

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

MARCOS LEITE GARCIA

MIGUEL KFOURI NETO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfoury Neto (UNICURITIBA)

OS MODELOS AMERICANO E INGLÊS DE VINCULAÇÃO AO PRECEDENTE

THE AMERICAN AND ENGLISH MODELS OF BINDING TO PRECEDENT

João Gabriel Álvares ¹

Resumo

O trabalho analisa o papel do precedente no sistema jurídico do common law, comparando as definições de precedente e stare decisis. Realizou-se pesquisa bibliográfica e documental. Constatou-se que o precedente foi elemento central no surgimento do common law por questões culturais e históricas. Verificou-se que as distinções entre precedente e stare decisis não são significativas sob a óptica do civil law. Concluiu-se que a importação desses institutos processuais por ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica demanda análises profundas e grande cautela, visando a não colocar em risco garantias materiais.

Palavras-chave: Common law, Precedente, Stare decisis, Ratio decidendi

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the role of precedent in the system of common law, comparing the definitions of precedent and stare decisis. It was made bibliographic and documentary research. It was found that the precedent has been central to the emergence of the common law by cultural and historical issues. It was understood that the distinctions between precedent and stare decisis are not significant from the perspective of civil law. It was concluded that the imports of these procedural institutes for legal systems of continental tradition demands deep analysis and great caution, in order to not put rights in risk.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Common law, Precedent, Stare decisis, Ratio decidendi

¹ Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Assessor para Contratos de Defesa.

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito remete aqueles que decidem nele se enveredar a uma série de questões. Porém, quando observado à distância, o estudioso do Direito pode ser visto como alguém que precisa tão somente saber o que consta das leis. Não há que se discutir que qualquer um que se dedique à compreensão de fatos jurídicos precisa ampliar o espectro de informações e habilidades. Porém, há um desafio ainda maior, que não se encerra na ampliação de entendimento e na interdisciplinaridade imprescindível aos juristas. Diferente de tantas outras, o Direito é uma ciência que não se dedica especificamente à observação dos fatos. Em vez disso, tem caráter preditivo, o que suscita aos operadores e estudiosos do Direito a necessidade de refletir sobre diversos caracteres do sistema jurídico: validade, eficácia, aplicabilidade, adequação, justiça etc.

Nesse sentido, diversos são os mecanismos para se tentar encontrar as soluções mais adequadas. Um dos caminhos possíveis e que possibilita ferramentas muito úteis aos juristas é o estudo de como o Direito é aplicado em outros países. O Direito comparado revela-se como importante meio para verificar quais ensinamentos podem ser colhidos das experiências de outros povos.

Uma ilusão comum aos que buscam a solução para um problema local no Direito comparado é a simplificação de acreditar que “modelos” podem ser importados com a certeza de que serão produzidos os mesmos resultados de alhures. Essa esperança é típica do modelo científico ocidental, e perpassa a construção do conhecimento em muitos ramos científicos: acredita-se que, se replicadas determinadas condições, um mesmo experimento terá resultados idênticos em qualquer parte do mundo. Porém, em se tratando de uma ciência social aplicada, a lógica empírica pode resultar em expectativas frustradas e danos sociais imprevisíveis.

O interesse que levou a este estudo nasce da identificação de que, por mais que se vislumbrem alternativas para os problemas jurídicos nacionais na experiência de outros países, há que se considerar as particularidades de cada Estado, não se podendo prescindir em muitos casos de uma solução autêntica. Por uma série de fatores, que vão desde a pujança econômica até a influência do *merchandising*, os Estados Unidos da América comumente atraem os olhares de países desejosos de crescimento e desenvolvimento. No que tange aos juristas, o sistema jurídico de origem inglesa tende a despertar grande interesse pelas diferenças em relação à tradição europeia continental que tanto influenciou e influencia o Direito brasileiro.

Dessa feita, acredita-se que o estudo do Direito de tradição inglesa seja de grande relevância, uma vez que se vislumbram maiores contrastes com o ordenamento pátrio. A partir da experiência daqueles que herdaram o *common law* podem ser feitas comparações úteis visando ao aprimoramento do sistema nacional, seja pela adoção de alguns institutos, seja pela rejeição de outros aparentemente incompatíveis.

No presente trabalho serão utilizados alguns termos em inglês e em latim, conforme são utilizados originalmente. A opção por manter esses termos em seus idiomas visa a duas finalidades: preservar o leitor de possíveis falhas de entendimento que seriam inevitáveis a partir da tradução literal dessas expressões; e possibilitar que o leitor faça relações intertextuais deste trabalho com outros, já que frequentemente esses termos são trazidos em sua língua original, inclusive no Brasil.

Uma das expressões chave para a discussão que se pretende estimular por meio desta pesquisa e que se manterá sem tradução é “*common law*”. Em síntese, por *common law* se entende o sistema de jurídico no qual os direitos são reconhecidos a partir de decisões judiciais e se consubstanciam por meio da reiteração dessas decisões por outros juízes em casos futuros. Como se verá adiante, o *common law* se originou de um contexto particular da Inglaterra medieval, e aportou nas 13 colônias inglesas na América. Por sua vez, o “*civil law*” é o sistema jurídico inspirado na tradição romano-germânica, com destaque para os atos legislativo e, em dado momento, as codificações. É também chamado de sistema continental, pois inspirou de maneira intensa os países europeus continentais, com destaque para Itália, Alemanha e França, e que depois foi exportado também para as colônias espanholas e portuguesas.

A expressão “*ratio decidendi*” será melhor explicada ao longo do trabalho, mas pode ser resumida como a razão ou o fundamento do magistrado ao dar a solução para uma demanda judicial. Este conceito traz consigo uma dificuldade prática para os que tentam encontrar a *ratio decidendi* de uma solução, já que essa não vem circunscrita em uma parte da sentença do juiz, competindo ao leitor a interpretação do que seria vinculante na solução de um caso.

Outro termo de vital importância para este estudo é o “*stare decisis*”. Próprio do *common law*, a expressão sugere que as razões de decidir dos magistrados devem perdurar, concitando-os a não alterarem o curso de decisões que vem sendo dadas a casos semelhantes. A seguir se entenderá a importância dessa continuidade para o sistema jurídico inglês, já que o *stare decisis* pode ser considerado como fundamento basilar da segurança jurídica.

A palavra “*law*” pode ser traduzida literalmente como lei. Porém, em diversos momentos a palavra “*law*” não se refere a “lei” como se costuma entender em português, podendo significar também Direito, ordenamento jurídico.

Outros termos alienígenas serão apresentados neste trabalho, porém, partindo-se das definições *supra*, é pouco provável que os demais venham a causar obstáculo ao entendimento.

Resta esclarecer que a opção pelo entendimento do sistema jurídico do *common law* - o que passa pela compreensão de seus institutos - tem por finalidade orientar o aperfeiçoamento do Direito nacional, evitando-se os riscos usuais de “encantamento” e tentativa de adoção desarrazoada.

No momento em que tanto se discute o novo código de processo civil brasileiro, há aqueles que se levantam para protestar pela importação de práticas processuais, alegando que institutos inéditos no ordenamento pátrio seriam capazes de solucionar diversos problemas. No que tange a normas processuais, porém, há que se agir com cautela redobrada, visto que a processualística pode ser o veículo do sucesso ou do fracasso de todas as normas de direito material.

Nesse contexto, é de grande relevância que se discutam alguns institutos típicos do sistema *common law*, pois somente o conhecimento aprofundado poderá permitir que os juristas encontrem as soluções mais adequadas ao ordenamento jurídico nacional. Destarte, propuseram-se as seguintes questões para estudo: Qual a função do precedente nos modelos americano e inglês? Qual a distinção entre o precedente e o *stare decisis*? É desejável que o Brasil adote institutos do sistema do *common law*?

Para tanto, realizou-se inicialmente pesquisa bibliográfica em referências internacionais, a fim de compreender como alguns autores de países de tradição do *common law* analisam seu sistema jurídico. Na sequência, buscaram-se autores nacionais que abordam os institutos processuais de interesse sob o prisma do sistema jurídico brasileiro. Por fim, realizou-se pesquisa documental, na tentativa de verificar de que forma as cortes de países cujo sistema predominante é o *common law* solucionaram alguns “casos difíceis” de disputas judiciais.

A fim de responder aos questionamentos propostos, o presente trabalho está organizado da seguinte forma: inicialmente, buscou-se fazer um breve relato da trajetória do *common law*, desde sua origem até sua chegada nas colônias inglesas na América, com destaque para a importância da reiteração das decisões judiciais. Num segundo momento, são aprofundados os conceitos de precedente e *stare decisis*, na busca por encontrar entre eles

semelhanças e distinções. Feito isso, são demonstradas as maneiras como surgem os precedentes, bem como as técnicas para que um precedente deixe de ser utilizado. A seguir, a *ratio decidendi* é colocada em foco, buscando-se compreender sua pertinência e adequação a partir de debates de grandes pensadores do *common law*. Por fim, com o intuito de se verificar a aplicabilidade de institutos jurídicos processuais discutidos ao longo do trabalho, é feita uma análise do caso (*case law*) *USA v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938)*, decidido pela Suprema Corte estadunidense.

1. DESENVOLVIMENTO DO *COMMON LAW*: A TRADIÇÃO IMEMORIAL DO POVO INGLÊS

A gênese do *common law* na tradição inglesa não pode ser circunscrita a um evento, mas tem como um dos fatos motivadores a invasão do rei da Normandia, Guilherme II, no século XI. Na busca por formas de ampliar seus poderes sobre os senhores feudais da Inglaterra, o novo rei - que não chegou a dominar o idioma local - passou a enviar juízes da sua confiança para percorrerem o território decidindo controvérsias, sendo que o rei era a fonte última de justiça.

Com o decorrer do tempo, as cortes deixaram de ser itinerantes e os juízes passaram a "conversar" entre si sobre suas decisões. Dessa maneira, passaram a elaborar uma espécie de lei que pretendia ser a lei comum a todo o reino. Houve uma especialização das cortes em função das matérias: a *Court of common pleas* passou a cuidar de assuntos que não envolvessem o poder real nem arrecadação de impostos.

Quatrocentos anos depois, eles já possuíam um conjunto de decisões capazes de conformar a tradição do reino. Dessa feita, os juízes ditavam o que era a "*Law of the land*": o direito posto, não codificado, que só aparece por meio de um rito.

Na medida em que determinadas matérias eram apresentadas de forma recorrente às cortes, os juízes passavam a decidi-las. Foi assim que surgiram os "*writs*": eles eram ordens escritas, que estavam à venda nas chancelarias. Cada *writ* é um procedimento e um modo de decidir. O *writ* determinava que a pessoa cumprisse a ordem ou se apresentasse à corte para alegar suas razões pelas quais não tinha obrigação de cumprir tal ordem. O que é mais peculiar à tradição continental é o fato do direito material só existir se ele conseguir ingressar no procedimento ("*remedies precede rights*").

Os *writs* não demonstram direitos substantivos (*substantive rights*), mas somente aspectos procedimentais (*procedural aspects*): isso destoava consideravelmente do *modus*

operandi dos juízes da tradição romana, e lhes dava uma maior liberdade para decidir, pois cabia a eles reconhecer os direitos materiais (*judge-made Law*).

Uma grande mudança na justificação do Direito e sua relação com os demais poderes ocorre durante o século XVII, quando as tropas do parlamento destituem e matam o rei. Após a revolução gloriosa, as leis criadas pelos novos reis passam a só entrar em vigência com autorização do parlamento (1700). Nesse ponto, o modelo jurídico inglês era o mais avançado do mundo, com a superação do absolutismo. O judiciário já entendia que não era competente para rever as decisões do parlamento, mas considerava que o rei lhe era subordinado, de tal forma que, no século XVIII, o Estado inglês já empregava o Direito como elemento indispensável à ação do Estado.

Não estando mais subordinadas à livre vontade do rei, as decisões do judiciário se tornaram ainda mais estáveis. Assim, passou a ser mais vantajoso e seguro conhecer a forma como os juízes decidiam os casos, a fim de tentar prever como eles decidiriam no futuro. Por isso, as transcrições das soluções das controvérsias – compiladas nos chamados *Year Books* – ganharam maior importância.

Seguindo essa prática, o *Blackstone* foi uma obra que compilou em quatro livros a forma de julgar segundo a tradição do *common law*. Esse material facilitou a exportação da cultura do *common law*, principalmente para os EUA. Consoante o *Blackstone*, o Direito era composto por leis escritas (os estatutos) e leis não escritas (os costumes), essas últimas reveladas pelos juízes, os quais eram como “oráculos” que desvendavam esses costumes imemoriais.

É essa a crença que chega às colônias inglesas na América a respeito do *common law*: um Direito que, em tese, seria de grande repercussão, com a tradição imemorial da Inglaterra, cujas leis preexistem ao rei e aos juízes, sendo que são esses últimos que as reconhecem.

2. PRECEDENTE VS. *STARE DECISIS*

Uma das principais bases de legitimação da tradição do *common law* é a vinculação das decisões atuais ao conjunto das anteriores, construídas de forma sólida “[...] por meio do acúmulo histórico-normativo-decisional necessário para solucionar o caso concreto” (STRECK, 2013). Resumidamente, a diferença entre o *common law* e o *civil law* estaria no papel de obrigatoriedade de aplicação do precedente em determinadas condições no primeiro

sistema. “O precedente pode ser descrito não como uma regra legal, mas como um caso de comunicação por exemplo dotado de autoridade” (ODAHARA, 2012, p. 101-103).

A máxima fundante do “*Stare decisis et non quieta movere*” pode ser entendida como “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido” (ODAHARA, 2012, p. 84).

Há autores que não fazem uma distinção clara entre o precedente e o *stare decisis*, tais como FINE (2012) e NOGUEIRA (2011). Porém, destaca-se a opinião de outros doutrinadores, tais como STRECK (2013), para quem os conceitos são distintos. Para este último, a doutrina dos precedentes seria mais ampla que o *stare decisis*, e teria foco no passado. Na tradição do *common law*, o precedente é o conjunto de decisões que utilizaram uma mesma regra (*holding*) para constituir a norma legal (*rule of law*) que decidirá novos casos concretos, o que poderia ser sintetizado segundo a fórmula a seguir: PRECEDENTE = REPETIÇÃO + VERIFICAÇÃO + VALIDAÇÃO

Diferentemente, o *stare decisis* seria um “caso modelo”, uma única decisão que teria o condão de vincular os juízes que julgassem questões futuras acerca da mesma controvérsia.

ODAHARA (2012) também distingue os dois termos, mas de maneira diversa de STRECK (2013), ao afirmar que “[...] o termo precedente designa tão-somente a vinculação vertical de decisões, enquanto o *stare decisis* continue fazendo referência àquela de ordem horizontal.” (ODAHARA, 2012, p. 106)

Para agravar a dificuldade conceitual, contrariando ODAHARA (2012), NOGUEIRA (2011, p. 167) assegura que o *stare decisis* pode ser didaticamente dividido em vertical - no qual cortes superiores vinculam inferiores - e horizontal - quando a corte vincula a si mesma.

Independentemente das controvérsias conceituais, que dificultam que se tenha uma noção mais precisa da distinção entre o precedente e o *stare decisis*, faz-se relevante destacar como eles surgem e se estabelecem no sistema do *common law*. Outrossim, tendo em vista a adequação desse sistema com o passar do tempo, é também de grande relevância a compreensão de como o precedente e o *stare decisis* perdem seu efeito e deixam de existir.

3. A AURORA E O OCASO DO PRECEDENTE

O presente capítulo destina-se a identificar algumas das formas pelas quais os precedentes e *stare decisis* surgem e desaparecem, tendo em mente que essas são as chaves para se compreender a dinâmica do sistema do *common law*.

A despeito das enumerações feitas a seguir, é sabido que essas não são formas estanques, e que o rol traduzido não esgota as inúmeras possibilidades para que um precedente se estabeleça ou perca importância no cenário americano e inglês.

3.1. O surgimento do precedente e do *stare decisis*

Entendido o contexto histórico em que se desenvolveu o *common law*, há que se considerar que a realidade atual apresenta-se muito mais complexa e plural do que a sociedade medievá em que o *common law* surgiu. As novas demandas e o aumento incontrolável do número de casos submetidos ao arbítrio do Poder Judiciário reclamam que este tenha critérios cada vez mais estritos para que um precedente seja adotado. Em última análise, a estabilidade dos precedentes promove a segurança jurídica e a própria legitimidade do judiciário.

A seguir são enumeradas algumas razões para adoção do precedente e do *stare decisis* (FINE, 2012): i) previsibilidade; ii) justiça, com base em uma noção anglo-americana de justiça compensatória, segundo a qual é vital que casos semelhantes sejam decididos de forma semelhante; iii) eficiência judiciária: as cortes podem abreviar discussões sobre questões pacificadas; iv) integridade do sistema judicial, o que inspira confiança, segurança jurídica; e v) processo de tomada de decisões conscienciosa: esse tópico pode ser entendido como o cuidado para perpetuar uma decisão que vise a “algo bom”, com base nos valores sociais e na convivência harmoniosa em sociedade.

Todavia, nem todos os precedentes irão vincular as decisões futuras das cortes. Isto se deve à interpretação dos litigantes e do magistrado em determinado caso. A seguir, enumeram-se alguns fatores que determinam se um precedente é ou não vinculante (FINE, 2012, p. 78-82): i) a similaridade das questões apresentadas; ii) a relação entre a corte que decidiu o caso anterior e a corte que está se confrontando com a questão similar atualmente (*rulings* da Suprema Corte, dos tribunais de apelação, das cortes distritais); iii) a similaridade dos fatos apresentados; iv) se o princípio legal sob o qual o caso anterior é citado como precedente é uma declaração da Corte (*dictum*) posta como sendo parte das razões de decidir (*holding*).

Além de poder ser ou não vinculante, o precedente também tem diferentes níveis de “força”, que representam a soma dos fatores que determinam com que intensidade as cortes irão aderir ao precedente no futuro. Podem existir circunstâncias excepcionais que tornem um precedente mais forte, mas, em regra, podem ser identificados os cinco fatores principais (NOGUEIRA, 2011, p. 176). O primeiro fator que determina a força de um precedente é a

matéria a que se refere: precedentes sobre matéria constitucional têm mais força. Outro ponto que corrobora com o sucesso do precedente são os juízes decidiram o caso paradigma: quanto maior for o prestígio pessoal do juiz, maior será a força do precedente criado a partir da sua sentença. Um aspecto interessante que revela a força de um precedente é o placar da votação: placares apertados indicam que determinada questão pode não estar bem resolvida. O quarto aspecto que influencia na força de um precedente é a sua idade. Por fim, o que pode também determinar o quão forte é um precedente é a sua repercussão em casos futuros.

3.2. O fim do precedente e do *stare decisis*

A despeito do papel central que o precedente e o *stare decisis* representam no *common law*, são necessárias alternativas para que eles possam ser superados. Para STRECK (2013), é necessário perscrutar se é possível utilizar um precedente sem que ocorram distorções muito graves. Caso essas distorções sejam inequívocas, o precedente deverá ser afastado.

A adoção de um critério para que um precedente seja afastado em um caso real cabe ao juiz. Porém, a parte à qual não interessar que um precedente seja aplicado à demanda deve tentar demonstrar que a situação atual não comporta a aplicação do precedente que vem sendo reafirmado. Os motivos pelos quais o magistrado poderia decidir são inúmeros, mas vale a pena o esforço de se classificarem algumas das hipóteses (FINE, 2012, p. 85): i) as regras mostraram-se impossíveis de aplicar na prática; ii) a regra está sujeita a um tipo de condicionante que trará uma dificuldade ou iniquidade se for revogada; iii) um princípio legal sofreu tantas mudanças que transformou a regra antiga em nada além de uma reminiscência de uma doutrina abandonada; ou iv) os fatos mudaram tanto, ou passaram a ser interpretados de forma tão diferente, que a norma original perdeu uma aplicação ou justificativa significativa.

Diante de uma das incongruências listadas supra, ou de outra causa que justifique a inaplicabilidade do precedente ao caso concreto, é preciso que o tribunal adote alguma técnica para que legitimar sua decisão sobre um fundamento diverso do precedente. As duas principais técnicas para superação de um precedente são o *overruling*¹ e o *distinguishing*².

O *overruling* é a técnica que os tribunais usam para superar um precedente, substituindo-o por uma nova regra. Uma das hipóteses em que isso ocorre está relacionada à

¹ Uma tradução possível para o termo *overruling* nesse contexto seria “superação”: o precedente antigo é superado por uma nova forma de decidir.

² O termo *distinguishing* poderia ser satisfatoriamente traduzido como “diferenciação”.

mudança de composição do tribunal que elaborou determinado precedente. Outra situação recorrente trata-se da mudança na lei que integra a *ratio decidendi* do precedente. Há que se destacar também que um precedente pode ser superado mediante a mudança dos valores da sociedade. É notório que esta última hipótese de superação do precedente demanda um lapso temporal mais extenso, além de que se tenha alguma expectativa de que a mudança de valores sociais tenha ocorrido de forma significativa. Apesar da tentativa de se enumerar as situações em que os precedentes são superados, não se pode afirmar que os critérios para superação de um precedente sejam muito claros (NOGUEIRA, 2011, p. 198).

O *overruling* deve ser utilizado com cautela, tendo em vista que a reiteração das decisões em conformidade com o precedente representam o fundamento do sistema do *common law* e fonte primária da segurança jurídica.

Já o *distinguishing* é usado quando se deixa de aplicar o precedente mediante o entendimento que o caso em questão apresenta particularidades que desobrigam o tribunal a agir em conformidade com decisões anteriores. Assim sendo, o juiz afasta a regra constante do precedente, podendo decidir em discordância desse (NOGUEIRA, 2011, p. 199). No que tange às hipóteses em que um precedente é afastado por meio do *distinguishing*, é sabido que as diferentes demandas judiciais não são idênticas. Dessa forma, o uso dessa técnica também depende da interpretação do tribunal sobre a adequação do caso aos limites do precedente estabelecido. Em geral, os tribunais se mostram mais propensos a aplicar o *distinguishing* quando for indesejável a aplicação do precedente ou quando a consequência deste para o caso atual for uma situação notadamente injusta (FINE, 2012, p. 84).

Essas e outras formas menos explícitas de superar um precedente são meios de dinamizar o sistema jurídico, a fim de se buscar a resposta mais adequada ao problema jurídico concreto a ser solucionado. Todavia, a maior dificuldade ao lidar com esse sistema de vinculação de decisões pelas anteriores reside em encontrar o cerne de um julgado, o espírito da decisão: a *ratio decidendi*.

4. *RATIO DECIDENDI*: O ESPÍRITO DO PRECEDENTE E DO *STARE DECISIS*

A *ratio decidendi* é a parte da decisão que efetivamente vincula, mas sua determinação não é algo simples (NOGUEIRA, 2011, p. 169). É na *ratio decidendi* que se pode encontrar o que se chama no *common law* de *binding element*.

Existem dois pontos de vista principais sobre *ratio decidendi* na teoria jurídica. A primeira é a que diz que a *ratio decidendi* é a regra ou princípio utilizado por uma corte para

decidir um caso. A segunda é a teoria de Goodhart, em que a *ratio* consiste nos fatos que o juiz do precedente acredita serem materiais, e cuja decisão do juiz se baseia em tais fatos. Para a teoria de Goodhart, a forma da *ratio decidendi* é: “em um caso concreto futuro em que se verifiquem os fatos A, B e C, o tribunal deve chegar à conclusão X” (SCOFIELD, 2005).

O artigo de Goodhart de 1928 parece mostrar a noção de *ratio decidendi* pela perspectiva da teoria clássica. Esse artigo foi importante porque provocou a reação do realista Joseph Francis, para quem os juízes decidem da seguinte forma: primeiro eles decidem quais conclusões trarão, para depois construírem a justificativa da decisão. Francis entendia que os fatos constitutivos de uma determinada relação jurídica dependem - como dizem os behavioristas - dos padrões de comportamento do juiz (consequências legais que o juiz deseja, seu senso de justiça, senso de valores contemporâneos) (SCOFIELD, 2005).

A crítica de Goodhart era que os juízes e doutrinadores não estavam vendo as *rationes decidendi* da forma como elas eram vistas pelos juízes quando decidiam os precedentes. Goodhart acreditava que a doutrina do *ratio decidendi* até poderia vir a ser extinta nos EUA, mas sua preocupação era de que houvesse algo no lugar dela. Do contrário, não haveria limites para a “legislação judicial” (SCOFIELD, 2005).

Os realistas americanos eram céticos em relação à regra, e não acreditavam que os casos ordinariamente eram decididos por juízes seguindo regras.

A grande ameaça à teoria de Goodhart presente na obra de Francis e Oliphant era o cientificismo. Este último tinha como pano de fundo o Behaviorismo, que foi adotado por cientistas políticos como behavioralismo. No campo jurídico, o behaviorismo servia de suporte para a ideia de que, enquanto ciência, o fenômeno natural a ser pesquisado na prática jurídica era o comportamento dos juízes frente a determinados estímulos. Logo, o que faria o juiz decidir de uma ou de outra forma dependia essencialmente de uma questão comportamental, pessoal, e não da tentativa de extrair de inúmeras decisões anteriores as *rationes decidendi* (SCOFIELD, 2005).

E, para melhor entender a natureza do cientificismo da primeira metade do século XX, era necessário conhecer melhor a filosofia dominante da ciência da época: o positivismo lógico. A ideia era libertar o conhecimento da metafísica utilizando observação empírica e análise lógica, sob a premissa de que afirmações metafísicas não têm significado. Para Alf Ross, autor integrante do realismo escandinavo, uma proposição sobre uma lei válida precisa ser interpretada não em relação a uma força vinculativa derivada de princípio, mas de fatos sociais, possibilitando que as proposições doutrinárias ou suas implicações sejam verificadas (SCOFIELD, 2005).

O ceticismo sobre a doutrina da *ratio decidendi* da primeira metade do século passado decorreu principalmente dos autores dessas duas correntes: positivismo lógico e (legal) realismo. Ainda que houvesse afiliados comuns, tais correntes eram distintas, mas convergiam na crítica à doutrina da *ratio decidendi* como um conjunto de ideias metafísicas, que acabavam por deixar o juiz livre para decidir o caso da maneira como bem entendesse, escolhendo arbitrariamente de quais princípios se valeria (SCOFIELD, 2005).

Alguns anos depois de escrever o artigo que causou tantas reações adversas, Goodhart fez algumas concessões às ideias de seus críticos. Para os behavioristas, ele admitiu que os juízes são fortemente influenciados pelos fatos. Para os realistas, ele admitiu que a racionalização e princípios muito amplos não explicam os resultados dos casos.

A teoria de Goodhart não teve tanta influência na prática judicial americana, tendo tido mais espaço entre os doutrinadores. Os aspectos técnicos e não retóricos de argumentação jurídica não despertaram muito interesse na prática jurídica americana, provavelmente em razão do legado deixado pelos realistas, que não se interessavam pela *ratio decidendi*. De qualquer forma, as ideias de Goodhart influenciaram debates e a literatura sobre a forma como os juízes decidem, especialmente na Inglaterra do bem-estar social.

Atualmente, o interesse pela noção de permanência das decisões judiciais nos sistemas jurídicos inglês e americano reaparece em novas discussões. É mediante a análise de casos emblemáticos que se torna mais evidente o interesse pela *radio decidenti*, ainda que não se evoque essa expressão. O fato é que permanece a dificuldade de se precisar qual parte do conteúdo de uma decisão será considerada como *ratio decidendi* no futuro.

Um exemplo didático de como um precedente pode influenciar as decisões futuras, e até mesmo a configuração de um novo procedimento para tutela de direitos pode ser identificado por meio do estudo do caso a seguir. Observe-se que o trecho que tornou o julgamento tão famoso não se encontrava sequer no corpo do texto da decisão, mas em uma nota de rodapé, que poderia passar despercebida por olhares menos atentos.

5. ESTUDO DE CASO (CASE LAW): USA V. CAROLINE PRODUCTS CO. 304 U.S. 144 (1938)

O termo *case law* pode tanto designar um conjunto de decisões sobre determinado tema em abstrato (acepção em que se aproxima de um conceito pátrio de jurisprudência), assim como pode se referir a um caso concreto específico. Nesta última acepção, geralmente

se utiliza o termo *case law* para se referir a casos de grande relevância para o desenvolvimento jurisprudencial em países de tradição do *common law*.

Ao se trabalhar com um *case law*, deve-se proceder a uma análise passo-a-passo da decisão, que permitirá que o jurista identifique os pontos mais importantes da decisão e extraia conclusões que lhe serão úteis em casos futuros.

Ao se verificar a anatomia de um caso, é relevante identificar sistematicamente (FINE, 2012): as informações básicas sobre o caso, os fatos materiais, o histórico processual, as questões legais (*issues*), as regras dedutíveis (*holding*) e as razões do julgamento (*reasoning*).

Um exemplo de *case law* de grande importância, cujas repercussões ultrapassaram as fronteiras dos Estados Unidos, pode ser encontrado na decisão da ação USA v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938)³.

5.1. Fatos materiais (*facts*)

A Empresa *Carolene Products Co.* foi acusada pelos Estados Unidos de violar o "*Filled Milk Act*" - uma lei federal que proibia o comércio interestadual de leite desnatado acrescido de outros óleos ou gorduras diferentes da gordura do leite. A companhia supracitada se defendeu alegando que a referida lei federal ("*Filled Milk Act*") era inconstitucional, pois esta extrapolava os poderes do Congresso de regular o comércio interestadual (*Commerce Clause*) e o devido processo legal (*due process of law*). Em primeira instância (*District Court for the Southern District of Illinois*), a ré foi absolvida, decisão reafirmada na instância seguinte (*Seventh Circuit Court of Appeals*)⁴.

³ A decisão do caso pode ser consultada em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html#T4>>.

⁴ A decisão do caso USA v. Carolene Products Co. 304 U.S. 144 (1938) inicia-se com as seguintes considerações: "The Filled Milk Act of Congress of Mar. 4, 1923, defines the term Filled Milk as meaning any milk, cream, or skimmed milk, whether or not condensed or dried, etc., to which has been added, or which has been blended or compounded with, any fat or oil other than milk fat, so that the resulting product is in imitation or semblance of milk, cream, or skimmed milk, whether or not condensed, dried, etc.; it declares that Filled Milk, as so defined, 'is an adulterated article of food, injurious to the public health, and its sale constitutes a fraud upon the public', and it forbids and penalizes the shipment of such Filled Milk in interstate commerce. Defendant was indicted for shipping interstate certain packages of an article described in the indictment as a compound of condensed skimmed milk and coconut oil made in the imitation or semblance of condensed milk or cream, and further characterized by the indictment in the words of the statute, as 'an adulterated article of food, injurious to the public health'." Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html>>. Acesso em 15 set 15.

5.2. Questões jurídicas decididas (*issues*)

O Congresso tem competência para editar uma lei que interfira no comércio de leite "adulterado" entre estados federados? O "*Filled Milk Act*" é uma lei constitucional? Foi respeitado o direito da *Carolene Products Co.* ao devido processo legal, conforme preconizado na 5ª Emenda?⁵

5.3. Regras dedutíveis (*Holding - Rules*)

O "*Filled Milk Act*" não extrapolou os poderes do Congresso para normatizar o comércio interestadual, nem violou o devido processo legal previsto na 5ª Emenda. Logo, o "*Filled Milk Act*" tratava-se de uma lei constitucional.

5.4. Razões do julgamento (*reasoning*)

A Constituição Federal assegura a competência do Congresso para legislar em matéria de comércio interestadual, e esse poder deve ser exercido sem limitações, exceto aquelas previstas no próprio texto constitucional.

A limitação ao comércio do leite adulterado tinha por base duas questões de ordem pública. A primeira delas se referia a saúde pública, pois o leite desnatado adicionado de óleos e gorduras diferentes da gordura do leite era prejudicial à saúde das pessoas, em especial dos indivíduos em fase de crescimento. A segunda questão de ordem pública era o repúdio à fraude contra os consumidores, pois o leite adulterado era vendido em embalagens similares ao leite integral, por um preço mais baixo, sem que fosse informado aos cidadãos dos riscos relacionados ao consumo prolongado daquele produto.

5.5. Decisão (*outcome - disposition*)

O *Justice Stone*, ao apresentar a opinião da Suprema Corte, afirmou que a proibição legal do comércio interestadual de leite adulterado trata-se de um exercício regular (constitucional) do poder da união de regular o comércio interestadual. Isso porque a ré não conseguiu demonstrar de forma evidente que a lei federal era inconstitucional. Tal decisão foi

⁵ “Appellee assails the statute as beyond the power of Congress over interstate commerce, and hence an invasion of a field of action said to be reserved to the states by the Tenth Amendment. Appellee also complains that the statute denies to it equal protection of the laws and, in violation of the Fifth Amendment, deprives it of its property without due process of law, particularly in that the statute purports to make binding and conclusive upon appellee the legislative declaration that appellee's product ‘is an adulterated article of food injurious to the public health and its sale constitutes a fraud on the public’.” Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html>>. Acesso em 15 set 15.

seguida pela maioria da Suprema Corte, com apenas um dos juízes (McReynolds) votando pela manutenção da decisão da primeira instância.

5.6. Análise Crítica do Caso

O caso em análise pode ser considerado um dos mais significativos da Suprema Corte dos Estados Unidos. Tal importância se deve nem tanto ao desfecho da controvérsia em si, mas à “mais famosa nota de rodapé da história”: a *footnote 4*.⁶

Para apreender a importância do caso, convém lembrar que o caso se passa no ano de 1938, num contexto de fortes mudanças na política americana. Após mais de três décadas marcadas pelo conservadorismo liberal, período jurídico denominado *Lochner Era*, o Presidente Franklin Delano Roosevelt, com um Congresso favorável, tenta emplacar o *New Deal* e o *Welfare State* nos Estados Unidos. Tão profunda mudança envolvia tanto uma maior atuação e intervenção do Estado na economia e na vida privada, quanto uma maior atuação da União frente aos estados federados. Naturalmente, o Poder Judiciário era o único que podia, de alguma forma, impor limites ao movimento. Após sucessivas derrotas no Judiciário, principalmente nos anos de 1935 e 1936, e após uma polêmica proposta de reforma da Suprema Corte, conhecida como *Court Packing*, o governo passa, em 1937, devido a alguns acontecimentos providenciais, a ter resultados favoráveis.

⁶ Footnote 4:

“There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See *Stromberg v. California*, 283 U. S. 359, 283 U. S. 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 U. S. 444, 303 U. S. 452.

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see *Nixon v. Herndon*, 273 U. S. 536; *Nixon v. Condon*, 286 U. S. 73; on restraints upon the dissemination of information, see *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U. S. 697, 283 U. S. 713-714, 283 U. S. 718-720, 283 U. S. 722; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U. S. 233; *Lovell v. Griffin*, supra; on interferences with political organizations, see *Stromberg v. California*, supra, 283 U. S. 369; *Fiske v. Kansas*, 274 U. S. 380; *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 274 U. S. 373-378; *Herndon v. Lowry*, 301 U. S. 242, and see *Holmes, J.*, in *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 268 U. S. 673; as to prohibition of peaceable assembly, see *De Jonge v. Oregon*, 299 U. S. 353, 299 U. S. 365.

Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510, or national, *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U. S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U. S. 284, or racial minorities, *Nixon v. Herndon*, supra; *Nixon v. Condon*, supra: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare 17 U. S. Maryland, 4 Wheat. 316, 17 U. S. 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U. S. 177, 303 U. S. 184, n 2, and cases cited.” Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/case.html>>. Acesso em 15 set 15.

Nesse contexto, o caso em análise é muito representativo dessa transição, podendo ser considerado como a decisão que a consolida (PEREIRA, 2007).

E mais do que a decisão em si, a nota de rodapé número 4 - considerada posteriormente como "profética" - representou a terceira fase do desenvolvimento da teoria das posições preferenciais. Essa foi a primeira vez que se registrou em uma decisão que determinados temas, quando discutidos pela Suprema Corte, devem se submeter a um procedimento mais estrito de verificação da compatibilidade entre efeitos desejados e meios utilizados para alcançá-los.

O *justice* Stone, relator do caso, registrou que os atos dos poderes legislativo e executivo em geral gozam de uma presunção de constitucionalidade. Dessa forma, diante de um questionamento de constitucionalidade de atos estatais, a Suprema Corte deve se limitar a fazer uma verificação sumária do nexos entre o fim almejado por meio de determinado ato e as restrições que ele implica.

Todavia, na nota de rodapé nr. 4, o *justice* Stone faz três ressalvas à consideração descrita supra. Em seu texto, o magistrado afirma que determinados direitos, quando mitigados ou suprimidos por determinado ato, precisam ser submetidos a um procedimento de análise diferenciado. Assim ele colocou algumas garantias em um patamar superior às demais, oponíveis inclusive aos atos estatais, sendo reservado a tais matérias um método por meio do qual se faz um escrutínio estrito. Para tanto, a fim de se restringir um desses direitos fundamentais, é necessário que se demonstre de maneira muito mais clara a imprescindibilidade do ato que viola tais direitos, bem como a impossibilidade de se alcançar os objetivos almejados por atos menos lesivos.

O *justice* Stone afirmou que três gêneros de direitos merecem *status* superior, dignos de ser submetidos a escrutínio estrito. O primeiro refere-se aos direitos e garantias previstos nas emendas constitucionais de 1 a 10, assim como outros direitos não explícitos nas referidas emendas, mas reconhecidos pela jurisprudência como sendo fundamentais. O segundo gênero de garantias engloba aquelas que visam a reforçar o processo democrático: merecem se submeter a verificação pormenorizada atos estatais que, por exemplo, restrinjam o direito ao voto. Por fim, o magistrado destacou que o mesmo procedimento deveria ser utilizado quando se mitigassem direitos de minorias excluídas e isoladas (*discrete and insular*), tais como minorias étnicas, raciais, religiosas; uma vez que tais grupos, por serem subrepresentados, já possuem entraves à participação no processo político democrático.

O aspecto dessa nota de rodapé que mais impressiona um jurista formado no *civil law* é, em síntese, uma das grandes distinções desse sistema para o *common law*: a Suprema

Corte, em vez de afirmar de pronto a posição superior de determinadas garantias, estabelece a necessidade de se criar um procedimento diferenciado para julgar determinados casos. Esse método explicita o “*remedies procede rights*”, princípio típico do *common law* segundo o qual, para que uma questão seja discutida (ou discutida de uma maneira própria) pelo judiciário, é preciso que haja previamente um rito processual com aquele fim, que permita que o pleito possa aspirar a ser reconhecido como um direito material.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se verificar que o sistema do *common law* apresenta diferenças fundamentais em relação ao *civil law*, sendo necessária uma análise criteriosa para se compreender as razões de tais distinções. Nesse sentido, buscou-se reunir elementos históricos que permitissem a constatação de que o *common law* não foi um sistema criado e instituído em curto período. Em vez disso, ele é o resultado da criação secular na Inglaterra da Idade Média, durante os quais o sistema se estruturou e ganhou força, o que o fez perdurar até os dias de hoje, sem prescindir das adaptações que as mudanças sociais suscitaram.

Esse processo de formação do *common law* não o torna melhor nem pior que o *civil law*. Em vez disso, um aprendizado que se pode colher desse passeio histórico é que os diferentes regimes são inerentes ao desenvolvimento de cada povo, o que suscita a transformação do ordenamento jurídico para que este continue a desempenhar seu papel de forma legítima.

Percebeu-se que o precedente é o grande eixo sobre o qual se formou o *common law*. Mediante a inexistência de regulamentos dos quais se pudesse extrair a solução para as diversas controvérsias, os juizes ingleses tornaram-se os oráculos que revelavam os direitos existentes. O que conferiu legitimidade e estabilidade a esse sistema que aparentemente apresentaria dificuldades de se sustentar foi a correspondência entre decisões para controvérsias semelhantes, o que inspirou a segurança de que havia um conjunto de direitos perene, estável, que não estavam sob o arbítrio dos juizes, mas que podiam ser por eles revelados.

Corroborando com isso, a expressão *stare decisis* sugere que os magistrados devem manter as decisões de seus antecessores para situações afins, buscando não alterar aqueles direitos que já foram pronunciados anteriormente. Para os fins a que se destinam essas reflexões, a despeito das particularidades identificadas por diferentes autores, acredita-se que

o precedente e o *stare decisis* são termos cuja distinção não seria essencial para um jurista do *civil law* que busca inspirar-se no *common law* a fim de aprimorar seu próprio ordenamento.

O Brasil, fortemente influenciado pela tradição romano-germânica que foi trazida para o país durante a colonização, possui institutos que, em regra, se assemelham aos demais países que adotaram o *civil law*. Conforme já se destacou, isso não se trata de uma escolha mais ou menos acertada: o ordenamento jurídico atual de cada Estado é resultado do processo histórico e suas particularidades.

Os precedentes característicos do *common law*, por exemplo, não encontram um correspondente direto no sistema jurídico brasileiro. Mesmo com a edição das súmulas vinculantes – por meio das quais se imaginou que o Poder Judiciário pudesse firmar o entendimento sobre algum tema e, dessa forma, revelar um direito –, observa-se que a lógica do instituto é distinta do precedente no *common law*. Com base na gênese desse sistema, o que configurava um precedente era a reiteração de decisões para casos semelhantes, sinalizando-se quais eram as decisões anteriores que embasavam a solução escolhida pelo magistrado. Já no sistema das súmulas vinculantes, o que existe é uma declaração do Supremo Tribunal Federal de como determinada questão deve ser tratada a partir de então, restringindo-se os limites de decisão do juiz e buscando privilegiar a segurança jurídica.

Isso é explicável à luz das rupturas dos últimos três séculos por que os países europeus continentais que mais influenciaram o *civil law* passaram, durante as quais acreditou-se que o poder judiciário seria o elemento de frenagem dos avanços almejados, sendo prudente submeter os juízes ao conjunto de normas compatíveis com os novos objetivos dos que detinham o poder.

Logo, a despeito da reverência que algumas vezes é feita aos sistemas alienígenas, é indispensável considerarmos que a solução eficiente para um determinado povo pode não sê-lo para outro. É nesse sentido que sugere-se que a importação de institutos do *common law* – em especial os remédios⁷ – seja feita de maneira muito restrita, posterior a análise aprofundada e amplo debate entre operadores do Direito dos diversos ramos.

⁷ No sentido de procedimentos para tutela de direitos específicos.

REFERÊNCIAS

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis***. Revista dos Tribunais, v. 920, jun. 2012.
- COLE, Charles D. ***Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law***. Revista dos Tribunais, v. 752, jun. 1998.
- DUXBURY, Neil. ***The nature and authority of precedent***. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- GOODHART, Arthur. ***Determining ratio decidendi of a case***. Yale Law Journal, v. XL, n. 2, dec. 1930.
- HORTY, John. **Rules and reasons in the theory of precedent**. Legal Theory, 17, 2011.
- MORRISON, Trevor W. ***Stare decisis en the Office of Legal Counsel***. Columbia Law School, oct. 2010.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. ***Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In: **A força dos precedentes**. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. Salvador: JusPodivm, 2012.
- PEREIRA, S. Tavares. **Devido Processo Substantivo**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 7, nº 682, 04 de dezembro de 2007. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/artigos/70-artigos-dez-2007/6112-devido-processo-substantivo>>.
- SCOFIELD, Robert. ***Goodhart's concession: defending ratio decidendi from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century***. The King's College Law Journal. 16 KCLJ 311, 2005.
- _____. ***The distinction between judicial dicta and obiter dicta***. Los Angeles Lawyer, oct. 2002.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.