve-se demonstrar a ligação existente entre o problema a ser resolvido e as propriedades comuns que estão sendo levadas em consideração pelo magistrado – e aptas, assim, a justificarem o uso de uma decisão como precedente com relação à outra.

A esse respeito, sugere Joaquim Salgado (2005, p. 48) que quando da analogia – aqui entendida, conforme *retro* exposto, como processo hábil a possibilitar a realização da justiça atrelada à igualdade -, não se está a trabalhar com indução nem dedução: trata-se, sim, de argumentação que vai do particular para o particular, podendo apresentar-se, *in concreto*, como forte, média ou fraca. Para tal autor, isso não se relaciona à *quantidade* de notas semelhantes que possuem duas situações, mas da *força* dessas notas, e se se trata de notas relevantes ou essenciais (SALGADO, 2005, p. 48). Trata-se, por fim, de processo lógico em que “as características dos termos sujeitos não são as mesmas, mas entre eles há uma identidade que autoriza uma conclusão válida, por ser ela a causa do predicado da conclusão” (SALGADO, 2005, p. 49).

Nessa linha, tem-se que quando do exame de um precedente, o magistrado deverá perquirir se seus *pontos essenciais* coincidem com aqueles referentes ao caso em julgamento. A identificação de tais pontos passa pelo exame da adequação fático-jurídica do precedente ao “novo caso”, que deve ser *satisfatoriamente* semelhante a ele (FOGAÇA; FOGAÇA, 2015, p. 521, grifo nosso). Retoma-se, assim, a ideia de que dois casos nunca são idênticos, mas *suficientemente aproximados* em seus termos fático-jurídicos (FOGAÇA; FOGAÇA, 2015, p. 521, grifo nosso).

Tem-se em vista, portanto, que os conceitos de igualdade e desigualdade referem-se ao resultado do confronto relacional entre termos (por exemplo, pessoas e fatos) e suas características (*e.g.*, elementos ou notas a eles relativos), tratando-se, assim, do resultado “da relação de comparação entre os termos quanto às características, somente sendo possível a sua existência e sua aferição quando estabelecida por comparação entre os dois ou mais termos” (GUEDES, 2015, p. 60). Alinhando-se tal perspectiva às proposições *supra* apresentadas, percebe-se que há alguma harmonia doutrinária no sentido de informar que os aludidos termos, no que toca à igualdade entre decisões, encontram-se no interior da *ratio decidendi*, concluindo-se, no momento, não haver fórmula unívoca aplicável a todo tipo de análise estabelecida entre precedentes e novos casos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto até aqui, conclui-se que a similitude entre duas decisões, a qual enseja que uma possa ser aplicada como precedente com relação à outra, resta ínsita à *ratio decidendi*. Se há um aspecto comum e que pode servir de norte objetivo para a determinação de tais aspectos de identidade, esse se trata dos fatos apontados pelo magistrado como aqueles que *efetivamente* ensejam o deslinde do caso.

Questão ainda incômoda, a esta altura, diz respeito ao ponto nevrálgico do presente escrito: *afinal, quais são os elementos que se constituem em essenciais (e acidentais) em uma decisão, e que permitem o confronto com outra situação, de modo que se constitua em precedente aplicável à última?* Não há, mesmo na doutrina mais abalizada, resposta acabada para tão complexa interpelação. Concluiu-se, a esse respeito, pela inexistência de uma métrica hábil a demonstrar *quais* termos são suficientemente relevantes para que exista a relação de aplicabilidade entre (potencial) precedente e “novo caso” em análise.

Apesar disso, a partir dos estudos das teorias das notas essenciais e acidentais e das identidades absolutas e essenciais, verificou-se que tais elementos devem ser buscados entre aqueles que efetivamente fizeram diferença para a resolução do caso concreto tal como se deu. Acaso haja similitudes quanto a referidos aspectos na situação surgida *a posteriori*, tem-se que o precedente é a ele aplicável. De acordo com as mencionadas teorias, a extensão mínima de tais semelhanças deve se dar, *pelo menos*, em termos de identidade essencial – não havendo, portanto, necessidade de que haja identidade absoluta entre os casos examinados -, de modo a abarcarem *pelo menos* notas essenciais. Quanto mais notas essenciais, mais os casos reclamam por soluções similares.

Referidas notas essenciais encontram-se no bojo da *ratio decidendi*, conforme tudo quanto procurou-se sustentar. As ditas notas acidentais, por sua vez, constantes da *obiter dicta*, não se apresentam como aspectos hábeis a ensejarem a similitude ora buscada.

Diante da realidade do Novo Código de Processo Civil brasileiro, resta aparente a necessidade de extrapolar-se a aplicação do princípio da igualdade tão somente quanto a aspectos procedimentais da prestação jurisdicional, fazendo-se necessário, pois, conferir-se relevância à substância da decisão, de maneira que a isonomia seja buscada, também, quando de tão importante instante. Isso se coaduna não só à realização da dita justiça material, como proporciona segurança jurídica e confere legitimidade ao sistema, uma vez que o jurisdicionado sabe o que esperar e não fica a mercê de voluntarismos ou de fatores outros que escusam o magistrado de decidir uma causa de modo similar a outra que com ela guarde *importante* semelhança.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. Demystifying legal reasoning: part II. Cornell Law Faculty Publications. Paper 34, jan. 2006. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=lsrp_papers>. Acesso em: 5 mar. 2021.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, 2001.

BERNAL PULIDO, Carlos. El precedente en Colombia. Revista Derecho Del Estado. Bogotá, n. 21, dez. 2008, p. 81-94.

CHIASSONI, Pierluigi. A filosofia do precedente: reconstrução racional e análise conceitual. Tradução de Thiago Pádua. Universitas Jus. Brasília: v.27, n.1, 2016, p. 63-79.

DIDIER JUNIOR, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. Revista do CEPEJ. Salvador: n. 8, jul.- dez. 2007, p. 41-55.

DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistemas de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 66, jul./dez. 2015, p. 509-533.

GARRIDO GÓMEZ, Maria Isabel. La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley. Madrid: Dykinson, 2009.

GUEDES, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUEDES, Jefferson Carús. Dimensões linguísticas da desigualdade no Brasil: os diversos nomes legais de um mesmo fenômeno. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v.5, n.1, 2015, p. 58-75.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. São Paulo: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme (*Org.*). A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

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

MAUÉS, Antônio Moreira; FONSECA, Mônica Maciel Soares; RÊGO, Lorena de Paula da Silva. Súmula vinculante e direito à igualdade. Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos. Bauru, v.1 n. 46, jul./dez. 2006, p. 195-210.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 264-286.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Os impactos do novo CPC na razoável duração do processo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 241, mar. 2015, p. 15-25.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. Equality before the law and precedent. *Ratio Juris*, v. 10, n.4, dez. 1997, p. 372-391.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica. *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, 6. ed. Brasília: 2007, p. 299-333.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Segurança jurídica e súmula vinculante. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em 28 mar. 2021.

RE, Edward D. “Stare decisis”. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994, p. 281-287.

SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo. Fundamentação e aplicação do direito como “maximum” ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. Analogia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. 91, 2005, p. 45-76.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: precedentes judiciais e súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WAMBIER, Tereza A. Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Tereza A. Alvim (Org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.