
NOÇÕES GERAIS SOBRE O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO COMMON LAW

AN OVERVIEW ABOUT THE FUNCTIONING OF THE BINDING PRECEDENT SYSTEM IN COMMON LAW

Léa Émile M. Jorge de Souza

Procuradora Federal, especialista em Direito Processual Civil e

Mestranda em Direito Constitucional pela Pontifícia

Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de Precedente Judicial; 2 Natureza Jurídica do Precedente Judicial; 3 Precedentes Persuasivos X Precedentes Obrigatórios; 4 Organização Judiciária Norte americana; 4.1 Organização das cortes federais; 4.2 Organização das cortes estaduais; 5 Ratio Decidendi X Obiter Dictum; 5.1 Ratio Decidendi; 5.2 Obiter dictum; 6 Exceções À Obrigatoriedade dos Precedentes e sua Forma de Revogação; 6.1 Distinguishing; 6.2 Alterações das circunstâncias; 6.3 Decisões per incuriam; 6.4 Existência de decisões contraditórias de mesma hierarquia; 6.5 Reversal; 6.6 Overruling; 7 Eficácia Temporal da Decisão que Anuncia uma Nova Regra; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo faz uma breve análise acerca dos caracteres essenciais constitutivos de um precedente vinculante. Inicia-se fazendo uma sintética introdução acerca das origens do *common law* e do princípio do *stare decisis*. Em seguida, passa-se à análise dos elementos caracterizadores dos precedentes, abordando o seu conceito, a sua natureza jurídica e fazendo um rápido exame da organização judiciária dos Estados Unidos. Inicia-se, então, um estudo acerca do alcance da vinculatividade dos precedentes através, primeiramente, de incursões sobre a definição do que constitui a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* e, posteriormente, da apresentação das principais técnicas utilizadas na não aplicação e revogação dos precedentes. Por fim, aborda-se o tema da eficácia temporal de precedente que anuncia nova regra para, finalmente, concluir sobre a impossibilidade de uma futura aplicação da doutrina dos precedentes obrigatórios no Brasil.

ABSTRACT: The article makes a brief analysis about the essential features that constitute a binding precedent. Initiates by making a summary introduction about the origins of common law and about the principle of *stare decisis*. Then move on to the analysis of the main elements of the precedent, addressing the concept and its legal nature and, making a quick examination of the judicial organization of the United States. It starts, then, a study of the reach of the binding precedent through, at first, to raids on the definition of what constitutes the *ratio decidendi* and the *obiter dictum* and, later, by presenting the main techniques used in the non-application and overrule of the precedent. Finally, its approach the issue of the temporal efficacy of a precedent that announces a new rule to, finally, conclude about the impossibility of a further use of the binding precedent doctrine in Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: Funcionamento. Mecanismo. Alcance. Vinculatividade. Precedente. *Common law*.

KEYWORDS: Functioning. Mechanism. Reach. Binding. Precedent. Common law.

INTRODUÇÃO

Durante muitos séculos após a queda do império romano no ocidente o cenário jurídico europeu era praticamente uniforme, baseava-se em regras não escritas, na prática negocial e nos tribunais locais. Somente entre os séculos XII e XIII, em decorrência do descobrimento do *Corpus Iuris Civilis*, pode-se afirmar que houve uma ruptura entre a evolução do direito na Europa continental, especialmente na França e na Itália, e entre a evolução do direito na Inglaterra.

No século XI foi descoberto o *Corpus Iuris Civilis* que consistia em uma compilação de textos da época romana e que havia sido elaborado no século IV por determinação de Justiniano que pretendeu consolidar diversos documentos jurídicos romanos em um único *corpus*. Na realidade, esses textos não possuíam relação entre si e tratavam-se de escritos esparsos que ora retratavam o julgamento de casos, ora escritos doutrinários, ora escritos de lei. No entanto, os descobridores de tais textos os consideraram superiores ao direito então predominante e iniciaram um estudo aprofundado e sistematizado de tal documento, com a finalidade de encontrar harmonia e coerência entre esses textos, o que se deu principalmente na Itália e na França. O descobrimento desses textos coincidiu com o surgimento das universidades, o que fez com que o seu estudo acabasse ficando restrito às castas de pensadores sofisticados.

Por outro lado, na Inglaterra, já havia sido estabelecido um direito autônomo, baseado na prática cotidiana que era considerado por todos como adequada. Já existia uma centralização judiciária e uma homogeneidade da classe forense e, por tais motivos, as tentativas de iniciar estudos do *Corpus Iuris Civilis* naquela nação não tiveram muita repercussão. Ademais, acrescente-se que a Inglaterra já se consistia em um Estado unitário sob o governo de um rei (a Itália e a Alemanha eram descentralizadas, dividida em comunas e pequenos reinos) e muitos reis rejeitaram o estudo do direito romano, tendo Henrique III, inclusive, proibido o estudo das *leges*.

Assim, o sistema jurídico inglês manteve-se baseado no julgamento dos casos concretos, aplicando regras baseadas nos costumes e nas decisões dos reis ou dos juízes, que iam sendo catalogados nos *statute books*, contendo, assim, os costumes da corte. Nessa época ainda não havia obrigatoriedade em seguir os precedentes, porém, já existia uma preocupação com os julgamentos contraditórios e com a necessidade de decidir casos similares de maneira semelhante. Criou-se o hábito de catalogação das decisões judiciais que continham os argumentos das partes e as observações do juiz e que consistiam em verdadeiro

repositório de doutrina judicial e que tinha por fim auxiliar no ensino jurídico. Esses repositórios passaram a ser chamados de *year books*.

No século XVI essas compilações foram substituídas pelos *Law Reports* que foram objeto de atenção de Edward Coke, hoje considerado o fundador da doutrina dos precedentes. Este jurista empreendeu muitos esforços em sistematizar e organizar os repertórios de jurisprudência, preservando o talento dos juízes do passado e concedendo maior importância às decisões recentes. Coke tentava, ainda, classificar os precedentes, conciliando e distinguindo as decisões divergentes, o que facilitava a citação dos precedentes.

Nessa época ainda não existia qualquer obrigatoriedade em se aplicar um precedente anterior, porém, o judiciário inglês já era imbuído de uma forte tendência em se combater os julgamentos contraditórios e em se escolher proferir solução semelhante para casos similares. Essa tendência de aplicação dos precedentes decorria do entendimento de que deveria ser conferida à população previsibilidade (*predictability*), igualdade (*equality*), consistência (*consistency*) e estabilidade (*stability*). Somente a partir do século XIX, no julgamento *Beamish v. Beamish*, quando a *House of Lords* estabeleceu que estaria obrigada a seguir suas próprias decisões, ficou reconhecida a eficácia vinculante do precedente judicial.

O *Common law*, que teve sua origem na Inglaterra, irradiou-se para boa parte de suas colônias, sendo que, hoje, os dois maiores representantes desse sistema são o próprio Reino Unido, que o mantém em uma versão mais rígida, e os Estados Unidos que possuem um *common law* mais flexível. A expressão *common law* pode ser traduzida como “direito comum” e é justamente isso que esse sistema sempre representou: um direito baseado nas regras do homem comum, ou seja, baseada nos costumes e que considera os casos concretos como fonte do direito. Pode-se, assim, afirmar que a construção do *common law* se deu a partir de uma noção de Direito através dos tempos, dos costumes consolidados, como sendo um exemplo vivo da idéia histórica de Direito.

Para os estudiosos do Direito, egressos de países que adotaram o sistema proveniente do *civil law*, não há muita dificuldade em entender a lógica da doutrina dos precedentes, no entanto, levanta muita dificuldade a compreensão da sistemática de funcionamento e operacionalização deste sistema no dia-a-dia dos juristas dos países de *common law*, já que a lógica da tomada de decisões acaba seguindo uma ordem inversa à da que é utilizada onde se adotou o sistema legalista.

Assim, o propósito do presente estudo é lançar um pouco de luz aos mecanismos que envolvem a tomada de decisões com base no respeito ao *stare decisis*, com vistas a uma melhor assimilação desse sistema alienígena

que tanta influência vem exercendo sobre as constantes reformas no ordenamento brasileiro, especialmente, no que tange ao processo civil.

1. CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL

À princípio, poder-se-ia afirmar que toda decisão judicial constitui um precedente. No entanto, o conceito de precedente judicial, na realidade, depende da sua análise dentro de determinado sistema jurídico. A conceituação de tal instituto será diferente se estiver-se tratando de sistemas de *civil law* ou de *common law*.

Como o presente estudo interessa-se por analisar os precedentes obrigatórios dentro dos países de *common law*, pode-se, portanto, afirmar que os precedentes judiciais seriam aquelas decisões tomadas por cortes hierarquicamente superiores (e no caso americano, de mesma jurisdição) que possuem autoridade vinculante aos demais integrantes do judiciário. Nesse sentido:

Em Nova York, a palavra “precedente” é utilizada das mais diversas maneiras, porém quando usada de forma estrita, precedente significa decisões obrigatórias de cortes superiores e da mesma jurisdição, assim como decisões da própria Corte de Apelação. As cortes, geralmente conferem a tais precedentes valor de decisão obrigatória, especialmente, em matérias de *common law*, tais como contratos, responsabilidade civil e propriedade.¹

Luiz Guilherme Marinoni extrapola a caracterização do precedente com base em seu aspecto formal (vinculatividade da decisão) e vai analisar o conteúdo material de uma decisão que deve ser considerada precedente, afirmando:

Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito ou se limitar a afirmar a letra da lei, como pode estar apenas reafirmando o precedente. Outrossim, um precedente requer a análise dos principais

1 “In New York, the word ‘precedent’ is used in a variety of ways, but when used most strictly, precedent means binding decisions of higher courts of the same jurisdiction as well the decisions of the same appellate court. Courts generally accord such precedent decisive authority value, especially in common law areas, such as contract, torts, and property.” in SUMMERS, Robert S. Precedent in United States (New York State). In: MaCCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S (eds.). Interpreting Precedents: a Comparative Study. Sudbury, MA: Dartmouth Publishing Company, 1997. p.355.

argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado.

Nesta dimensão, fica claro que um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo. Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina.²

Com base nas lições de Luiz Guilherme Marinoni, pode-se conceituar precedente como sendo aquelas decisões acerca de matéria de direito que se firmam como paradigmas para a orientação do jurisdicionado e dos magistrados ao consolidar os contornos de determinada tese jurídica, sendo, nos países de *common law*, vinculantes para os demais órgãos do judiciário a depender da hierarquia ou da jurisdição na qual foi prolatada.

2 NATUREZA JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Como já visto, a origem do *common law* decorreu na necessidade de solução pelas *King's Courts* dos litígios que aconteciam em uma sociedade desprovida de tradição legislativa. Daí porque o juiz tinha a função de determinar qual seria a lei do caso concreto, sendo que essa regra estabelecida deveria ser respeitada em controvérsias posteriores, fazendo surgir a lei do caso concreto (*case-law*).

Com a evolução do pensamento jurídico e o aparecimento de diversas escolas que passaram a tentar explicar o que era o direito e a sua origem, tais como a escola do direito natural, escola positivista, escola histórica, escola sociológica americana, escola do realismo jurídico etc, surgiram debates em torno da natureza jurídica do precedente judicial se declaratória ou constitutiva.

Aqueles defensores da natureza declaratória afirmam que o precedente judicial não cria Direito, o Direito preexiste e é independente de decisão judicial. O trabalho do juiz é descobrir ou revelar o que é o direito, seja através da análise dos costumes, de princípios de direito natural, da razão ou até mesmo da lei. Ensina Benjamin Cardozo:

A teoria dos escritores antigos era de que os juízes não legislavam de maneira alguma. Uma norma preexistente estava lá, encravada,

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 94-95.

secretamente, no corpo do Direito consuetudinário. Tudo o que os juízes faziam era retirar as vendas, e expor a lei a nossa visão.³

Já os defensores da natureza constitutiva ensinam que a decisão judicial efetivamente cria Direito (*judge make law*). Nesse sentido, Victoria Sesma, citada por Marcelo Alves Souza:

Segundo Sesma, autores como Gray, Holmes, Cardozo, Pound e Salmond, assinalam que é uma ficção pueril conceber o Direito como existente independentemente e antes das decisões judiciais; ao contrário, defendem que o *common law* não está constituído por costumes imemoriais, mas, sim, pelas normas criadas pelos juízes ao decidirem os casos concretos submetidos a sua consideração. GRAY faz uma profunda análise crítica das teses defendidas por CARTER e BLACKSTONE. Pare ele, a tese declaratória há que ser entendida como uma resistência de juízes e juristas em reconhecerem o fato de que os tribunais, com o consentimento do Estado, têm aplicado, na tomada de decisões, normas que não preexistiam e que, em consequência, não podiam ser conhecidas pelas partes quando teve lugar a controvérsia. Trata-se – diz GRAY – da resistência frente ao fato certo de que os tribunais estão criando continuamente Direito *ex post facto*.⁴

Com certeza o reconhecimento da natureza constitutiva do precedente judicial traz consigo dois problemas de difícil solução: a ofensa ao princípio da separação de poderes⁵ e a surpresa que uma decisão pode causar uma decisão criadora do Direito que incidirá sobre uma situação jurídica ocorrida anteriormente, assim, as pessoas não têm como saber com antecedência as consequências legais de sua conduta.

3 “The theory of the old writers was that judge did not legislate at all. A pre-existing rule was there, imbedded, if concealed, in the body of the customary law. All that the judges did was throw off wrappings, and expose the statute to our view” in CARDOZO, Benjamin N. The nature of judicial process. Digital (Kindle) ed. New Orleans: Quid Pro Law Books, 2010. p.79.

4 SESMA, Victoria Iturralde *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 44.

5 Interessante notar, neste ponto, na Inglaterra, a Câmara dos Lords (*House of Lords*), órgão integrante do Legislativo, exercia função jurisdicional ao analisar em última instância dos recursos contra as decisões da Corte de Apelação (*Court of Appeal*) e exercia a função de corte de primeira instância para o julgamento de seus pares. As funções judiciais da Câmara dos Lords foram sendo suprimidas ao longo do tempo até que, em 2009, foi criada a Suprema Corte do Reino Unido que assumiu as funções de corte de última instância do reino. Assim, curiosamente, um órgão integrante do parlamento exercia funções jurisdicionais e dava a última palavra acerca do que seria a lei em determinados casos, o que favorecia o mecanismo de correção das decisões judiciais por meio da edição de lei pelo parlamento.

Nos dizeres do Bentham, citado por Rupert Cross e J. W. Harris, ao comentar a criação do Direito pelos juízes:

Você sabe como eles fazem? Apenas como um homem faz leis para o seu cão. Quando o seu cão faz algo você quer quebrá-lo, você espera até que ele faça e bate nele. Esse é o modo como você faz leis para o seu cachorro, e esse é o modo como os juízes fazem as leis para você e para mim.⁶

Rupert Cross e J. W. Harris apontam, ainda, que do ponto de vista histórico a natureza declaratória do precedente é verdadeira, já que juízes medievais obrigavam-se a dar cumprimento aos usos e costumes contemporâneos, porém, por outro lado, os autores consideram que, do ponto de vista analítico, essa teoria é inconsistente com as regras correntes relativas ao precedente, posto que se a decisão apenas evidencia o que a lei é, essa decisão jamais poderia ser anulada (por outra decisão ou por ato do parlamento), posto que um juiz subsequente poderia sempre dar valor a tal decisão. Porém, os autores continuam aduzindo três principais motivos pelos quais a teoria declaratória persiste mesmo após a moderna doutrina inglesa tomar forma: a crença na separação dos poderes, visto que a legislação pelo judiciário é reprovada por todos; o fato de que o juiz irá fazer lei sempre com efeitos retroativos e, em terceiro lugar, a teoria declaratória permanece nos dias de hoje de uma maneira renovada, visto que quando os juízes se confrontam com uma nova questão, eles tendem a justificar sua decisão como sendo prevista na *common law*.⁷

Apesar de o princípio da legalidade parecer um problema intransponível para os defensores da teoria constitutiva, o fato é que nos países de *common law* a retroatividade do direito é majoritariamente aceita, ademais, há autores que defendem que não se deve prestar “reverência religiosa” ao princípio da separação de poderes⁸.

3 PRECEDENTES PERSUASIVOS X PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Os precedentes dividem-se em obrigatórios ou persuasivos a depender da autoridade que os mesmos possuem no sentido de vincular sua observância nos casos posteriores.

6 “Do you know how they make it? Just as a man makes law for his dog. When your dog does anything you want to break him off, you wait till he does and then beat him. This is the way you make laws for your dog, and this is the way the judges make law for you and me.” In CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1991. p. 31.

7 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Idem*, p. 30.

8 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Idem*, p. 48.

Os precedentes ditos persuasivos são aqueles que, inobstante a necessidade de sua observância, deverão vir acompanhados de outras argumentações que demonstrem a necessidade de sua observância, ou seja, tais precedentes não obrigam a tomada de decisão em um determinado sentido, mas servem como argumentação favorável e aditiva à tomada de posição do juiz. Não há, portanto, obrigatoriedade em seguir um precedente persuasivo, mas o juiz irá segui-lo por estar convencido de sua correção ou, ainda, em decorrência de outros fatores, tais como a hierarquia da corte que o proferiu, o prestígio do juiz condutor da decisão, a possível unanimidade da decisão, a existência de vários argumentos favoráveis etc.

Por outro lado, os precedentes obrigatórios são aqueles que devem ser seguidos por si só, independentemente da existência de outras argumentações jurídicas que levem à mesma conclusão do precedente. Os precedentes obrigatórios possuem uma força vinculante absoluta, tal qual a lei possui nos países de *civil law*. Um precedente obrigatório não pode deixar de ser aplicado, salvo se o juiz demonstrar que o caso diante de si é diferente do caso paradigma de onde emanou o precedente (*distinguishing*) ou se o precedente for anulado (*overruling*) ou, ainda, se for demonstrado que o precedente não mais se adéqua às condições sociais modernas, ou seja, se o precedente for superado pela evolução da sociedade.

Existem três regras básicas chamadas de *rules of precedent* e que dão os contornos das principais características da doutrina do *stare decisis*:

São elas o respeito devido a uma decisão única de uma corte superior, o fato de que uma decisão de determinada corte é um precedente persuasivo mesmo com relação às cortes superiores àquela da qual emanou a decisão, e o fato de que uma única decisão é sempre precedente obrigatório com relação às cortes abaixo daquela que proferiu a decisão.⁹

Observe-se que essas três regras representam integralmente as regras dos precedentes no sistema inglês, porém, apesar de corresponderem também ao sistema norteamericano, devem ser complementadas, neste último país, com regras relativas à jurisdição das cortes, o que será feito em item posterior.

Alguns autores fazem, ainda, distinção acerca da graduação dos precedentes obrigatórios entre aqueles que são relativamente obrigatórios, pois poderiam ser afastados se houvessem boas razões para

9 "These are the respect paid to a single decision of a superior court, the fact that a decision of such a court is a persuasive precedent even so far as courts above that from which it emanates are concerned, and the fact that a single decision is always binding precedent as regards courts below that from which emanated." In CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Idem*, p. 30.

tanto, ou seja, quando o precedente fosse contrário ao direito ou à razão, por exemplo, ou aqueles que são absolutamente obrigatórios, pois não podem ser afastados ainda que considerados irracionais ou incorretos.

Um mesmo precedente poderá ser obrigatório ou persuasivo e sua autoridade vinculante irá depender da hierarquia da corte na qual ele foi proferido, no caso do sistema inglês, ou da hierarquia e da jurisdição da corte onde foi proferido, no caso do sistema americano¹⁰.

4 ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NORTEAMERICANA

O estudo da organização judiciária dos Estados Unidos é de fundamental importância, na medida em que a maior ou menor obrigatoriedade dos precedentes irá depender da hierarquia da corte que prolatou referido precedente e da jurisdição da corte que proferiu a decisão. Assim, somente mediante a análise da organização judiciária e do entendimento da posição da corte que prolatou a decisão, dentro desta organização, será possível determinar se o precedente será considerado obrigatório ou persuasivo.

A organização judiciária norteamericana é bem semelhante à organização brasileira e pode ser dividida em órgãos que exercem jurisdição federal e estadual, sendo que, em cada um dos Estados da federação, existem cortes organizadas hierarquicamente que exercem a competência estadual e a competência federal.

Ao contrário do sistema judicial inglês, o americano é descentralizado em razão do forte federalismo que lá impera. A competência para legislar da União é constitucionalmente estipulada e abrange poucas hipóteses, enquanto que a competência para legislar sobre todo o resto pertence aos Estados. Por tais motivos, tornou-se necessária a existência de cortes

10 Interessante notar a curiosidade trazida por Marcelo Alves Dias de Souza, retirada de um artigo de James L. Dennis, na nota de rodapé nº 84 de seu livro, ao comentar que o Estado americano da Luisiana possui sistema jurídico filiado à tradição do *civil law*: “Geralmente, determina-se o grau de persuasão de um precedente pela maior ou menor proximidade de sua metodologia a uma lei codificada específica. Por exemplo, quatro processos diferentes podem ter sido decididos por quatro métodos semelhantes, porém, distintos: o primeiro, por analogia a uma norma codificada específica; o segundo, por analogia a um princípio do Código extraído de várias normas; o terceiro, por analogia baseada no sistema do Código Global; o quarto, pela busca objetiva independente não relacionada a uma analogia sistemática ou estatutária. Ao avaliar esses casos como precedentes, sem qualquer outro fator, o juiz deve atribuir autoridade persuasiva maior ao primeiro processo e um valor menor, sucessivamente a cada um dos outros processos. Justifica-se classificar os precedentes numa hierarquia de valor persuasivo porque, quanto mais uma decisão anterior estiver ligada a uma norma específica, mais se terá certeza que o precedente se coaduna com os princípios e diretrizes do legislador. A posição do juiz como um *rulemaker* provisório, e não como um legislador igual (*lawmaker*), significa que ele tem o dever de restringir, tanto quanto possível, aos princípios e diretrizes do legislador.” James L. Dennis *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Idem, p. 54.

federais, que analisam matérias atinentes à competência da União¹¹ e outras estipuladas pela Constituição e cortes Estaduais que julgam casos de competência legislativa residual, ou seja, todo o resto¹².

Ressalte-se que as cortes estaduais podem julgar causas federais (mesmo não sendo sua competência original) por uma série de fatores relacionados ao domicílio dos litigantes, entre outros, cuja explicação não é pertinente ao desenvolvimento do presente trabalho. Inversamente, os tribunais federais, por motivos semelhantes, podem julgar causas estaduais. Não se pode concluir, porém, que, ao julgar causas federais, a justiça estadual poderá proferir precedente obrigatório nessa matéria e que deverá ser seguido pela justiça federal. Conforme será visto adiante, quando os tribunais federais ou estaduais autuam invadindo a competência material uns dos outros não há formação de precedente obrigatório de uns para os outros.

Além da existência de uma Constituição escrita, de diversos estatutos legais e da descentralização do judiciário, decorrente do

11 A seção 8 do artigo I enumera as competências legislativas do Congresso Nacional: 1. Será da competência do Congresso: Lançar e arrecadar taxas, direitos, impostos e tributos, pagar dívidas e prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos; mas todos os direitos, impostos e tributos serão uniformes em todos os Estados Unidos; 2. Levantar empréstimos sobre o crédito dos Estados Unidos; 3. Regular o comércio com as nações estrangeiras, entre os diversos estados, e com as tribos indígenas; 4. Estabelecer uma norma uniforme de naturalização, e leis uniformes de falência para todo o país; 5. Cunhar moeda e regular o seu valor, bem como o das moedas estrangeiras, e estabelecer o padrão de pesos e medidas; 6. Tomar providências para a punição dos falsificadores de títulos públicos e da moeda corrente dos Estados Unidos; 7. Estabelecer agências e estradas para o serviço postal; 8. Promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas; 9. Criar tribunais inferiores à Suprema Corte; 10. Definir e punir atos de pirataria e delitos cometidos em alto mar, e as infrações ao direito das gentes; 11. Declarar guerra, expedir cartas de corso, e estabelecer regras para apresamentos em terra e no mar. 12. Organizar e manter exércitos, vedada, porém, a concessão de crédito para este fim por período de mais de dois anos; 13. Organizar e manter uma marinha de guerra; 14. Regular a administração e disciplina das forças de terra e mar; 15. Regular a mobilização da guarda nacional (milícia) para garantir o cumprimento das leis da União, reprimir insurreições, e repelir invasões; 16. Promover a organização, armamento, e treinamento da guarda nacional, bem como a administração de parte dessa guarda que for empregada no serviço dos Estados Unidos, reservando-se aos Estados a nomeação dos oficiais e a obrigação de instruir a milícia de acordo com a disciplina estabelecida pelo Congresso; 17. Exercer o poder legiferante exclusivo no distrito (não excedente a dez milhas quadradas) que, cedido por determinados Estados e aceito pelo Congresso, se torne a sede do Governo dos Estados Unidos, e exercer o mesmo poderem todas as áreas adquiridas com o consentimento da Assembléia do Estado em que estiverem situadas, para a construção de fortificações, armazéns, estaleiros e outros edifícios necessários; e 18. Elaborar todas as leis necessárias e apropriadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a presente Constituição confere ao Governo dos Estados Unidos ou aos seus Departamentos e funcionários. In: *Estados Unidos da América. Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: < <http://braziliantranslated.com/eacon01.html> >. Acesso em: 16 set. 2011.

12 A competência residual dos Estados consta na X Emenda à Constituição que assim dispõe: “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo.” In: *Estados Unidos da América*. Idem. Acesso em: 16 set. 2011.

federalismo, pode-se citar como principal característica diferenciadora do sistema judicial americano o princípio da supremacia da Constituição que, ao contrário do que ocorre na Inglaterra, se contrapõe ao princípio da supremacia do parlamento e faz com que todas as decisões judiciais devam ser tomadas sempre em consonância com os preceitos constitucionais.

Dentro dessa conjuntura histórica e ideológica, o princípio do *stare decisis* acabou sendo delineado de maneira mais atenuada nos Estados Unidos, Marcelo Alves de Souza traz o seguinte julgado da Suprema Corte:

Todavia, como consta da decisão *U.S. Suprem Court em Hertz v. Woodman* 218 US 205 [1910], a regra do *stare decisis* não é inflexível. Em verdade, mesmo em se tratando de um precedente *a priori* obrigatório, os tribunais americanos não se consideram estritamente obrigados a segui-lo se ele não prima pela correção e razoabilidade; ademais, a validade de um precedente está condicionada a sua adequação à situação política, econômica e social presente.¹³

4.1 ORGANIZAÇÃO DAS CORTES FEDERAIS

O sistema judiciário federal é composto pela *U.S. Suprem Court*, pelas *Courts of Appeal* (ou *Circuit Courts*) e pelas *District Courts*.¹⁴ As cortes federais tem competência determinada em razão da matéria, prevista pelo art. III, seção 2, item 1 da Constituição Federal¹⁵.

No topo da organização federal, encontra-se a *U.S. Supreme Court* que foi o único tribunal criado diretamente pela Constituição e que possui jurisdição sobre todo o território americano. Obviamente, a Suprema Corte não está vinculada à obrigatoriedade das decisões de nenhuma outra corte que não as suas próprias decisões, por outro lado, suas decisões vinculam todas as demais cortes federais dos Estados Unidos e as cortes estaduais quando julgarem matéria federal.

13 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Idem, p. 91.

14 Foi incluído um Anexo I com mapas representativos das *Circuit Courts* e das *District Courts*.

15 “A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; as controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros.” Estados Unidos da América. Idem. Acesso em: 16 set. 2011.

Logo abaixo estão as *U.S. Courts of Appeal* ou *Circuit Courts of Appeal* que são a segunda instância da justiça federal. Os Estados Unidos são divididos em 13 *Circuits* com competência para analisar as apelações das decisões das *District Courts*. As *Circuit Courts* são obrigadas a observar as decisões proferidas pela Suprema Corte e pela própria *Circuit Court* (*mandatory authority*), mas não estão obrigadas a seguir os precedentes de outras *Circuit Courts* e nem das *District Courts*, precedentes esses que apresentarão natureza apenas persuasiva (*persuasive authority*).

As *District Courts* são os juízos de primeiro grau e estão presentes em todos os estados da federação, sendo representados por, pelo menos, um escritório, existindo alguns estados que possuem mais de uma *District Court*. As decisões proferidas por essas cortes são obrigatórias apenas na própria corte e constituem-se em precedentes persuasivos para as demais cortes. Porém, os precedentes das *Circuit Courts* e da *U.S. Supreme Court* possuem autoridade obrigatória sobre as decisões proferidas na primeira instância.

Interessante notar, no entanto, que apenas decisões proferidas pela *Circuit Court* a que pertence a *District Court* tem autoridade obrigatória (*mandatory authority*). Uma decisão proferida, por exemplo, pela 10ª *Circuit Court* não se constitui em precedente vinculante em uma *District Court* pertencente ao 9º *Circuit*, nesse caso, considera-se que a decisão da 10ª *District Court* tem autoridade de precedente apenas persuasivo (*persuasive authority*) junto às cortes do 9º *Circuit*.

4.2 ORGANIZAÇÃO DAS CORTES ESTADUAIS

A organização judiciária das cortes estaduais varia de Estado para Estado, visto que cada um tem liberdade para estipular a sua própria organização, porém, são elementos comuns na grande maioria dos Estados a existência de uma Suprema Corte ou *Supreme Court of Appeal* ou *Court of Ultimate Appellation*; de uma *Court of Appeal* ou *Intermediate Appellate Court*; das *Trial Courts of General Jurisdiction*; das *Trial Courts with Specialized Jurisdiction* e das *Small Claims and others Informal Courts*¹⁶.

As Supremas Cortes estaduais têm a função de órgão de decisão de última instância em matéria estadual, ou seja, dão a última palavra sobre as leis estaduais e a Constituição dos Estados. Lembre-se, por oportuno, que, ao contrário do que possa parecer, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem a última palavra apenas em matéria constitucional

16 BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. 4. ed. Saint Paul: Thomson/West, 2006. p. 171-172.

e legal federal, os seus julgados sobre assuntos estaduais não obrigam as cortes dos Estados, pois, em matéria estadual a última palavra é dada pela Suprema Corte de cada Estado.

As *Court of Appeal* são a segunda instância da justiça estadual e julgam as apelações provenientes das *Trial Courts*. Os recursos contra as decisões das *Small Claims Courts* são ouvidas primeiro nas *Trial Courts*.

As *Trial Courts of General Jurisdiction* são chamadas por vários nomes nos diferentes Estados, podem ser consideradas como a justiça comum de primeira instância e são responsáveis pelo julgamento da maioria dos casos cíveis e pelos casos penais mais sérios.¹⁷ Já as cortes especializadas também são cortes de primeira instância, porém, com matéria predeterminada específica.

As *Small Claim Courts* são pertencentes à jurisdição geral, porém, são cortes ainda inferiores às *Trial Courts* e julgam casos cuja controvérsia seja de pequeno valor.

Sendo um sistema judiciário hierarquizado, assim, como o sistema federal, a lógica de obediência é a mesma: as cortes mais altas não estão obrigadas a seguir os precedentes das cortes inferiores, já as cortes inferiores devem seguir obrigatoriamente os precedentes das cortes superiores e os seus próprios, com exceção das Supremas Cortes e das Cortes de Apelação que não estritamente obrigadas a seguir seus próprios precedentes. Diga-se, ainda, que a obrigatoriedade de vinculação ao precedente da corte superior diz respeito apenas à corte superior dentro do mesmo Estado. Exemplifique-se dizendo que as decisões tomadas pela Suprema Corte do Estado de Nova York não são obrigatórias para as *Trial Courts* do Estado da Pensilvânia.

Ressalte-se que os precedentes provenientes das cortes federais têm apenas força persuasiva com relação às cortes estaduais e, portanto, não são de observância obrigatória pelas cortes nos Estados, isso, independentemente da hierarquia que a corte que proferiu a decisão ou que a corte que está julgando um caso ocupa. A autoridade dos precedentes proferidos por cortes federais vincula apenas as cortes federais e os precedentes proferidos por cortes estaduais são vinculantes apenas para as demais cortes estaduais. Ademais, os precedentes de um Estado não vinculam as cortes de outro Estado.

Interessante, por fim, trazer um resumo feito por Victoria Sesma, citada por Marcelo Alves de Souza, que delineia os contornos da obrigatoriedade dos precedentes nos Estados Unidos:

17 Casos penais mais sérios são chamados *felonies* e são punidos geralmente com mais de um ano de prisão.

- 1) A Suprema Corte nunca se considera estritamente obrigada por suas próprias decisões, e os demais tribunais federais e estaduais têm seguido esta mesma regra em relação às suas próprias decisões.
- 2) Uma decisão da Suprema Corte é obrigatória em questões federais em todos os demais tribunais (federais e estaduais).
- 3) Uma decisão de um tribunal federal, sobre uma matéria federal, pode ter um efeito persuasivo em um tribunal estadual, mas não é obrigatória, já que o tribunal estadual só deve obediência a um tribunal federal: a Suprema Corte. E inversamente: a decisão de um tribunal estadual sobre uma questão federal pode ser persuasiva em assuntos federais, mas não é obrigatória.
- 4) As decisões dos tribunais federais (com exceção das decisões da Suprema Corte) não são obrigatórias para outros tribunais federais de classe igual ou inferior, a menos que o tribunal posterior deva obediência aos tribunal que decidiu a questão.¹⁸

5 RATIO DECIDENDI X OBITER DICTUM

O significado essencial do precedente se encontra na sua fundamentação e não apenas no seu dispositivo. O dispositivo de um precedente representa apenas a decisão que o juiz está dando ao caso concreto em análise, mas as razões dessa decisão é que serão utilizadas pelos demais juízes para verificar qual a regra de direito estabelecida naquele caso e que deve ser seguida. Verifica-se, pois, uma dupla função dos precedentes: ao mesmo tempo em que resolvem o caso concreto, servem de regra de direito para a solução de novos casos que venham a surgir.

Observe-se, porém, que não é toda a fundamentação que deverá ser observada pelos demais julgadores, mas apenas aquela parte que constitui a regra de direito e os elementos essenciais utilizados pelo juiz para prescrever tal regra. Por isso, diz-se que a fundamentação da decisão é composta pela *ratio decidendi* e pelo *obiter dictum*, sendo que a primeira será a parte vinculante da fundamentação e o segundo não.

Na doutrina do precedente, apenas a parte da decisão considerada *ratio decidendi* vai consistir regra legal (*rule of law*) ou princípio de direito, como prefere chamar MacCormik, e somente essa parte será

18 SESMA, Victoria Iturralde *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Idem, p. 96.

vinculante. Tudo aquilo que for considerado *obiter dictum* não será considerado integrante da parte vinculativa do precedente.

5.1 RATIO DECIDENDI

A conceituação do que é *ratio decidendi* levanta várias dúvidas e vem sendo objeto de estudo da doutrina por um longo tempo. O conceito que se adota, como ponto de partida, neste trabalho, por ser o mais abrangente e representativo, é o dado por Rupert Cross e J. W. Harris que afirmam que a *ratio decidendi* é “qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para atingir sua conclusão, ou uma parte necessária de sua instrução ao júri”¹⁹.

A teoria que parece melhor explicar como se determina a *ratio decidendi* é o método de Arthur L. Goodhart. Segundo referido autor a *ratio decidendi* de um caso é determinada pela verificação dos fatos que foram tratados como fundamentais pelo juiz, ou seja, deve-se perquirir o que foi considerado relevante e o que não foi considerado como tal pelo julgador e, assim, chega-se à *ratio decidendi* e ao *obiter dictum*, respectivamente.

Toda corte posterior que tiver diante de si os mesmos fatos considerados como relevantes pela decisão anterior deverá julgar o caso da mesma forma, por outro lado, se no caso posterior existirem fatos substanciais que não constavam no anterior ou se estiverem faltando fatos essenciais que existiam no paradigma, então, a decisão tomada no primeiro caso não será obrigatória para o segundo. Rupert Cross e J. W. Harris apresentam 6 regras retiradas do ensaio escrito por Goodhart “*Determining the Ratio Decidendi of a Case*” que parecem traçar um caminho para se encontrar a *ratio decidendi* ou o que o citado autor prefere chamar de “princípio do caso” (*principle of a case*):

- (I) O princípio do caso não é encontrado nas razões dadas na fundamentação.
- (II) O princípio não é encontrado na regra de direito estabelecida na fundamentação.
- (III) O princípio não é necessariamente encontrado pela consideração de todos os fatos verificados no caso e na decisão do juiz.

19 “[...] *ratio decidendi* of a case as any rule of law that expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, or a necessary part of his direction to a jury”. In CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Idem, p. 75.

(IV) O princípio do caso é encontrado levando-se em conta (a) os fatos tratados pelo juiz como fundamentais e (b) a sua decisão como baseada neles.

(V) O juiz pode expressa ou implicitamente tratar certos fatos como relevantes ou irrelevantes. É relativamente raro que o juiz expressamente indique quais fatos ele considerou relevantes ou irrelevantes.

(VI) Uma conclusão baseada em fatos hipotéticos é *dictum*.²⁰

Neste passo, verifica-se que definir o que constitui a *ratio decidendi* de um caso é operação complexa e em nada se assemelha a definição, no direito brasileiro, do que constitui a *ratio decidendi* para fins de verificação da coisa julgada material.

É importante observar que a *ratio decidendi* sempre deve ser analisada com relação à solução do caso. Não existe a possibilidade de constituir *ratio decidendi* a decisão da corte acerca de uma matéria preliminar, posto que essa matéria não terá interferência na resolução do caso. Assim, Marinoni exemplifica que mesmo que a corte se detenha em analisar uma questão preliminar atinente a sua competência para julgar a ação posta diante de si, essa decisão acerca da sua competência não se constituirá em precedente vinculante, pois não possui relação com a decisão final do caso²¹. Isso decorre do fato de que a teoria do *stare decisis* é baseada na solução do caso ou *case-law*.

A *ratio decidendi* é a parte da decisão que deve necessariamente ser seguida e dá ao precedente força obrigatória vinculante, porém, há duas hipóteses em que a doutrina aponta que não há vinculatividade na *ratio decidendi*. A primeira ocorre, em regra, nos julgamentos por órgãos colegiados, quando cada um dos julgadores apresenta uma linha de raciocínio diferente, embora todos cheguem a mesma conclusão, nesse caso, diz-se que não há *ratio decidendi* discernível e que, portanto, o juiz do caso seguinte está livre para utilizar o raciocínio que considerar melhor. A segunda hipótese trata-se do caso em que não há *ratio decidendi*, pois a fundamentação da decisão é insuficiente e não enuncia

20 “(I) *The principle of a case is not found in the reasons given in the opinion.* (II) *The principle is not found in the rule of law set forth in the opinion.* (III) *The principle is not necessarily found by a consideration of all the ascertainable facts of the case and the judge’s decision.* (IV) *The principle of a case is found by taking account (a) of the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them.* (V) *A judge may expressly or impliedly treat certain facts as material or immaterial. Its comparatively seldom that a judge expressly indicates which facts he considers material or immaterial.*” In CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Idem, p. 64-66.

21 MARINONI, op. cit., p. 251.

uma regra de direito ou, ainda, um princípio que seja, considerando-se, assim, que a decisão é desprovida de sua força obrigatória.

5.2 OBITER DICTUM

Como já afirmado acima, a parte da decisão que for considerada *obiter dictum* não irá produzir força vinculante com relação aos demais órgãos do judiciário e, portanto, não são prescrições de observância obrigatória.

A identificação do conceito de *obiter dictum* pode ser encontrada negativamente a partir do que se considera por *ratio decidendi*. Ou seja, tudo aquilo que na decisão não for considerada *ratio* será *dictum* e não terá força vinculante.

Assim, *obiter dictum* será tudo aquilo que, apesar de fazer parte da fundamentação da decisão e de possuir relação com o caso que se examina, não constitui elemento essencial para a decisão que foi tomada.

Observe-se, porém, que a doutrina faz uma divisão entre dois tipos de *obiter dictum*: *judicial dictum* e *gratis dictum*. Sendo *judicial dictum* aquela parte da decisão que apesar de não determinante para o julgamento da questão chega a posicionar-se acerca de fatos intrinsecamente ligados a questão e que, por isso, apresentam grande força persuasiva. Por outro lado, *gratis dictum* seria qualquer proposição que apenas trate de questões periféricas ou não relacionadas estritamente com o caso em exame.

6 EXCEÇÕES À OBRIGATORIEDADE DOS PRECEDENTES E SUA FORMA DE REVOGAÇÃO

Esquecendo-se a existência de precedentes apenas persuasivos (que não são de observância vinculante e podem ser afastados se o juiz considerar que há boas razões para fazê-lo), pode-se afirmar que o princípio do *stare decisis* vincula as cortes inferiores e as próprias cortes que prolataram as decisões a aplicar obrigatoriamente os precedentes anteriores. No entanto, a doutrina aponta, geralmente, as seguintes exceções à obrigatoriedade dos precedentes absolutamente vinculantes: *distinguishing*; decisões *per incuriam*; alterações das circunstâncias; existências de decisões contraditórias de mesma hierarquia; *reversal* ou reforma através de um recurso e, por fim, o *overruling*, que é uma forma de revogação do precedente.

6.1 DISTINGUISHING

Essa é a principal técnica para a não aplicação de um precedente e consiste na distinção entre o caso em análise e o caso do precedente

paradigma. Aqui serão contrapostos os elementos fáticos da *ratio decidendi* de um e de outro caso para verificar a existência de uma semelhança entre eles que possa legitimar a aplicação da conclusão do precedente paradigma ao caso em exame.

A utilização do *distinguishing* pressupõe a identificação da *ratio decidendi* do precedente que se pretende afastar, com vistas a identificar se os elementos fáticos que compõe essa *ratio* são diversos dos elementos fáticos do caso posto diante do juiz.

Obviamente que não há necessidade de similitude entre todos os fatos de um e de outro caso, mas apenas dos fatos considerados fundamentais, relevantes, para o juiz que proferiu o precedente. Deste modo, para que seja afastada a obrigatoriedade do precedente, o juiz deve identificar que os fatos fundamentais insertos na *ratio decidendi* do precedente são diversos dos fatos que ele considera fundamentais no caso posto diante de si. Ou seja, aquele juiz que se utiliza de fatos não fundamentais para fazer o *distinguishing* está evidentemente tentando burlar a regra da obrigatoriedade do precedente.

A utilização da técnica do *distinguishing* permite também a evolução da jurisprudência e a adaptação dos precedentes a novas situações. Essa evolução está relacionada com o alcance dos precedentes que pode ser estendido ou limitado quando está sendo relacionado com um novo caso. O fato é que, tendo-se sempre em mente a finalidade de um determinado precedente, o mesmo poderá ser aplicado a outros casos que, em princípio não estavam contidos em sua *ratio*, mas que possuem relação com a sua finalidade e, assim, ocorre uma extensão do alcance do precedente que será aplicado a novas situações, desde que, obviamente, essas situações sejam compatíveis com a sua *ratio*.

Marinoni aponta, com fundamento em Neil Duxbury, que a forma mais comum de *distinguishing* acontece quando a corte não aplica um precedente por considerar que o novo caso possui um número maior de fatos materiais e prefere editar uma nova regra. Esse novo precedente proferido altera a *ratio* do primeiro precedente incluindo mais requisitos para a sua aplicação e, portanto, restringindo o seu alcance.

6.2 ALTERAÇÕES DAS CIRCUNSTÂNCIAS

Evidentemente, a aplicação de um precedente passa não só pela identificação da *ratio decidendi*, mas também pela análise das circunstâncias em que este precedente foi proferido. Como já dito acima, a verificação da cultura, do modo de viver da época e do lugar onde a decisão foi proferida são essenciais para entender os limites e o alcance

da *ratio*. É freqüente que a evolução da sociedade torne um precedente inaceitável e, portanto, inaplicável.

No entanto, a não aplicação de um precedente em decorrência das suas razões não mais fazerem sentido perante uma sociedade modificada apenas tem lugar no sistema judicial americano e só pode ser utilizado pelos tribunais. No sistema inglês apenas a Suprema Corte pode afastar-se de seus precedentes com fundamento na alteração das circunstâncias.

6.3 DECISÕES PER INCURIAM

As decisões *per incuriam*, na realidade, não se enquadram na categoria de técnicas para se afastar a utilização do precedente, mas sim, de precedentes que não possuem natureza obrigatória. O fato é que a decisão *per incuriam* é aquela que foi tomada em sentido contrário ao de uma lei ou de um precedente existente por ignorância do órgão julgador. Ou seja, caso o julgador tivesse ciência da existência da lei ou do precedente, teria sido proferido julgamento em sentido diverso, logo, essa decisão proferida por ignorância da existência de um precedente ou se uma lei não será considerada precedente que deva ser seguido.

6.4 EXISTÊNCIA DE DECISÕES CONTRADITÓRIAS DE MESMA HIERARQUIA

Em regra, quando existem duas decisões contraditórias de mesma hierarquia considerar-se-á válida a segunda decisão proferida, principalmente, se a segunda decisão tiver feito menção à existência da primeira. No entanto, nem sempre essa regra deve ser seguida, pois apenas na Suprema Corte há presunção de que uma decisão posterior em sentido contrário revoga a anterior.

O fato é que a segunda decisão em sentido contrário pode ter sido proferida por diversas razões, inclusive, *per incuriam*, nesse caso, como as decisões *per incuriam* não formam precedentes válidos, a decisão que continuará a reger os casos posteriores será a primeira decisão. Logo, para se averiguar qual das duas decisões conflitantes deve prevalecer como precedente, será necessário analisar toda a fundamentação de ambas para determinar se houve uma intenção revogadora pela segunda decisão ou não.

6.5 REVERSAL

Reversal é simplesmente a reforma de uma decisão de uma corte inferior por uma corte superior através de recurso e dentro do mesmo

processo. Aqui o julgamento da corte inferior fica desprovido de qualquer efeito e o que passa a vigorar é a decisão proferida pela corte superior.

6.6 OVERRULING

O *overruling* é a revogação de um precedente anterior pelas cortes que estão autorizadas a assim proceder. Alguns autores definem *overruling* como a possibilidade que possuem as cortes superiores de revogar os precedentes das cortes inferiores. A partir dessa afirmação, chega-se a conclusão de que apenas os precedentes persuasivos podem ser objeto de revogação. Ora, se as cortes apenas podem revogar os seus próprios precedentes (que, como se viu, na grande maioria dos casos, são apenas *persuasive authority*) ou os precedentes das cortes inferiores, somente poderão ser objeto de *overruling* as decisões não vinculantes. Já aquelas decisões que são consideradas *mandatory authority* não poderão ser objeto de revogação, posto que são decisões tomadas por cortes superiores e que não podem ser afastadas pelas cortes inferiores.

Assim, as cortes superiores quando deixam de aplicar precedente de cortes inferiores estão revogando esses precedentes e prescrevendo uma nova regra a ser aplicada aos casos subseqüentes.

Normalmente, aponta-se como fundamentos para o *overruling* a incorreção, injustiça ou inconveniência do precedente, no entanto, todas essas razões devem ser analisadas sempre sopesando o prejuízo que a revogação do precedente irá ocasionar na estabilidade e previsibilidade do sistema. Quando há revogação do precedente a decisão continua a valer para as partes no caso onde essa decisão foi tomada, porém, para os casos futuros essa decisão não mais servirá de paradigma, ou seja, não deverá ser obrigatoriamente seguida.

Apesar de as supremas cortes, tanto federal, quanto estaduais, estarem obrigadas por seus próprios princípios estabelecidos, elas têm o poder de anular (derrubar, perturbar, rejeitar) uma decisão elaborada anteriormente se possuírem razões convincentes para fazê-lo. Por exemplo, as cortes podem anular uma decisão anterior se as razões para sua manutenção não fizeram mais sentido ou tiverem obtido conseqüências negativas.²²

22 "Even though both the federal and state supreme courts are bound by their own settled principles, they have the power to overrule (overturn, disturb, reject) a decision that they made previously if there are compelling reasons to do so. For example, courts may overrule a prior decision if the reasons for upholding in no longer make sense or have been found to have negative consequences." in REINHART, Susan M. Strategies for legal case reading and vocabulary development. Michigan: University of Michigan Press, 2007. p. 8.

7 EFICÁCIA TEMPORAL DA DECISÃO QUE ANUNCIA UMA NOVA REGRA

Tema de singular importância diz respeito à eficácia temporal de uma decisão que anuncia novo precedente que revoga um precedente anterior ou que contém orientação diversa. A relevância do tema diz respeito ao fato de que a população baseia suas condutas com base nas decisões judiciais que acabam por representar em que consiste o direito para tais pessoas. No caso, a modulação temporal dos efeitos de uma decisão que anuncia nova regra pode ser retroativa ou prospectiva²³.

Nos Estados Unidos, inobstante a influência da escola realista que acredita na criação do direito pelos juízes, a decisão que anuncia nova regra, geralmente, possui efeito retroativo sobre os casos ainda não definitivamente julgados. Porém, essa regra é bem menos rígida do que na Inglaterra. Pode-se afirmar que geralmente a aplicação de novo precedente que considera de maneira diferente o *statute law* é aplicada prospectivamente, já a decisão que revoga entendimento anterior que versava apenas sobre *common law* é aplicada retroativamente. Victoria Sesma aponta os casos em que geralmente a decisão dos tribunais que anuncia uma nova regra é aplicada prospectivamente:

- a) Em casos penais, quando o Direito judicial estende a sanção penal a condutas que não estavam criminalizadas no Direito anterior. Nestes casos, os critérios para determinar se as garantias constitucionais no campo do processo penal vão ser aplicadas exige a consideração destes três critérios: a) os fins a que servem os novos padrões; b) a extensão da confiança que têm os operadores jurídicos nos velhos padrões; e c) o efeito que teria na Administração da Justiça uma aplicação retroativa de novos padrões.
- b) Em processos cíveis contra funcionários que atuaram de acordo com uma lei posteriormente declarada inconstitucional.

²³ Há quem defenda uma subdivisão dos efeitos retrativos e prospectivos. Os efeitos retrativos seriam plenos (*full retroaction*) quando o tribunal aplicasse a nova regra para os casos ocorridos antes e depois da sua prolatação e seriam limitados (*limited retroaction*) quando a nova regra se aplica aos casos anteriores que ainda não possuísem sentença definitiva quando o novo precedente foi publicado. Já os efeitos prospectivos podem ser puros (*purely prospective application*), quando o tribunal aplica o novo precedente apenas aos casos acontecidos após a prolatação do precedente, não aplicando nem mesmo ao caso que originou o precedente, ou, ainda, que os efeitos prospectivos serão regulares (*regular prospective application*), quando o tribunal aplica o novo precedente ao caso que está julgando e aos casos posteriores. POMORSKI *apud* SESMA, Victoria Iturralde *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Idem, p. 157.

- c) Em casos cíveis contra partes que celebram um contrato ou adquirem uma propriedade confiando numa decisão (que posteriormente é derrogada) ou em uma lei declarada posteriormente inconstitucional.
- d) Para proteger pessoas cujos atos não estava expostos à responsabilidade civil antes da mudança no *case law*.²⁴

Realmente a eficácia temporal da decisão que anuncia nova regra é matéria muito polêmica e cuja solução apenas poderá ser dada no caso concreto. Efetivamente, não se poderia admitir que a prevalência de questões técnicas acabasse por provocar injustiças, como no caso de uma pessoa condenada criminalmente por decisão formadora de precedente que, posteriormente, foi objeto de revogação, porém, ao se inverter o olhar para a situação da vítima que veria o seu carrasco sendo liberado da prisão em decorrência de uma decisão tomada em um caso seguinte, também se pode concluir pela existência de injustiça.

8 CONCLUSÃO

Como visto, a doutrina da vinculação aos precedentes agrega ao sistema jurídico estabilidade, segurança, previsibilidade, celeridade na tomada de decisões e, principalmente, respeito ao princípio da igualdade que pode ser considerado “fundamento derradeiro da justiça”²⁵. Não causa estranheza que o berço do *stare decisis* tenha sido a Inglaterra onde o órgão que sempre deu a última palavra sobre os mais variados temas, formando o precedente último e que vinculava todo o restante do judiciário foi a *House of Lords* que é uma das casas do órgão legislativo²⁶. Assim, em última instância, sempre foi próprio legislativo que, atuando em sua função jurisdicional, resolvia definitivamente que direito seria aplicável ao caso em questão, ou seja, o órgão legislava no caso concreto com força vinculante para todos os outros tribunais era o mesmo órgão que elaborava as leis genéricas, havendo uma nítida confusão entre função legislativa e jurisdicional, o que não causava naquele país nenhuma estranheza, pois lá, ao contrário do que ocorre no Brasil, não se verifica a necessidade de uma forte divisão entre esses dois poderes. Essa proximidade entre

²⁴ SESMA, Victoria Iturralde *apud* SOUZA, op.cit., p. 172.

²⁵ SOUZA, op.cit., p. 19.

²⁶ Somente a partir de 2009 a função judicante foi excluída das atribuições da *House of Lords* e passou a ser competência da Suprema Corte do Reino Unido.

as duas funções também sempre permitiu um mecanismo eficiente de correção dos erros judiciais por meio do legislativo.

Por outro lado, no Brasil, país filiado à tradição do *civil law*, a separação entre os poderes é fundamento do próprio Estado e princípio constitucionalmente previsto que é, e deve ser, levado as suas últimas consequências, ante a força normativa da Constituição. No contexto brasileiro, por mais sedutora que pareça a idéia de adoção de um sistema de precedentes vinculantes (ainda que minimamente), não se pode esquecer que o instrumento destinado a conceder segurança jurídica aqui é, primordialmente, a lei e não a jurisprudência (que não é sequer considerada fonte do direito por muitos autores). Assim, teme-se que a atribuição de vinculatividade aos precedentes de tribunais seja o mesmo que liberar o órgão judicial para exercer atividade legislativa, já que estaria a dizer o que é o direito com necessidade de observância obrigatória por todos.

Pode-se contrapor este argumento afirmando-se que os tribunais estariam apenas esclarecendo e interpretando a legislação com força vinculante, logo, não estariam imiscuindo-se no papel do legislativo. No entanto, a esse argumento, pode-se responder com o seguinte questionamento: e nos chamados *hard cases*? Ou seja, e quando se estivesse diante de um caso novo e complexo que não encontrasse resposta na legislação posta? Estaria o tribunal autorizado a proferir decisão com eficácia vinculante? E se assim procedesse, não estaria avançando nas funções do órgão legislativo?

Obviamente não se está defendendo que os juízes não tenham liberdade para julgar os casos que não encontrem solução na legislação posta (o paradigma da completude da legislação infraconstitucional há muito tempo não convence). Não se pretende retomar a idéia de juiz como “a boca da lei”. Com certeza integra a função judicante a prerrogativa da construção judicial do direito aplicável ao caso concreto. Acredita-se na completude do ordenamento jurídico e na possibilidade de construção das soluções jurídicas aplicáveis aos casos difíceis, quando não houver lei em sentido estrito aplicável ao caso. No entanto, não se concorda com a idéia de que essa decisão em casos difíceis (onde não há legislação aplicável) deva ser tomada como decisão vinculante e de observância obrigatória pelos demais membros do judiciário, sob pena de se aceitar a legislação dos tribunais.

Ademais, é necessário ter muito cuidado quando se fala em vinculação ao precedente em um país como o Brasil, onde o poder judiciário é extremamente deficitário de recursos pessoais, é abarrotado de ações (tanto que todas as reformas processuais recentes visam acelerar o procedimento judicial) e acaba tendo por consequência a prolatação de decisões verdadeiramente pobres de fundamentação. A aplicação do

precedente vinculante seria uma saída muito fácil a ser utilizada para ajudar na diminuição dos processos, porém, poderia acabar tolhendo a atuação das partes no processo judicial e a sua possibilidade de intervir na formação do provimento final de mérito, o que evidentemente não se coaduna com o modelo constitucional de processo em um Estado Democrático de Direito²⁷. Ressalte-se, porém, que a posição contrária a uma vinculatividade dos precedentes não se estende aos anseios da doutrina de os magistrados observem os posicionamentos já consolidados dos tribunais superiores por um dever mesmo de coerência do órgão.

Não se pode negar que o judiciário brasileiro passa por um momento de total ausência de uniformidade e coerência em suas decisões. Não se pode deixar de questionar o motivo de decisões tão díspares e, por vezes, provenientes do mesmo órgão, inclusive em casos de fácil elucidação e com vasta legislação regulamentadora. O escopo do presente trabalho não permite o ingresso em discussões metajurídicas, porém, necessário se faz observar que, talvez, a falta de coerência do judiciário possa ser encontrada na falta de cultura de observância (e até mesmo respeito) das (às) decisões dos tribunais superiores e na falta de preparo para o exercício da função. É sabido que a maioria dos juízes no Brasil prefere proferir decisões de conteúdo isolado que encontram guarida em seus entendimentos estritamente pessoais e que estão ao arrepio do entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência. Esse tipo de atitude não encontra outra justificativa que não o desconhecimento do magistrado de seu papel na sociedade.

27 O modelo de processo jurisdicional democrático que se adota, por se considerar o mais adequado ao momento neoconstitucionalista em que se vive, é o proposto por Jürgen Habermas que aduz que para que uma norma seja considerada democrática os destinatários de tal prescrição deveriam necessariamente intervir no seu processo de criação, ou seja, o povo deixaria de ser meramente destinatário das normas para ser também seus autores, formulando-se a partir dessa idéia o chamado princípio do discurso, segundo o qual são “válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia* (entre facticidade e validade). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.142). Dentro dessa perspectiva, poder-se-ia afirmar o caráter democrático e a existência de legitimidade de uma decisão judicial se, no seu procedimento de criação, fosse possibilitada a mais ampla participação daqueles que serão atingidos por essa decisão, sendo-lhes franqueada a possibilidade de se valer do discurso racional. Neste sentido, o princípio discursivo torna-se parte integrante do princípio democrático e a anuência de todos os sujeitos de direito, dentro dos limites de sua autodeterminação discursivamente racional, irá impedir o surgimento de decisões que violem os direitos fundamentais. Segundo Habermas “Uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos” (HABERMAS, Jürgen. *Idem*, p.345).

Deste modo, acredita-se que a solução para a falta de coerência e uniformidade do judiciário não está na adoção de um sistema de precedentes vinculantes. Esse problema deve ser resolvido com outros meios e não pela usurpação da competência legislativa constitucionalmente estabelecida. Ademais, o sistema brasileiro não precisa de mais essa forma de enrijecimento (vinculação ao precedente), já que a lei já é um fator que impede rápidas alterações de posição.

O que se deve extrair, pois, do estudo do direito norteamericano é o exemplo que o judiciário passa de coerência e responsabilidade com seus julgados. Se uma decisão foi tomada em um determinado sentido, essa decisão deve efetivamente ser mantida e pode ser usada como parâmetro de atuação para os jurisdicionados. Mesmo nos Estados Unidos onde a vinculatividade ao precedente toma contornos menos severos, há um compromisso do judiciário com a segurança e estabilidade das decisões. Assim, as pessoas podem agir nos termos do que dispõe a legislação e as decisões judiciais, sem correrem o risco de serem surpreendidas a todo o momento com novas decisões que consideram condutas passadas, e que eram adequadas aos olhos de uma decisão anterior, agora equivocadas e passíveis de sanção.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 34. n. 172. p. 121-174, São Paulo, junho, 2009.

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. 4. ed. Saint Paul: Tomson/West, 2006.

CAENEGUEM, R. C. Van. *The birth of the english common law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. Digital (Kindle) ed. New Orleans: Quid Pro Law Books, 2010.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1991.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Digital (Kindle) ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: < <http://braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 16 set. 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia (entre facticidade e validade)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S., Introduction. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 2010.

MAPS CATALOG. *Mapa da organização judiciária dos Estados Unidos*. Disponível em: < <http://nashamapa.com/federal-district-court-maps/>>. Acesso em: 16 set. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 2010.

RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

REINHART, Susan M. *Strategies for legal case reading and vocabulary development*. Michigan: University of Michigan Press, 2007.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

SUMMERS, Robert S. Precedent in United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ANEXO I ²⁸

28 Mapas que representam as 13 *U.S. Circuits Courts of Appeal* e as *U.S. District Courts*. A primeira imagem unifica as duas instâncias e a segunda imagem separa cada uma das instâncias. Imagens retiradas de MAPS CATALOG. Disponível em: < <http://nashamapa.com/federal-district-court-maps/>>. Acesso em: 16 set. 2011.