
REFLEXÕES ACERCA DAS TÉCNICAS UTILIZADAS PARA AFASTAR O USO DO PRECEDENTE: OVERRULING E DISTINGUISHING

REFLECTIONS ABOUT THE TECHNIQUES USED TO EXCLUDE THE USE OF PRECEDENT: OVERRULING AND DISTINGUISHING

Ana Carolina de Sá Dantas

*Procuradora Federal. Atuou no Departamento de Consultoria e Assessoramento da
Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel de 2007 a 2010;
Atualmente encontra-se em exercício no Departamento de Consultoria e
Assessoramento da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sistema judicial norte-americano; 1.1 Visão Geral; 1.2 Estrutura da Corte Federal; 1.3 Estrutura da Corte Estadual; 2 Do common Law; 2.1 Conceito e distinção do Civil Law; 2.2 Alicerce: Teoria do Precedente (Stare Decisis); 3 Das técnicas utilizadas para afastar o uso do precedente; 3.1 Distinguishing; 3.2 Overruling; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo descrever as técnicas de afastamento da teoria do precedente (*stare decisis*), fazendo uma análise sucinta e clara acerca do assunto. Para isso haverá uma abordagem acerca de como funciona a teoria do precedente no direito norte-americano, destacando-se a vinculação das decisões pelas cortes inferiores. Inicialmente, haverá uma descrição objetiva acerca do sistema legal norte-americano, abordando o funcionamento do sistema jurídico, as competências e atribuições das cortes e a atuação da Suprema Corte. Em seguida dar-se-á ênfase ao desenvolvimento da teoria do precedente nos Estados Unidos, destacando sua origem, conceito e as consequências da adoção do instituto do *common law* no direito americano. Propõe-se, por fim, a abordar as técnicas utilizadas pelos juízes americanos para afastar a teoria do *stare decisis* (teoria do precedente), quais sejam, *overruling* e *distinguishing*. A pesquisa deriva de estudos acerca da flexibilização da teoria do precedente e de decisões da Suprema Corte Norte-Americana, fato este constatado através da aplicação das técnicas acima mencionadas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Americano. Teoria do Precedente. Técnicas. Afastamento. *Distinguishing*. *Overruling*.

ABSTRACT: This article aims to describe the techniques of removal of the theory of precedent (*stare decisis*), making a clear and concise analysis on the subject. For this approach will be one about how the theory of precedent in U.S. law, especially the linking of decisions by lower courts. Initially, there will be an objective description about the American legal system, addressing the functioning of the legal system, the powers and duties of the courts and the Supreme Court action. Then it will give emphasis to the development of the theory of precedent in the United States, highlighting its origins, concept and the consequences of adopting the Institute of *common law* in United States. It is proposed, finally, to address the techniques used by American judges to rule out the theory of *stare decisis* (precedent theory), namely, *overruling* and *distinguishing*. The research stems from studies on the flexibility of the theory of precedent and Supreme Court rulings American, a fact verified by applying the techniques mentioned above.

KEYWORDS: American Law. Theory of precedent. Techniques. Removal. *Distinguishing*. *Overruling*.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo propiciar ao leitor uma visão sistêmica do Direito Norte Americano, abordando o sistema da *common law* e seu alicerce, a Teoria do Precedente, especialmente as técnicas utilizadas pelos juízes americanos para afastar o uso dessa teoria.

Para isso, se explanará como funciona o sistema judicial americano, as competências jurídicas e a inserção das cortes judiciais, bem como suas atribuições no Direito Americano. Tendo adotado como sistema de governo a Federação, os Estados Unidos são exemplo típico de federalismo puro, uma vez que, cada estado dentro do País detém autonomia e independência frente aos outros. Nesse contexto, analisar-se-á a estrutura das cortes federais e estaduais, suas competências e atribuições. Em seguida, buscar-se-á conceituar o sistema do *common law*, analisando sua natureza jurídica e cotejando suas características com o sistema do *civil law*.

Seguidamente, pretende-se inserir o estudioso do direito no funcionamento da Teoria do precedente, abordando como o alicerce do *common law* se desenvolve no sistema jurídico americano, abordando seu conceito, sua função, seu uso pelos magistrados americanos e como essa teoria desenvolvida no seio do *common law* vem marcando a realidade do sistema precedencialista norte-americano.

As características da teoria e os fatores que tem impulsionando a doutrina do *Stare decisis* ao longo dos anos são também pontos que são abordados ao longo do artigo.

Por fim, são analisadas as técnicas que são utilizadas pelos juízes norte-americanos para ultrapassar/superar o precedente firmado, abordando seu conceito, características e citando, inclusive, casos concretos analisados pela Suprema Corte Americana e também adotados pelo Direito Brasileiro.

1 SISTEMA JUDICIAL NORTE-AMERICANO

1.1 VISÃO GERAL

A Constituição dos Estados Unidos da América estabelece um sistema federal de governo, concedendo poderes específicos ao governo federal. Desse modo, todo o poder que não foi constitucionalmente delegado ao governo federal, remanesce com os Estados.

Ao todo, a federação norte-americana é composta por 50(cinquenta) estados e cada um deles possui sua própria constituição

estadual e sua própria estrutura governamental. A estrutura de governo é repartida em 3(três) poderes: executivo, legislativo e judiciário o que, por óbvio, previne o abuso de poder e infirma a teoria dos “*checks and balances*”. Como bem prescrevia o Professor Augusto Zimmermann:

Portanto, a separação de poderes e o *Checks and Balances* seriam perfeitamente compatível com o Estado democrático, limitando-se o poder, mas garantido-se a plena liberdade política dos indivíduos e do direito das minorias. Possibilita, de igual forma, a formação do Estado de Direito, na medida em que ele previne o abuso governamental submetendo-se governantes e governados ao *rule of law*, donde ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de prévia determinação legal¹.

Como produto do federalismo puro, o sistema judicial norte-americano tem natureza jurídica dual, composto do sistema da corte federal e da corte de cada um dos estados que compõem a federação.

Desse modo, cada Estado possui um sistema judicial fechado, o que corrobora ainda mais a idéia de independência entre os Estados. Sobre o tema leciona William Burnham:

To speak of “the judicial system” of the United States is misleading, because there are in reality 51 different judicial systems in the country: the federal court system and the court system in each state. As to questions of state law, each of the state systems is a separate closed system. In other words, each state system has its own court of last resort that has the last word on what state law is. Only on issues of federal law, arising originally either in federal or state court, can it be said that there is the semblance of a single national judicial system with one court, the United States Supreme Court, serving as the court of last resort.²

Em continuidade, a competência das cortes federais foi estabelecida pela Constituição Federal detendo jurisdição exclusiva apenas sobre certos tipos de casos, especialmente aqueles que envolvem leis federais, controvérsias entre os Estados e Governo estrangeiro.

1 HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005, p. 72.

2 BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. Minnessota. Thomson, 2006.

Em determinadas situações a corte federal compartilha a competência com a corte do estado, ou seja, há uma competência concorrente para solucionar o caso, podendo ser citado como exemplo os casos que envolvem partes que moram em diferentes estados.

As cortes estaduais, ao contrário, não foram criadas pela Constituição Federal. Retiram seu poder das Constituições Estaduais. Existem mais de 30.000(trinta mil) cortes estaduais e, a cada ano, mais de 50 milhões de casos são submetidos a essas cortes, em sua maioria, casos envolvendo, roubos, furtos, disputas familiares, questões relacionadas a contratos, dentre outros.³

1.2 ESTRUTURA DA CORTE FEDERAL

O artigo III da Constituição Federal Americana⁴ estabelece a estrutura da justiça no âmbito federal que se apresenta distribuída em três níveis principais: Na 1ª instância situam-se as “*district courts*”, com jurisdição para casos civis e criminais, incluindo casos de direito marítimo e revisões de algumas decisões proferidas por agências administrativas federais.

O Congresso dividiu o país em 94(noventa e quatro) distritos judiciais federais cada um com sua própria “*district court*”, todas espalhadas pelos 50(cinquenta) estados americanos. Por sua vez, cada “*district court*” tem uma corte de falência (*bankruptcy court*).

Os distritos podem variar de tamanho, pois que, nos estados mais populosos podem existir mais de uma “*district court*”. Exemplo disso, é o Estado de Nova Iorque que possui 4(quatro) distritos, um para cada região da cidade.

José Jardim Rocha discorrendo acerca da estrutura judicial no sistema norte americano em seu artigo intitulado “Supremacia da Constituição ou Supremacia do “defensor” da Constituição? O *stare decisis* e o Efeito vinculante nas Decisões da Suprema Corte” leciona:

Atualmente, em função do exercício dessa competência legislativa, a Justiça Federal norte-americana está assim configurada: no primeiro nível, 94 distritos judiciais federais, compreendendo *United States District Courts*, com competência em quase todas as matérias

3 Dados extraídos do Federal Judicial Center Disponível em: <<http://www.fjc.gov>>.

4 O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido de uma -Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.

civis e criminais, e *United States Bankruptcy Courts*, com competência exclusiva em casos de falência, sendo 89 distritos distribuídos nos 50 estados americanos e 5 em Puerto Rico, Virgin Islands, Distrito de Columbia, Guam e Northern Mariana Islands; e dois tribunais especializados: *Court of International Trade*, que aprecia questões relacionadas ao comércio internacional, inclusive sua tributação; e *United States Court of Federal Claims*, com competência em casos que envolvam demandas de indenização contra os Estados Unidos, controvérsias acerca de contratos federais, desapropriações e outros; no segundo nível, 12 tribunais de apelação de circuito (*Circuit Courts of Appeals*), sendo 11 com competência recursal em uma área integrada por tribunais distritais, e um com competência no Distrito de Columbia; e um tribunal especializado: *Court of Appeals for the Federal Circuit*, com jurisdição específica, entre outras matérias, sobre o direito de patente e os casos decididos pelo *Court of International Trade* e pelo *United States Court of Federal Claims*, e, no último nível, a Suprema Corte⁵.

Em continuidade, como segundo nível da estrutura federal judicial dos Estados Unidos encontram-se as “Courts of Appeals” as quais foram agrupadas pelo Congresso em 13(treze) regiões denominadas de circuitos.⁶ Essas cortes de apelação tem a atribuição de rever as decisões proferidas pelos “district courts”: “If a person loses a trial in a district court, that person can appeal the case to the court of appeals, which will review the case to see if district court judge applied the law correctly.”⁷

Também tem jurisdição para analisar apelações de decisões proferidas pelas Agências Administrativas, a exemplo da National Labor Relations Board e o Departamento of Health and Human Services.

Onze desses circuitos englobam vários estados e as “district courts” que neles se encontram; Um outro circuito é o de Columbia e o décimo terceiro circuito analisa as apelações das cortes federais especializadas.

É importante destacar ainda no que toca as “courts of appeals” que não há um número fixo de juízes. Em geral, as cortes de apelação são formadas por vários juízes, decidindo os casos, na maioria das vezes, em número de três.

5 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/artigos/PDF/JoseRocha_Rev73.pdf

6 The federal courts of appeals are sometimes called “circuit” courts of appeal because the judges at one point had to “ride circuit”, i.e., to travel through the states under jurisdiction along regular route, usually on horseback, and hold court in various places along that route.

7 Welcome to the Federal Courts. Disponível em: <<http://www.fjc.gov>>.

Por fim, faz-se mister anotar que as cortes de apelação podem discordar umas das outras, existindo apenas um efeito persuasivo sobre a jurisdição do outro circuito. A consequência é que “there can be and often is different rule on a point of federal law in New York (a state in the Second circuit) and in California (a state in the ninth circuit).”⁸

No terceiro e último nível de discussão em sede de Jurisdição Federal Americana encontra-se a Suprema Corte dos Estados Unidos. Formada por 9 (nove) juízes, (sendo um deles presidente da Corte) é a mais famosa Corte Federal Americana. Os casos originários das “Courts of Appeals” e das Supremas Cortes Estaduais podem ser submetidos a Suprema Corte Federal, mas ela não é obrigada a analisar todos eles. Destaca Farnsworth:

É ela a única corte federal criada pela Constituição; todas as outras são criações do Congresso, que detém o poder constitucional para criá-las [...] a Suprema Corte não é apenas o mais alto tribunal de apelação do sistema de justiça federal, mas também detém um poder limitado de revisão das decisões proferidas pelas cortes estaduais. Todavia, o volume de apelações ouvidas pela Suprema Corte, provenientes tanto da justiça federal, como da estadual, é bem pequeno⁹.

Ainda sobre a competência da Suprema Corte, disserta de forma pertinente José Jardim Rocha¹⁰:

A partir do disposto no Artigo III da Constituição, a jurisdição da Suprema Corte está assim configurada no *United States Code*:

1 – Jurisdição Originária (Seção 1251):

1.1 exclusiva: todas as controvérsias entre dois ou mais estados;

1.2 não exclusiva (ou seja, o caso pode ser também apreciado em outro tribunal federal):

a) todos os processos em que são partes embaixadores, cônsules e outros agentes públicos de estados estrangeiros;

8 BURNHAM, op. cit., p. 174

9 FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the legal system of the United States*. 3. ed. Oceana Publications Inc: New York, 1996.

10 Idem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/artigos/PDF/JoseRocha_Rev73.pdf

b) todas as controvérsias entre os Estados Unidos e um estado americano;

c) todas as ações envolvendo um estado contra os cidadãos de um outro estado ou contra estrangeiros

2 – Jurisdição de apelação direta (Seção 1253): exceto quando previsto de outro modo em leis específicas, qualquer parte pode recorrer diretamente para a Suprema Corte contra uma decisão dos chamados “district courts of three judges”(12) que denegam jurisdição em casos de *injunction* legalmente previstas na sua competência;

3 – Jurisdição de apelação em *certiorari* ou em *certified questions* (Seção 1254): a Suprema Corte pode apreciar casos oriundos de um dos doze tribunais de apelação de circuito em duas situações:

3.1 via writ of *certiorari* – por solicitação de uma das partes, em determinadas condições(13), em casos civis ou criminais, antes ou após a decisão do tribunal de apelação;

3.2 via *certified question* – é a denominação do raramente usado procedimento pelo qual um tribunal “certifica” a Suprema Corte que um caso sob seu exame é de uma tal complexidade que ela necessita de instrução. Segundo a Seção 1254 do *United States Code*, nesses casos a Suprema Corte tem duas alternativas: fornecer as instruções, que serão vinculantes, para que o tribunal julgue o caso, ou requerer a subida do processo para decidir toda a matéria controversa.(14)

4 – Jurisdição em *certiorari* em face de tribunais estaduais (Seção 1257): decisões finais dos tribunais superiores dos estados podem ensejar um writ of *certiorari* para a Suprema Corte quando a validade de um tratado ou de uma lei federal é questionada, quando uma lei estadual é considerada ofensiva à Constituição, aos tratados ou às leis federais, ou quando qualquer título, direito, privilégio ou imunidade é particularmente reivindicado com base na Constituição, tratados ou leis federais. (15)

Na experiência da Suprema Corte, a jurisdição originária, de apelação direta e relativa às *certified questions* não tem apresentado um número muito expressivo de casos. Em particular, as apelações

diretas, que antes eram obrigatoriamente recebidas, desde 1940 têm sido tratadas pela Suprema Corte como matéria sujeita à sua discricionariedade. Em contrapartida, a maior parte dos casos analisados origina-se de petições para um *certiorari*.

Em média nos últimos anos vêm sendo apresentados cerca de 4.000 petições, sendo concedido o writ em aproximadamente 150 casos. Tal é a relevância do *writ of certiorari* que as novas *Rules of the Supreme Court*, vigentes desde de maio de 1999, dividem a jurisdição da Corte em *Jurisdiction on Writ of Certiorari* (Parte III, Disposições 10 a 16) e *Others Jurisdiction* (Parte IV, Disposições 17 a 20). Nesse âmbito, a Disposição 10 estabelece expressamente que a “análise de um *writ of certiorari* não é uma questão de direito, mas de discricção judicial, que somente será admitida quando presentes os requisitos pertinentes”. Entre os requisitos que, “embora nem controlando nem restringindo em termos absolutos a sua discricção”, a Suprema Corte considera são mencionando os seguintes: i) conflito jurisprudencial entre tribunais de apelação federais (*Circuit Courts*) em uma questão importante; ii) conflito jurisprudencial na decisão de “uma importante questão federal” — não

limitada a questões constitucionais — entre um tribunal de apelação federal e um tribunal estadual de última instância; iii) casos em que um tribunal de apelação federal tenha se afastado gravemente do “curso normal dos procedimentos judiciais” ou acolhido uma tal violação por parte de um tribunal a ele vinculado; iv) conflito jurisprudencial entre tribunais estaduais de última instância com respeito a “uma importante questão federal”; v) casos em que um tribunal de apelação federal ou um tribunal estadual decide uma “importante questão de direito federal” que não foi, mas poderia ter sido, submetida à apreciação da Suprema Corte, ou uma “importante questão federal” de modo contrário a uma “relevante decisão” da Corte.(16)

Estabelecida a estrutura da Justiça Federal, passa-se, agora a discorrer acerca da organização do poder judiciário nos estados americanos.

1.3 ESTRUTURA DA CORTE ESTADUAL

Ao contrário da Corte Federal, a Estadual por não retirar sua fonte da Constituição Federal detém mais especificidades a depender do

estado analisado. Nesse sentido, a estrutura do sistema de corte estadual varia de estado para estado. Cada estado possui características próprias no que concerne à estrutura organizacional do Poder Estadual.

Assim, neste tópico não se analisará a estrutura de um determinado estado. Mas, ao contrário, se perquirirá acerca das semelhanças existentes na estrutura do poder estadual. Desse modo, diante da impossibilidade de se analisar a estrutura de cada um dos 50 estados americanos, buscar-se-á discorrer apenas acerca de algumas generalidades em torno do tema.

Em regra, a prestação jurisdicional estatal nos Estados Unidos é organizada num modelo de 3(três) níveis:

- 1 “Trial courts”;
- 2 Appelatte Court ou Court of appeal”;
- 3 “Supreme Courts”.

Também chamadas de “Superior Courts”, Disctrict ou Circuit Courts ou Courts of common pleas, as “trial courts” encontram-se na base do sistema judicial estadual norte-americano. Nada mais são do que juízos monocráticos, podendo ou não haver a presença de um júri, dependendo do tipo de caso analisado e do pedido das partes.

Discorrendo sobre as “Trial Courts”, William Burnham destaca:

The overall job of trial courts is to reach a decision in the first instance on all disputes filed in a given judicial system. This involves hearing the evidence and arguments presented by the parties, determining the facts in the case and applying the law to those facts. In the process, the trier of fact, whether judge or jury, must resolve conflicts in the testimony and make judgments about credibility of witnesses and the believability and weight to be given all the evidence. This is an important function because, as discussed below, the facts of case cannot be relitigated on appeal.¹¹

Acima das “trial courts” do Sistema judicial estadual existem, em regra, dois níveis de cortes de apelação: as “Intermediate Courts” e as “Supreme Courts”. A “intermediate court” de apelação é geralmente chamada de “Court of appeals” e a corte de jurisdição final de “Supreme

11 BURNHAM, op. cit., p. 165.

Court”. Em alguns estados, como, por exemplo, Nova Iorque a corte de jurisdição final é denominada de “Court of Appeals”.

Acerca do sistema de cortes de apelação nos Estados salienta William Burnham:

Judges of supreme courts are usually called “justices”, while judges of intermediate courts of appeal and trial courts are called “judges”. Appellate courts have no jury or other nonlawyer members. When meeting to hear and decide cases, intermediate appellate courts have three judges while supreme courts usually number five, seven or nine justices¹².

Desse modo, acerca da estrutura dual do sistema judicial nos Estados Unidos afirma Roy Mersky E Donald J. Dunn:

There are some matters over which a state or federal court has exclusive jurisdiction and some matters over which a state court has concurrent jurisdiction with the federal courts. Federal courts can, in some instances, decide questions of state law; state law can, in some instances, decide questions of federal law. For both the beginning law student and the experienced attorney, it can be difficult to determine which matters are questions of federal law, which are questions of state law, and which can be subjects for both¹³.

Nesse sentido, assinaladas as premissas de como funciona o sistema judicial norte-americano, passa-se a fazer uma breve descrição acerca do *common law* no direito americano.

2 DO COMMON LAW

2.1 CONCEITO E DISTINÇÃO DO CIVIL LAW

A Common Law provém do direito inglês não escrito que se desenvolveu a partir do século XII. É a lei ‘feita pelo juiz’, onde a primeira fonte do direito é a jurisprudência. Elaborados por indução, os conceitos jurídicos emergem e evoluem ao longo do tempo, sendo

¹² BURNHAM, op. cit., p. 167.

¹³ MERKY, Roy M; DUNN, Donald J. *Legal Research Illustrated. An Abridgment of Fundamentals of Legal Research*. 8. ed. Foundation Press: New York, 2002, p.4.

construídos pelo amálgama de inúmeros casos que, juntos, delimitam os campos de aplicação.

Teve sua origem na Inglaterra, tendo se expandido para vários outros países, dentre eles, os Estados Unidos, a Áustria, Canadá, Índia, dentre outros. Acerca do *common law*:

The core of the common law, on the other hand, was essentially created by judges, as they decided actual cases. The common law grew, shifted, evolved, changed prismatically, over the years, as it confronted real litigants, and real situations. But as result, it became hard to find and to indentify “the law”. The common law was, in a way, everywhere and nowhere – it was an abstraction, scattered among thousands of pages of case reports. It was not, in short, package for export.¹⁴

Trata-se, pois, de um sistema marcado pela influência cultural sobre os temas postos em discussão, refletindo, assim, a construção paulatina de entendimentos jurisprudenciais.

Os Estados Unidos adotou o que se convencionou chamar de *Common Law* mista, enquanto a Inglaterra teria uma *Common Law* pura. A exata definição do termo pode ser tarefa difícil. No entanto, o que define melhor o sistema são suas características, imprescindíveis para a compreensão do instituto.

A base do instituto são os precedentes (*doctrine of stare decisis* ou *doctrine of precedent* originalmente), ou seja, o direito criado pelo juiz (*judge-made law*) no momento em que um caso concreto lhe é submetido.

O que caracteriza os Estados Unidos como *Common Law* mista é a importância da Constituição Federal e dos estatutos. O *judge-made law*, criado pelo juiz, opõe-se ao *Statute Law*, criado pelo legislador (na acepção norte-americana para legislador, que compreende tanto o poder legislativo, como o executivo e o judiciário). Há uma predominância do primeiro sobre o segundo, o que não ocorre na Inglaterra, por exemplo.

O termo *Statute Law* abrange os tratados internacionais, a Constituição, as leis ordinárias federais e estaduais, códigos, dentre outros textos normativos. Tem por função complementar as lacunas deixadas pelos precedentes. Em suma, os EUA têm estatutos e códigos (inclusive a nível federal, como o UCC, Unified Comercial Code), mas mantém como fonte primordial o estudo dos casos, dos precedentes e, só num segundo momento, é que se recorre à lei escrita.

14 FRIEDMAN, Lawrence. *Law in America: a short story*. New York: A Modern Library, 2002. p. 8.

Em sentido diametralmente oposto, encontra-se o sistema do civil law. Tendo origem na tradição jurídica da Europa Continental, especialmente, no sistema romano-germânico é o sistema que atualmente domina o mundo. Baseia-se primordialmente nos textos codificados, os quais estabelecem as regras do ordenamento jurídico, conceitos básicos e doutrina, não tendo, teoricamente, os juízes o poder para acrescentar ou suprimir a lei.

Embora os países que adotam a Civil Law se autoproclamem herdeiros do sistema romano, talvez por reflexos tardios da “Escola histórica” surgida na Alemanha do século XIX e cuja tese central era a de um direito alemão como evolução consolidada do direito romano e, posteriormente, do direito existente no sacro-império romano-germânico, uma análise histórica prova que a realidade não é tão simples. A Civil Law remete mais ao direito romano imperial, legalista e codificado, resgatado por volta do século XII com os estudos do *Corpus Iuris Civilis*. De outro turno, a *Common Law* assemelha-se mais ao direito romano clássico, no qual o foco era o trabalho argumentativo e interpretativo.

Interessante constatação é que nos Estados Unidos, existe um único Estado que não adota a *common law*: a Louisiana. Guido Soares, ao afirmar que os EUA adotam um sistema misto, leciona:

Os EUA, salvo o Estado de Louisiana, são considerados um sistema misto, conquanto pertencente à *Common Law* (e a Escócia, Israel, África do Sul e Filipinas, países de sistema misto, pertencentes à família romano-germânica). Nos EUA, as antigas possessões espanholas, como a Califórnia e o Texas, embora reflitam, em alguns aspectos dos direitos de família, algo das leis dos antigos colonizadores, certamente são do sistema da *common law*; a Louisiana, contudo, dentro dos EUA, é o único Estado da Federação que se conservou fiel aos primeiros colonizadores franceses e espanhóis, uma vez que pertence à família dos direitos romano-germânicos¹⁵.

Contextualizado o sistema do *common law* no presente artigo, passa-se a discorrer acerca da doutrina que alicerça o sistema: a doutrina do precedente.

2.2 ALICERCE: TEORIA DO PRECEDENTE (STARE DECISIS)

15 SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

Para que o operador do Direito possa compreender o sistema anglo-saxônico de justiça, (*o Common Law*), é preciso esclarecer que a doutrina do precedente sempre foi o norte do sistema americano.

Trata-se do instituto que vincula as decisões proferidas nos tribunais das instâncias superiores pelos inferiores nos casos futuros que a mesma matéria for analisada. Contudo, as decisões proferidas em 1º grau de jurisdição não detém o poder de vincular. São aquelas advindas das cortes de segunda instância que tem o condão de vincular as cortes inferiores e a própria corte que profere a decisão.

Acerca do assunto, disserta Cazetta:

Em todos os países do *common law*, tal como ocorre entre nós, a função dos órgãos jurisdicionais de primeira instância é aplicar normas e resolver controvérsias. Mas nos Estados Unidos e na Inglaterra a teoria jurídica admite que os Tribunais dotados de uma competência recursal cumpram ordinariamente, duas funções distintas: a) julgam e, se isso for necessário, b) criam normas gerais e dotadas de abstração, i.e. passíveis de sucessivas aplicações a todos, sempre que se repitam hipóteses similares às dos fatos principais da causa¹⁶.

Nesse sentido, o precedente tem papel importante em duas situações distintas neste sistema: O da criação de nova norma e da interpretação de norma em vigor. Assim, os juízes inseridos dentro do sistema da *common law*, de certa forma, detém uma responsabilidade social qualificada, na medida em que, na hora de proferir a decisão, toda a cautela é necessária, uma vez que a solução do caso analisado será utilizada para todos os casos subsequentes.

Na lição do Professor Cole:

The legal rule used by an appellate court in the fórum in which the case has been decided, applied to the relevant facts which create the issue before the court for decision. Stare decisis is the policy which requires that the courts subordinate to the appellate court establishing the precedent follow that precedent and not 'disturb a settled point.'¹⁷

16 CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *A ineficácia do precedente no Sistema Brasileiro de Jurisdição Constitucional (1891-1993): Contribuição ao Estudo do Efeito Vinculante*. 2004. 201 f. (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004. p. 73.

17 COLE, Charles. *Comparative constitutional law: Brazil and the United States*. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008. p. 14.

Uma vez estabelecido o precedente, este só poderá ser modificado ou revogado pela corte originária ou hierarquicamente superior. Saliente-se que é muito raro que um precedente seja modificado por completo, podendo haver apenas pequenos ajustes, necessários para a adaptação à realidade existente.

Ainda acerca da teoria do precedente faz-se importante destacar que a doutrina nos informa que o *stare decisis* é visto sob dois prismas:

- a horizontal;
- b vertical.

O prisma horizontal caracteriza-se pela vinculação do tribunal às suas próprias decisões, ou seja, ao analisar determinado caso concreto, um tribunal americano deverá observar as semelhanças factuais e jurídicas com os seus precedentes, estando seu ponto de partida da análise do novo caso vinculado pelas decisões anteriores.

Sob o prisma vertical entende-se a vinculação das cortes inferiores em relação aos precedentes das cortes superiores, desde que estejam localizadas na mesma jurisdição. Desse modo, não apenas a hierarquia é suficiente para caracterizar a dimensão horizontal da doutrina do *stare decisis*. A jurisdição também é fator importante para determinar essa vinculação.

Acerca do tema, relata Carminker:

The duty to obey hierarchical precedent tracks the path of review followed by a particular case as it moves up the three federal judicial triers: A court must follow the precedents established by the court(s) directly above it. District courts must follow both Supreme Court decisions and those issued by whichever court of appeals has revisory jurisdiction over its decisions, and courts of appeals must heed Supreme Court decisions. However, a court can ignore precedents established by other courts so long as they lack revisory jurisdiction over it. Thus, a circuit court of appeals is not bound by decisions of coordinate circuit courts of appeals, and a district court judge may ignore the decisions of 'foreign' courts or appeals as well as other district court judges, even within the same district.¹⁸

18 CARMINKER, Evan H. *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?* Stanford Law Review, Stanford, CA, v. 46. p.817-873

Assim, uma “district court” deve obedecer tanto às decisões da corte de apelação de sua jurisdição, como as decisões proferidas pela Suprema Corte. Não está vinculada a nenhuma outra decisão de outra “district court” ainda que do mesmo “circuit” e nem tampouco a nenhuma decisão proferida por uma corte de apelação que não seja do seu distrito.

Importa destacar aqui, neste ponto, que os precedentes podem ou não ser de observância obrigatória. Ou seja, existem precedentes que são de observância obrigatória pelas cortes e outros que servem apenas para persuadir o magistrado em determinado caso. São os denominados “binding authority” e “persuasive authority”.

Esclarece Seroussi¹⁹:

Os *binding precedents*, cuja autoridade é total, implicam: o respeito de um tribunal às suas próprias decisões; o respeito às decisões das jurisdições superiores pelos tribunais inferiores da mesma alçada; o respeito pelos juízos do Estado, em matéria de direito federal, às decisões judiciárias que emanam das jurisdições federais. Os *persuasive precedents* só têm autoridade reduzida, secundária, situando-se mais no plano da moral: um tribunal pode não seguir uma decisão tomada por um juízo que lhe é inferior; um tribunal de um Estado tem o direito de não seguir a decisão tomada por um tribunal de categoria equivalente que pertence a um outro Estado.

Desse modo, uma decisão só é vinculante para uma corte se entre ela e o tribunal que proferiu a decisão existir a dimensão vertical ou a dimensão horizontal da teoria do precedente (*binding authority*). Não sendo vinculante, a decisão serve apenas para ajudar a convencer o juiz a proferir sua decisão (*persuasive authority*).

Contudo, é preciso esclarecer que a teoria do precedente não visa uma rigidez do sistema no sentido de cercear a capacidade de decisão do magistrado de instância inferior. Em verdade busca a unidade do sistema judicial alicerçada numa gama de princípios desenvolvidos pelas cortes superiores para solucionar casos semelhantes.

Sobre o assunto, sintetiza Jonh P. Dawson:

Significa que uma Corte não pode julgar um caso obedecendo à tendência do momento, sem primeiramente agir em coerência com as decisões judiciais, que antecederam aquele caso. Assim, pois, uma decisão do passado, cujas razões foram expostas, deve ser aplicada

19 SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2001. p. 110.

em casos similares e futuros onde caibam as mesmas razões, e somente novas e persuasivas razões poderão ditar uma decisão que não seja similar às decisões antecedentes. Parece-nos ser este um meio de evitar arbitrariedades, que deve ser um dos principais objetivos de todo o sistema jurídico²⁰.

A doutrina aponta quatro qualidades do sistema de precedentes adotado pelo Direito Norte-Americano:

- a igualdade;
- b previsibilidade;
- c Economia;
- d Respeito.

A igualdade advém da necessidade de dar a cada caso semelhante a mesma solução, de modo a evitar injustiças.

Acerca da Previsibilidade relata Frederick Schauer:

Quando um julgador tem de decidir um caso da mesma forma que decidiu uma lide anterior, as partes poderão prever o que acontecerá no futuro com mais facilidade. A habilidade de prever o que um juiz fará ajuda-nos a melhor planejar nossas vidas, ter uma certa tranquilidade e a evitar a paralisia causada pelo desconhecido.²¹

Nada mais é do que a capacidade de antever a decisão que será tomada pela corte antes mesmo de ser proferida. Isso permite ao advogado ou consultor melhor aconselhamento aos seus clientes, evitando a instauração de lides desnecessárias.

O terceiro elemento qualitativo do uso da teoria do precedente dos EUA é a economia. Significa que a aplicação do precedente gera uma economia de tempo e energia para as cortes e numa prestação jurisdicional rápida e menos onerosa para as partes litigantes.

O último elemento é o respeito. O respeito por decisões anteriores além de gerar um reconhecimento dos juízes pela sabedoria

20 DAWSON, John P. *As Funções do Juiz*. In Aspectos do Direito Americano, Forense: Rio de Janeiro, 1963. p. 25-26.

21 SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, Stanford, CA, v.39. p.597. Feb., 1987.

e experiência dos magistrados mais antigos, também demonstra um sistema judiciário forte e alheio a pressões políticas que poderiam influenciar na decisão do magistrado.

A interação entre esses quatro elementos mantém a teoria do precedente como norte do sistema do *common law*, influenciando o sistema americano desde a formação do Estado.

Por fim, não se pode perder de vista que é a partir da distinção entre os casos analisados, ou seja, entre o precedente e o caso concreto analisado que é concedido ao magistrado o direito de afastar o precedente e criar direito novo a ser aplicado a um novo conjunto de fatos. É sobre as técnicas para afastar a teoria do precedente que iremos abordar agora.

3 DAS TÉCNICAS UTILIZADAS PARA AFASTAR O USO DO PRECEDENTE

Como já relatado no direito americano o direito não é intocável. Ao contrário, o direito tende a uma progressiva flexibilização, demonstrando, assim, que a eficácia de uma jurisprudência, seja vinculativa ou persuasiva, não é uma norma absoluta e estática. A teoria do precedente caracteriza-se pela necessidade de seguir uma decisão que já foi dada anteriormente a um caso semelhante, levando-se em conta também a hierarquia existente entre as cortes, conforme já referenciado ao longo do texto.

Essa regra decorrente da adoção da *common law* nunca se desvincula dos casos concretos que a originaram, sendo justamente as circunstâncias que rodeiam o caso posto que servem para identificar os casos já analisados. Por isso, advém a idéia de igualdade, característica da teoria do *stare decisis*, donde se extrai que a pesquisa jurisprudencial deve buscar semelhanças em outros casos já decididos de modo que a decisão a ser tomada será a mesma. Desse modo, somente diante de situações fáticas basicamente idênticas é que se poderá aplicar a mesma regra jurídica. Esse é o princípio maior da teoria do precedente.

No entanto, não se trata de uma teoria absoluta. É possível que o magistrado, diante de um caso concreto e cotejando o precedente, verifique distinções que o levem a afastar o precedente e criar novo direito. Ele mesmo ou o tribunal inferior pode deixar de aplicar o precedente se existir alguma situação que caracteriza o novo caso como caso diverso daquele analisado no precedente (*distinguishing*). O precedente também pode ser afastado pelo juiz ou tribunal quando ele se encontra desgastado pelo tempo ou quando a sua observância provocará uma decisão injusta (*overruling*). É sobre essas técnicas que abordaremos no tópico seguinte.

3.1 DISTINGUISHING:

O doutrinador Rodolfo de Camargo Mancuso citando o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, define *distinguishing* como sendo “a prática utilizada pelos tribunais para fundamentar a não aplicação do precedente a determinado caso”²².

Como visto, a regra geral é que o magistrado deve ao analisar um caso concreto verificar se há semelhanças com casos anteriores, de forma que se houver semelhança, o precedente deverá ser utilizado.

Todavia, se não houver essa identidade de questões e a similaridade de fatos, o magistrado estará diante de situação em que poderá afastar o precedente, fazendo uso da técnica do *distinguishing*²³.

A importância da utilização desta técnica reside na necessidade de evolução do direito, permitindo, assim, que o magistrado, diante de casos concretos distintos, tenha o poder de solucionar o caso de maneira diversa, obviamente, se não houver identidade de fatos e similaridade de questões. Com isso, o juiz atua com dinamismo e evolução do direito, criando novas regras para solucionar novas situações.

Acerca do *distinguishing* relata FARNSWORTH²⁴:

É o *distinguishing* ferramenta útil nas mãos do juiz. Senão vejamos: Se uma corte, ao analisar um precedente (visando sua potencial aplicação em um novo caso) concluir ser interessante aplicar ao caso em análise o princípio jurídico desenvolvido na decisão anterior, ela interpretará o precedente (seu holding) da maneira mais geral possível, tratando as diferenças factuais entre os dois casos como irrelevantes. Porém, se ao juiz não parecer coerente a aplicação de uma regra imposta por um precedente, ele tende a analisar o novo caso tratando como relevantes as diferenças entre ele e o precedente, restringindo ao máximo a aplicação do último, mesmo se a intenção da corte que o proferiu fora de aplicação ampla.

Nesse esteio não é a prática do *distinguishing* de aplicação remota. Ela ocorre de forma contumaz, uma vez que a técnica de cotejo entre o caso posto em análise e o precedente é a primeira fase da decisão de um

22 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999. p. 172.

23 DISTINGUISH. To note a significant factual, procedural, or legal difference in(na earlier case), usually to minimize the case's precedential effect or to show that it is inapplicable

24 FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*. 3. ed. Oceana Publications Inc: New York, 1996. p. 56.

magistrado no direito norte-americano. De modo que, se houver qualquer elemento de distinção o precedente será afastado e o magistrado estará autorizado a buscar uma nova solução, criando novo direito.

Podemos citar exemplos da prática do *distinguishing*.

No direito norte-americano encontramos o caso *Rasul v. Bush*, decidido em 2004. Naquela situação a Suprema Corte decidiu por distinguir o citado caso daquele decidido em 1950 no *leading case* *Eisenrager*. Ambos os casos tratam de questões ligadas ao pedido de *Habeas Corpus* em cortes americanas feitos por estrangeiros presos sob a custódia de americanos.

O caso *Rasul v. Bush* teve como contexto factual a guerra do Afeganistão desencadeada após os atentados de 11 de setembro de 2001. Durante o confronto, 14 cidadãos foram capturados, sendo 2 australianos e 12 kuaitianos sob o argumento de que estavam combatendo forças americanas no exterior. Ficaram detidos na Base Naval de Guatánamo em Cuba que, em verdade, é arrendado aos Estados Unidos, que detém a jurisdição sob o território. Em seguida, impetraram *Habeas Corpus* na District Court e após na Court of Appeals obtendo resposta negativa sob o argumento de que o precedente *Eisenrager* se aplicaria ao caso.

A Suprema Corte, após analisar e cotejar as decisões decidiu por afastar o *leading case Eisenrager* e adotar posição diametralmente oposta, concedendo o direito aos prisioneiros de ver seu *Habeas Corpus* analisado pelas Cortes Americanas:

Os requerentes, neste caso, diferenciam-se em importantes aspectos dos detentos em *Eisenrager*: Não são eles nacionais de países em guerra com os Estados Unidos e negam a participação ou autoria de atos de agressão contra os Estados Unidos; nunca tiveram acesso a nenhum tribunal, como também não foram acusados formalmente e nem condenados por nenhum ato criminoso e, por mais de dois anos, encontram-se presos em território no qual os Estados Unidos detêm exclusivo controle e jurisdição (124 S. Ct. 2686, p. 2693, tradução livre)

No direito brasileiro, um caso que pode ser considerado um *distinguishing* é o relatado na Reclamação nº 3626/PE. Trata-se de situação em que se questiona se órgão fracionário de corte estadual teria competência para instaurar processo administrativo disciplinar. Na decisão entendeu o Supremo Tribunal Federal:

[...] Mas, inconsistente no mérito. Só se torna lícito falar em afronta à eficácia vinculante da ratio decidendi de decisão proferida por esta Corte,

no bojo de ADI ou ADC, nos casos em que o provimento jurisdicional ou administrativo impugnado verse a mesma questão jurídica, decidida em sentido contraditório ao teor do aresto invocado como paradigma. É preciso que a matéria de direito debatida no pronunciamento, cuja autoridade se alega ofendida, seja em tudo semelhante, senão idêntica, àquela sobre a qual se funda a decisão que teria desembocado em conclusão oposta. De outra forma, distintas as situações, não se justifica nem legítima a imposição da eficácia vinculante para além dos limites objetivos e subjetivos da ação em que se exerceu controle concentrado de constitucionalidade. No caso, a Corte decidiu, na *ADI nº 2.580*, que o processo administrativo disciplinar contra magistrado não poderia ter a condução nem o julgamento cometidos a Conselho Superior da Magistratura, sob pena de se subtrair ao Tribunal de Justiça a competência estabelecida no art. 93, inc. X, da *Constituição Federal*. Situação diferente, na essência, é o objeto da decisão reclamada, em que a instauração do processo disciplinar foi determinada pela Corte Especial do Tribunal de Justiça (fls. 955 e ss.). Ora, a essa hipótese aplica-se a previsão do art. 93, inc. XI, da *Constituição* da República, verbis: "nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno". Ve-se, assim, que o acórdão, cuja eficácia vinculante é tida pelo reclamante como vulnerada pela decisão local, tratou de situação substancialmente diversa. [...]

De ver-se, pois que, tanto no direito americano como no direito brasileiro a prática do *distinguishing* é usualmente utilizada, tanto como forma de criar direito novo, quanto como meio de evitar o engessamento das decisões.

3.2 OVERRULING:

Situação distinta daquela que confronta o precedente (*distinguishing*) é a sua superação pelo juiz ou tribunal. É o que chamamos de *Overruling*. Em comparação com a primeira técnica, não observamos tanta habitualidade em sua utilização, já que a revogação de precedentes não é tarefa tão comum. Seu caráter não-usual é justificado em razão da necessidade de manutenção da segurança jurídica. Ou seja, não é razoável que uma corte adote determinado entendimento e poucos meses depois altere sua posição, situação que enseja insegurança e incertezas jurídicas.

Nos dizeres do Ministro Gilmar Mendes *Overruling* nada mais é do que “a superação de determinado entendimento jurisprudencial mediante a fixação de outra orientação”.

Desse modo, a partir desse conceito podemos extrair que a dimensão horizontal da doutrina do *stare decisis* não é absoluta, podendo, assim, haver superação de precedentes antigos seja por não se mostrarem compatíveis com a evolução social, dos costumes, tecnológica ou mesmo em razão de não ter havido uma aceitação pelas cortes inferiores da sua adoção nos casos concretos.

As técnicas até então aqui analisadas, em verdade, tem o condão de “alterar” o entendimento jurídico sobre determinado fato, evitando o engessamento do Poder Judiciário e buscando uma convivência harmônica entre a previsibilidade do direito (segurança jurídica) e a evolução do sistema jurídico.

Contudo, somente algumas ocorrências fazem com que uma corte e/ou tribunal volte a analisar um precedente já proferido. Uma dessas ocorrências dizem respeito a não-utilização do precedente pelas cortes inferiores, conforme já ressaltado anteriormente. Tal fato ocorre seja porque o precedente não condiz com a realidade, seja porque se encontra com fundamentação falha.

Trata-se, na verdade, de técnica por meio do qual o precedente perde seu caráter vinculativo, em que o tribunal adota nova orientação abandonando a antiga. Configura-se uma verdadeira revogação de entendimento, assim como ocorre com a revogação de leis. Portanto, para que ocorra, há necessidade de uma robusta fundamentação, com utilização de argumentos até então não utilizados e justificativa da necessidade de superação.

Sobre o *overruling* discorre Celso de Albuquerque Silva²⁵:

Modernamente, a modificação da doutrina vinculante é vista como um aprimoramento do pensamento jurídico passado para adequá-lo ao desenvolvimento social. Dentro dessa ótica, a invalidação parcial ou total de uma doutrina vinculante é considerada como um instrumental intrasistêmico para assegurar a necessária flexibilidade ao ordenamento jurídico.

Exemplo de *overruling* praticado no Brasil ocorre quando há revogação de súmulas vinculantes pelo STF ou quando as mesmas caem em desuso. Outro exemplo que podemos citar é a alteração de posicionamento

25 SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

a respeito da necessidade de recolhimento à prisão como requisito para o conhecimento da apelação criminal. Tal posicionamento restou sufragado através das súmulas 9 e 347 do Superior Tribunal de Justiça.

Nos Estados Unidos exemplo da técnica do *Overruling* pode ser observada na análise do caso *Roper v. Simmons*. No citado caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu por revogar um antigo precedente (Stanford) que permitia a aplicação da pena de morte a menores de 18(dezoito) anos. Explique-se.

Em 1989 a Suprema Corte dos EUA, após apreciar o caso Stanford concluiu pela constitucionalidade da pena de morte para jovens menores de 18(dezoito) anos à época do delito. Naquela ocasião, a Suprema Corte, ao apreciar a questão, baseou-se na evolução comportamental da época consubstanciada na constatação de que 22 dos 37 estados americanos permitiam a execução de criminosos menores de 18 anos.

Quatro anos mais tarde, Christopher Simmons (*Roper v. Simmons*) cometeu assassinato no Estado do Missouri, tendo sido condenado em primeira e segunda instâncias à pena de morte, com base no precedente Stanford.

Paralelamente, a Suprema Corte dos EUA analisava o caso *Atkins v. Virginia* onde concluiu pela inconstitucionalidade da aplicação da pena de morte aos doentes mentais, ao argumento de que vários estados do País já proibiam a aplicação deste tipo de pena a pessoas portadoras de doenças mentais.

A partir dessa decisão, o caso *Simmons* foi levado à Suprema Corte dos EUA que entendeu que a pena de *Simmons* deveria ser anulada e convertida em prisão perpétua. Nessa ocasião, a Suprema Corte superou o entendimento sufragado no caso *Stanford* e fixou nova orientação consubstanciada na proibição de aplicação de pena de morte a menores de 18 anos. Tudo isso levou em consideração a evolução dos valores da sociedade americana que 14 anos depois da decisão proferida no precedente demonstrava uma certa resistência em aplicar penas dessa espécie a menores de 18 anos. Saliente-se que naquela ocasião, 30 estados proibiam a execução de menores de 18 anos e mesmo 12 estados que não a proibem expressamente têm evitado a sua aplicação.

Decidiu a Suprema Corte:

A evidência de um consenso nacional contra a aplicação da pena de morte para jovens é similar, e, em alguns pontos paralela, às evidências que *Atkins* considerou suficientes para demonstrar o consenso nacional contra a pena capital para doentes mentais. Quanto *Atkins* foi decidido, 30 estados proibiam a pena de morte para doentes mentais, sendo

que 12 destes estados proibiam a total aplicação da pena de morte, e os outros 18 a permitiam, ressalvando, porém, o não alcance desta provisão aos doentes mentais [...]. Utilizando-se caso similar no caso hoje em julgamento, sabe-se que 30 estados proíbem a pena de morte para jovens, sendo que 12 deles proíbem expressamente a aplicação da pena de morte em qualquer caso, e os outros 18 a legitimam, ressalvando, porém, a proibição da aplicação desta punição em menores de 18 anos[...]. Até mesmo nos 20 estados americanos que não proíbem formalmente a execução de menores de 18 anos essa prática é rara. Desde *Stanford v. Kentucky*, somente seis estados tem executado criminosos com menos de 18 anos à época do cometimento do crime. Nos últimos 10 anos, apenas três estados concluíram essas execuções: Oklahoma, Texas e Virgínia. (125 S. ct. 1183, p. 1192, tradução livre)

De ver-se que o *overruling* não nos parece ser prática recorrente no direito americano. A uma porque vulnera o princípio da previsibilidade das decisões corolário da teoria do precedente; a duas porque viola o princípio da segurança jurídica, não sendo razoável, como já explanado, a revogação de uma decisão pouco tempo depois de firmado o precedente.

Sendo técnica para afastar a teoria do precedente nada mais natural que demande justificativa robusta e prudência do julgador, sendo certo, por outro lado, que serve como meio de impedir o engessamento do Poder Judiciário americano.

4 CONCLUSÃO

Ao concluir este artigo, a principal idéia é a de reter que a desvinculação ao precedente pode ocorrer se destacadas razões, novas e persuasivas, autorizem o julgador a analisar a mesma questão sob prisma mais adequado e eficaz.

A teoria do precedente e sua convivência com os institutos do *distinguishing* e do *overruling* é essencial para a manutenção e harmonia do sistema do *common law*. Se por um lado, as decisões tomadas nos tribunais americanos levam em conta a observância do precedente anteriormente firmado, conjugando-se a segurança jurídica, a previsibilidade, e a economicidade, de outro verifica-se a necessidade de ultrapassar o citado precedente, seja por encontrar-se obsoleto diante da evolução social, seja por não se adequar a nova situação posta em análise.

Como visto, a aplicação do precedente leva em conta o cotejo do caso concreto posto em análise com o precedente outrora firmado pelo tribunal (dimensão vertical). A partir dessa análise, o tribunal ou juiz

poderá verificar semelhanças nas situações jurídicas postas, caso em que aplicar-se-á o precedente ou verificará que existem pontos de distinção entre eles, situação que ensejará a adoção da técnica do *distinguishing*.

Relatou-se que tal prática é mais corriqueira nos tribunais americanos, uma vez que a análise sempre parte da idéia de cotejo entre as decisões a fim de verificar se há ou não semelhanças aptas a aplicar o precedente.

Concluiu-se que, como técnica apta a afastar a doutrina do precedente, o *distinguishing* é meio utilizado para evitar o engessamento das decisões tomadas pelo julgador, proporcionando o acompanhamento das necessidades sociais e, por conseguinte, a evolução do direito.

De outro lado, também como técnica para afastar o precedente outrora firmado, também se encontra o *overruling* que nada mais é do que a revogação de um precedente antigo por novo entendimento, diante do mesmo caso.

Para isso, o julgador necessita de novos argumentos e uma nova dimensão social capaz de deixar de lado um precedente anterior. A justificativa deve ser robusta e a realidade social deve influenciar na nova decisão a ser proferida. A análise do caso Simmons bem demonstrou como funciona a aplicação da técnica do *overruling*. Como exemplo no direito pátrio citou-se a revogação das súmulas vinculantes e até mesmo a decisão do STJ que alterou o entendimento acerca da necessidade de recolhimento a prisão para conhecimento da apelação.

Todas essas situações abordadas no presente artigo nos levam a concluir que a doutrina do precedente adotada pelo direito norte-americano é prestigiada, mas comparada com a do Direito Inglês tem conotação menos rígida, na busca pela atualidade e dinamicidade do direito, utilizando-se das técnicas aqui descritas.

Nesse sentido, a jurisprudência não engessa o ordenamento jurídico norte-americano, uma vez que, diante de novas necessidade sociais, ela contribui para destacar as diferenças, num movimento dinâmico de complementaridade entre estabilidade e progresso decorrente da atividade criadora do direito dos magistrados americanos.

REFERÊNCIAS

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*. 3. ed. Oceana Publications Inc: New York, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

COLE, Charles. *Comparative constitutional law: Brazil and the United States*. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008.

CARMINKER, Evan H. *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?* Stanford Law Review, Stanford, CA, v. 46.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *A ineficácia do precedente no Sistema Brasileiro de Jurisdição Constitucional (1891-1993): Contribuição ao Estudo do Efeito Vinculante*. 2004. 201 f. (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. Minnessota. Thomson, 2006.

HAMILTON, Alexander; JAY, John e MADISON, James. *O Federalista*. 2. ed. Campinas: Russell, 2005.

Decisões da Suprema Corte Americana:

Johnson v. Eisentrager, 70 S. Ct. 936 (1950)

Atkins v. Virgínia, 122 S. Ct. 2242(2002)

Rasul v. Bush, 124 S. Ct. 2686 (2004)

Roper v. Simmons, 125 S. Ct. 1183 (2005)