

4

Comparação dos mecanismos da súmula vinculante e do *stare decisis* do direito norte-americano

4.1

Sobre o *stare decisis*

“The American judicial system is premised in large part on the principle of *stare decisis*, which is the norm requiring that judges follow precedent. As Alexander Hamilton put in Federalist 78, ‘[judges] should be bound down by strict rules and precedents, which serve to define and point out their duty in every particular case that comes before them.’”⁶⁶⁵

Preliminarmente, importante tecer alguns comentários que nos auxiliem no entendimento do que se entende por *stare decisis*. Devemos definir, portanto, o objeto modelo de nossa comparação. Conscientes, contudo, de que toda definição tende a ser uma redução ou simplificação da realidade e de que determinados aspectos do que se está por definir podem ser controversos, não pretendemos dar um conceito fechado, mas apontar para uma idéia geral que nos auxilie na comparação.⁶⁶⁶ Vale observar, ademais, que optamos por apresentar

⁶⁶⁵ HANSFORD, Thomas; SPRIGGS, James F. *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*. Princetown University Press, 2006. p.18. O sistema jurídico norte-americano está largamente baseado no princípio do *stare decisis*, que é a norma que requer que os juízes sigam os precedentes. Como Alexander Hamilton coloca no Federalista 78, ‘juízes devem estar vinculados por regras estritas e precedentes, os quais servem para definir e apontar seu dever em cada um dos casos que confrontam. (tradução livre).

⁶⁶⁶ Acerca da falta de entendimento pacífico sobre como opera o *stare decisis*, elucidativo comentário de Michael Sinclair: “But times change, and those decisions join the authority of the past, texts in tension with new, adaptive rationality. *Stare decisis*, the doctrine of precedent, mediates that tension, giving the edge to prior decisions, be they purely common law, or interpretations of statutes or constitutions. How does the doctrine of precedent do this? This is a surprisingly difficult question to answer. We may all have a pretty good grasp of the doctrine, and use it in analysis and argument, yet even at the descriptive level, theories can be surprisingly variable. For example, although *stare decisis* is “the characteristic and all-pervading method of the common law,” one is surprised to find in a widely used introductory textbook that “appellate courts, or so-called ‘higher’ courts, are not legally bound to adhere to the principle of *stare decisis*.” That is not a view shared by many, and certainly not by the justices of our Supreme Court.” SINCLAIR, Michael. *Precedent, Super Precedent*. Disponível em: http://www.georgemasonlawreview.org/doc/14-2_Sinclair.pdf.

primeiramente apenas uma visão geral do modelo, objeto de recepção, e que a conceituação da súmula vinculante se dará a partir da comparação e em referência ao modelo.

O *stare decisis* é a forma abreviada da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* (ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso) e é a pedra angular do sistema do *common Law*.⁶⁶⁷ É por força do *stare decisis* que a decisão de uma corte hierarquicamente superior é vinculante em todas as cortes inferiores na mesma jurisdição. Uma decisão judicial em um país cujo direito segue a tradição anglo-saxã não se limita a dirimir uma controvérsia, mas vai além e estabelece um precedente vinculante que assegure que, no futuro, um caso análogo seja decidido da mesma forma.⁶⁶⁸

Segundo René David, na Inglaterra, desde o século XIX, impera a regra do precedente a impor aos juízes, em determinadas condições, que sigam as regras de direito nascidas em julgamentos precedentes. Nos Estados Unidos, há regra semelhante, mas esta não funciona nas mesmas condições e não apresenta o mesmo rigor que a regra inglesa do precedente. Conforme explica o autor, nos Estados Unidos, tudo se encontra mais complicado pela estrutura federal do país. O que há é uma tensão entre exigências contraditórias: a exigência de segurança jurídica que favorece uma rigorosa regra do precedente e a exigência de harmonia na aplicação do direito nos diversos estados federados.⁶⁶⁹

⁶⁶⁷ “At the heart of the common law system is the doctrine of *stare decisis*. According to this doctrine, when a court has decided a case in a particular way, future cases should be decided the same way if the facts are substantially similar to the prior case.” EDWARDS, Linda H.. *Legal writing and analysis*. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 17.

⁶⁶⁸ LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare Decisis e Súmula vinculante: um estudo comparado*. Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 14. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Janeiro-julho, 1999. p. 166

⁶⁶⁹ “Tudo se encontra complicado, nos Estados Unidos, pelo novo elemento introduzido pela estrutura federal do país. Certamente, aspira-se a que o direito assegure a segurança das relações jurídicas e, neste aspecto, parece desejável uma rigorosa regra do precedente. Mas é também necessário evitar que se estabeleçam, entre o direito aplicado nos diversos Estados, diferenças irreduzíveis; por isso, é conveniente um enfraquecimento da regra. Em presença destas exigências contraditórias, concebe-se que os juristas americanos tenham evitado uma tomada de posição muito precisa. Conforme os casos, porão em destaque o rigor ou a flexibilidade necessários do direito jurisprudencial (...) Tudo o que de certo se pode dizer acerca da regra do *stare decisis* nos Estados Unidos é que ela comporta uma importante limitação: o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados as suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência. Por outro lado, bem entendido, os Estados são soberanos e a regra do *stare decisis* apenas funciona relativamente às matérias do domínio de

Stare decisis é, portanto, a expressão que sintetiza a idéia basilar do *common law* de que, se em certos casos se adotou determinada tese jurídica, é esta mesma tese que deve ser aplicada nos casos subseqüentes que sejam análogos ao primeiro julgado. Consiste, portanto, em instrumento de manutenção das decisões estabelecidas, em observância ao princípio estabelecido em precedente.⁶⁷⁰

Investigando qual seria o suporte teórico para a teoria do *stare decisis*, Peter Wesley-Smith argumenta que as duas teorias de adjudicação que coexistem nas mentes dos operadores do direito (notadamente juízes) no *common law* (*declaratory theory and positivism*) não proporcionam suporte teórico para uma operacionalidade completa da teoria do *stare decisis* (ideia de que as decisões judiciais precedentes *obrigatoriamente serão seguidas* nos casos subsequentes)⁶⁷¹. Segundo o autor, a autoridade absoluta do precedente é incompatível com ambas as teorias.

Representante da teoria declaratória, Blackstone afirmou serem os juízes os oráculos vivos do direito (*the living oracles*). A ideia central é a de que os juízes teriam autoridade delegada não para criar e pronunciar um direito novo, mas para manter e expor o direito antigo. Como explica Peter Wesley-Smith, o juiz deve, de acordo com a teoria declaratória, pesquisar e descobrir o direito que foi previamente reconhecido para declará-lo e aplicá-lo na nova controvérsia. Como explica o autor, Dworkin, em *Levando os Direitos à Sério*, apresenta uma versão mais sofisticada da teoria declaratória.

O debate entre Ronald Dworkin e Herbert L.A. Hart além de famoso na teoria do direito nos auxilia a compreender a teoria declaratória e a teoria positivista da adjudicação. Em linhas gerais, Dworkin rejeita o positivismo de Hart, que considera como a teoria dominante do direito ou a versão

competência dos Estados, no seio da hierarquia das jurisdições deste Estado...” DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 391.

⁶⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A suprema corte norte-americana: um modelo para o mundo?*. Revista brasileira de direito comparado. Rio de Janeiro, 1º semestre/2004. p. 43.

⁶⁷¹ O autor fala em *full doctrine of stare decisis* e esta seria a doutrina em sua expressão de obrigatoriedade absoluta (de observação dos precedentes). Nas palavras do autor a *full doctrine* ocorre quando: “... judicial decisions *must* be followed in appropriate subsequent cases.” WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 73.

contemporânea (ao debate) mais influente do positivismo, e seu modelo de regras e elabora um “modelo de regras e princípios”.

Com o intuito de chegar a uma teoria, em sua concepção, melhor que a de Hart, por dar conta da atividade dos juízes quando não há para o caso uma regra de direito clara disponível, ou seja, quando o que está em questão é um caso difícil, Dworkin elabora seu modelo de regras e princípios como forma de afastar a teoria da discricionariedade forte defendida, segundo ele, pelo positivismo de então. Dworkin defende as ideias de uma solução correta para cada caso, ainda em *Levando os Direitos a Sério*, e de melhor interpretação ou resposta fundada à luz da integridade, em um segundo momento, no seu livro *O Império do Direito*.

Segundo Dworkin, em consonância com a teoria declaratória, apesar de não se poder demonstrar a autoridade ou peso dos princípios pelo recurso a um critério de fonte social, mas tão somente recorrendo-se a um amálgama de práticas e de outros princípios, nem por isso os juízes possuem poder discricionário em sentido forte. O juiz, neste sentido, teria obrigação de alcançar uma compreensão acerca do que o direito exige e guiar-se por esta compreensão.⁶⁷²

Já a teoria positivista nega que a função do juiz se limite a declarar o direito através de um processo de descoberta da resposta certa ou do direito já reconhecido em precedente. Enquanto Dworkin e os representantes da teoria declaratória que o antecederam recharavam uma discricionariedade forte por parte dos juízes, mesmo nos chamados casos difíceis, a *common law*, para os positivistas, apenas surgiu porque foi criada por juízes com autoridade de criar o direito.⁶⁷³

⁶⁷² Para um aprofundamento maior nesta discussão ver: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 19^a ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. 371p. HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 5^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. 348 p.; LEITER, Brian. *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*. Disponível em: [HTTP://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=312781](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=312781) . Acesso em 25 de maio de 2010; SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. 238p.; SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide For the Perplexed*. Disponível em: [HTTP://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=968657](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=968657). Acesso em 25 de maio de 2010.

⁶⁷³ “The common law, said positivists, existed (if it existed at all) because it was laid down by judges who possessed law-making authority. Law was the product of judicial will. It was not discovered but created.” WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 74.

Segundo Peter Wesley-Smith, os juízes possuem boas razões para continuarem atraídos pela teoria declaratória. Ela funciona como um escudo contra a acusação de que o decisionismo é anti-democrático e absolve os juízes de responsabilidade pessoal pelas decisões. Aponta ser ainda comum que juízes considerem uma decisão de última instância como errônea como se houvesse um padrão (*standard*) ou a lei (*the law*)⁶⁷⁴, ou como acreditou Dworkin, uma resposta certa.

Poderíamos seguir conceituando as teorias e apresentando o debate, mas este não é um ponto central do trabalho.⁶⁷⁵ O importante é perceber a complexidade que envolve a teoria da vinculação a precedente. Portanto, vale retornar ao argumento de Peter Wesley-Smith de que não há um suporte teórico adequado para a teoria do *stare decisis*, ao menos em sua versão mais rigorosa. Como explica o autor, à primeira vista, a teoria declaratória parece exigir uma noção estrita de respeito ao precedente judicial, mas esse não é o caso. Aponta que mesmo Blackstone admitia uma exceção, a saber: quando o precedente for contrário à razão ou à lei divina. Desta forma, caso a decisão anterior fosse considerada injusta ou absurda, o juiz deveria rejeitar o precedente, mas não como um direito ruim (*bad law*), mas como um não direito (*not law*). Desta forma, a teoria declaratória admite que, por vezes, possa acontecer que o juiz se engane sobre o que é o direito.⁶⁷⁶ Como explica o autor, esta concepção de direito como essencialmente imutável, implícita quando se considera que há sempre uma decisão correta independente da expressão judicial, é incompatível com o *stare decisis*. Isto porque um juiz não pode estar vinculado à opinião de outro juiz quando seu dever é descobrir qual é o direito. Diferentemente do *stare decisis*,

⁶⁷⁴ Ibid. p. 76.

⁶⁷⁵ Para mais sobre o tema e sobre a história do *stare decisis*, ver: CHAMBERLAIN, Daniel H. *Doctrine of Stare Decisis: its reasons and its extent*. Prize Essay of the New York State Bar Association. Awarded January 10, 1885. Para um trabalho em português que toca na distinção entre as teorias declaratória e constitutiva do direito e em seu relacionamento com o *stare decisis* e o *common law*, ver: MARINONI, Luis Guilherme. *A aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.º 47, pp. 11-58, 2008.

⁶⁷⁶ “A judge is therefore bound to apply the law, not another judge’s determination of it; to declare the true principle, not a corruption of it founded upon error; to find and expound the genuine custom of the realm, not someone else’s opinion as to what that custom might be. WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 79.

para a teoria declaratória, um caso deve ser seguido porque é a correta expressão do direito. Já o *stare decisis* em sua versão mais rigorosa, ou *full doctrine of stare decisis*, exige que o precedente seja aplicado ainda que seja considerado errado pelo juiz do caso subsequente.⁶⁷⁷

Como mencionamos a teoria positivista admite o poder de criação do direito e o que Dworkin identificou como discricionariedade forte, portanto, esta teoria tampouco proporciona uma base teórica para o efeito vinculante dado ao precedente. Portanto, não há uma base teórica para a *full doctrine of stare decisis*.

Ademais, se a teoria declaratória não pode, em última instância, negar o direito de um juiz de discordar com a identificação do direito feita pelo juiz do caso antecedente, a teoria declaratória não pode incorporar em sua lógica, uma doutrina de vinculação a precedentes, exceto ao custo de que se descarte a teoria mesma.⁶⁷⁸ Como explica Peter Wesley-Smith, foi precisamente o declínio da teoria declaratória que abriu espaço para o desenvolvimento da moderna teoria do *stare decisis*. Neste sentido, quando o poder de criar o direito é reconhecido ao juiz a noção de vinculação vertical (*vertical stare decisis*), ou seja, de que uma corte inferior está vinculada às decisões de uma corte que lhe seja hierarquicamente superior, se torna perfeitamente racional. Como explica o autor, nenhuma corte superior pode ser considerada infalível quando ela apenas declara o direito e quando há uma crença generalizada na existência de uma única solução correta, contudo uma corte superior pode, dentro da lógica da hierarquia, impor sua autoridade a uma corte inferior.⁶⁷⁹

Todavia, a aceitação do poder de criação do direito do juiz não prove o mesmo suporte teórico à noção de vinculação horizontal (*horizontal stare decisis*), qual seja a de que uma corte tem a obrigação seguir seu próprio precedente. Isto porque a autoridade de criar o direito teria que ser uma autoridade contínua, o que seria negado caso a corte estivesse vinculada à suas próprias decisões. O autor identifica, portanto, que a a moderna teoria do *stare decisis*, surgida com o declínio

⁶⁷⁷ Ibid. p. 80.

⁶⁷⁸ Ibid. p. 81.

⁶⁷⁹ Ibid. p. 81-82.

da teoria declaratória, é um amálgama da teoria declaratória e das ideias positivistas. Neste sentido, a lógica da teoria opera da seguinte maneira: os juízes criaram as leis no passado, mas uma vez criada, a capacidade criativa dos juízes subsequentes restaria reduzida.⁶⁸⁰

Outra discussão que nos auxilia a compreender a complexidade do conceito e da operacionalidade da doutrina do *stare decisis* é o debate em torno de sua natureza ou status. Seria o *stare decisis* uma regra de direito ou uma prática? A obrigação imposta pelo *stare decisis* é uma obrigação jurídica? Como vimos, a adoção da teoria declaratória permite que juízes rejeitem o *stare decisis* como contrário ao seu dever de declarar ‘o direito’. Já a noção de que os juízes criam o direito (*full doctrine of stare decisis*) apenas dá conta de explicar a vinculação vertical (*vertical stare decisis*) e não a vinculação horizontal (*horizontal stare decisis*).

Como explica Peter Wesley-Smith, as cortes tendem a assumir que se os juízes fazem as leis, eles podem fazer do *stare decisis* uma regra jurídica. Essa lógica parece ser a mesma a animar uma introdução do sistema de vinculação a precedentes por meio de emenda à constituição como foi o caso da súmula vinculante no ordenamento brasileiro. Como explica o autor, esta posição opera uma distorção do sistema de *common law* porque neste o direito emerge da *ratio decidendi* de um caso concreto. Contudo, o autor aponta que um positivista mais sofisticado, como o de Hart, opera a incorporação do *stare decisis* no sistema jurídico através da regra de reconhecimento⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ Ibid. p. 83. Explicando a solução, aponta o desenvolvimento histórico: “The perception that judges were capable of laying down the law came at a time when, in constitutional thought, the appellate jurisdiction of the House of Lords was moving from frankly legislative to strictly judicial in nature; thus Lord Campbell, in particular, insisted that their Lordships had no right to alter the law they had themselves made (...) The judges were therefore in a dilemma: it was not respectable to be suspected of making law, particularly if they sat in the House of Lords, but the eclipse of the declaratory theory seemed to give them no option. Their solution was a curious amalgam of declaratory and positivist ideas (...) House of Lords decisions were granted infallibility – until 1966, at least.” Ibid. p. 83. Ver ainda ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 269 e seguintes. Segundo os autores, “...the most objectionable part of the doctrine, the rule that the House of Lords was strictly bound by its own previous decisions, was abandoned in 1966.” P. 269.

⁶⁸¹ A regra de reconhecimento (*rule of recognition*) é parte das regras secundárias que, segundo Hart, formam juntamente com as regras primárias (regras de obrigação, de tipo básico) o lugar central do direito (o direito como união de regras primárias e secundárias). As regras secundárias se dividem em regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento, cada uma delas trazida por

O problema com esta formulação é que a regra de reconhecimento como critério de identidade do direito, uma regra de pedigree e não de conteúdo⁶⁸², nada mais é do que o conjunto de critérios geralmente aceitos como fundamentais pela comunidade em um determinado sistema jurídico. E, conforme aponta Peter Wesley-Smith, não há um entendimento pacífico entre os operadores do direito sobre o status ou a natureza do *stare decisis*.⁶⁸³ Neste sentido, aponta o autor, a dúvida sobre a obrigatoriedade jurídica da vinculação a precedentes permanece e a natureza de prática jurídica permanece uma opção.⁶⁸⁴ Desta forma, segundo o autor, não apenas não há uma teoria que justifique o *stare decisis*, como o *stare*

Hart como remédio aos três defeitos que o autor diagnostica no que chama a estrutura social simples das regras primárias (incerteza, caráter estático e ineficácia da pressão social difusa). Sobre a regra de reconhecimento especificamente: “A forma mais simples de remédio para a incerteza do regime das regras primárias é a introdução daquilo a que chamaremos uma “regra de reconhecimento”. Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência em uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ela exerce.(...) Ao conferir uma marca dotada de autoridade, introduz, embora numa forma embrionária, a idéia de sistema jurídico: porque as regras não são agora apenas um conjunto discreto e desconexo, mas estão, de um modo simples, unificadas. Acresce que, na simples operação de identificação de uma dada regra como possuindo o aspecto exigido de se tratar de um elemento da lista de regras dotada de autoridade, temos o germe da idéia de validade jurídica.” HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 104-105.

⁶⁸² Dworkin referindo-se à concepção positivista por trás da regra de reconhecimento: “O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas” DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-28. “Dworkin assinala que o positivismo jurídico tradicional simplifica o direito descrevendo-o como um conjunto de regras que são válidas ou inválidas com respeito a um critério de pertencimento ou *pedigree* formal a partir do qual essa validade ou invalidez é mensurada.” SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 151.

⁶⁸³ WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 86. “The sceptical or enquiring judge, in other words, receives no guidance from such a theory. Curiously, there seems ultimately no genuine difference between this version of positivism and Simpson’s perception of the common law as ‘a body of practices observed and ideas received by a caste of lawyers’; Simpson is in effect describing the rule of recognition by which we identify what is to count as law. A particular practice, as Stone has suggested, can mature into law, if sufficiently supported by opinion. A legal practice, by the same token, can slide back down the continuum between practice and law and thus lose” its legal character. The problem therefore remains: why should *stare decisis* be regarded as law?” Ibid. p. 86.

⁶⁸⁴ Para outro texto interessante discutindo a natureza do *stare decisis*, ver: BENDITT, Theodore M. *The Rule of Precedent*. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 90-106.

decisis não pode ser afirmado enquanto lei e, portanto, os precedentes não podem ser dotados de autoridade absoluta.⁶⁸⁵

Toda a complexidade que envolve a teoria e, principalmente, as incertezas quanto à sua obrigatoriedade, natureza e conceituação⁶⁸⁶, nos auxiliam a perceber a importância e a justificativa dos instrumentos de flexibilização da teoria, o *distinguishing* e o *overruling*, que serão tratados adiante, e nos servem de suporte na afirmação de que a obrigatoriedade e a rigidez da súmula vinculante, quando comparada ao *stare decisis*, é excessiva, uma vez que não há espaços de dúvida e desacordo, não há instrumentos de flexibilização e há um instrumento de reforço da autoridade, o instituto da reclamação.

4.2

Nota sobre o *common law* e o *stare decisis* no direito norteamericano⁶⁸⁷

“The traditional view was that all legal systems could be placed into two categories, either code-based (or civil-law) systems that use written, codified

⁶⁸⁵ “The result is that whichever theory of their function is adopted by judges it is incompatible with *stare decisis*. We are therefore led to the position which prevailed when the declaratory theory was orthodox: *stare decisis* cannot be law, precedents cannot be absolutely authoritative. Judges owe their fidelity, not to the pronouncements of their predecessors, but to the law. They might not now identify that as ancient custom, and in practice they will usually discover it in the law reports, but they are ultimately free to reject a precedent if they do not believe it represents the law.” WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 87.

⁶⁸⁶ Importante apontar que outras limitações da doutrina poderiam ser apontadas. Amy Coney Barret indica, ao escolher como tema a limitação à doutrina de vinculação a precedentes apresentada pela garantia do devido processo legal, que outras limitações constitucionais ao *stare decisis* discutidas pelas cortes e pelos estudiosos são: tratar decisões não publicadas como privadas do status de precedente viola o artigo terceiro da Constituição? Teria o Congresso poder de derrogar *stare decisis* por meio de lei (*statute*)? Seria o *stare decisis* uma doutrina de hierarquia constitucional ou meramente discricionariedade do judiciário? BARRET, Amy Coney. *Stare Decisis and Due Process*. University of Colorado Law Review, Vol. 74, p. 1011, 2003.

⁶⁸⁷ Para uma distinção objetiva entre *common law* e *stare decisis*: “Tem-se que o *common law* é, nos países que adotam esse sistema, o direito do homem inglês, ou seja, o direito que deve ser aplicado ao caso, enquanto que a teoria do *stare decisis*, advinda do brocardo *stare decisis et quia non movere*, é um conjunto de técnicas recentemente criadas para a devida utilização daquele direito já criado e exposto através dos precedentes judiciais. Com isso, o *stare decisis* seria um instrumento para a manutenção do posicionamento do tribunal” SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. *A relação entre precedente judicial e súmula vinculante*. Monografia. Universidade Estadual de Maringá, 2009. p. 94. Para uma perspectiva teórica e histórica da referida distinção ver: MARINONI, Luis Guilherme. *A aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.º 47, pp. 11-58, 2008.

statutes without reference to prior individual decisions, or common-law (or case-based) systems that use prior judicial decisions as the source for statements of law.”⁶⁸⁸

Os Estados Unidos são tradicionalmente identificados como membro da família do *common law*. Apesar do *common law* continuar tendo considerável importância, principalmente em certas áreas do direito nacional, como o direito dos contratos, o direito de propriedade e o direito de família, muitas áreas da prática jurídica são altamente codificadas e, portanto, influenciadas pela tradição europeia do *civil law*. Os chamados *statutes* regulam boa parte do direito tributário, do processo civil e do processo penal. Desta forma, é adequado entender o direito americano como uma mistura de ingredientes pertencentes tanto à cultura do *common law* quanto à cultura do *civil law*.⁶⁸⁹

A ideia do precedente, contudo, é uma herança do *common law* bastante arraigada e parte da cultura americana, além de alicerce do sistema jurídico. Para os americanos, o direito é menos uma disciplina teórica e científica e mais uma arte prática.⁶⁹⁰ O direito deve ser descoberto e aplicado pelos juízes.⁶⁹¹ Os juízes americanos são bastante influenciados pela ideia típica do *common law* de que consistência na aplicação do direito deve ser demonstrada em cada decisão judicial. Cada decisão, portanto, deve ser explicada no contexto de decisões anteriores pertinentes. Tal processo cria o que pode ser visto como uma ininterrupta discussão entre o passado e o presente, entre os juízes do passado e os do

⁶⁸⁸ ABERNATHY, Charles. *Law in the United States: American casebook series*. Thompson west: 2006. p.15. A visão tradicional era a de que todos os sistemas jurídicos poderiam ser alocados em duas categorias, seriam ou sistemas escritos, com leis codificadas e sem referência a decisões anteriores de forma individualizada, portanto, baseados em códigos (ou direito civil); ou direito comum (ou casuístico), sistemas nos quais decisões judiciais prévias são fonte de direito. (Tradução livre).

⁶⁸⁹ Ibid. p.2

⁶⁹⁰ “Behind the characteristic doctrines and ideas and techniques of the common-law lawyer there is a significant frame of mind. It is a frame of mind which habitually looks at things in the concrete, not in the abstract; which puts faith in experience rather than in abstractions. It is a frame of mind which prefers to go forward cautiously on the basis of experience from this case to that case, as justice in each case seems to require, instead of seeking to ferret everything back to supposed universals...” POUND, Roscoe. *What is the Common Law?* Apud ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 266-267.

⁶⁹¹ “What is *the law*? Philosophers have debated the question for centuries. For present purposes, let us think of the law as the collection of precedents, rules, principles, and policies employed by judges when justifying their decisions.” BURTON, Stephen J. *An introduction to law and legal reasoning*. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 1.

presente, entre os juízes do presente e os *founding fathers* acerca da correta interpretação da constituição e das leis. Através desse processo interpretativo, a *common law*, também referido como *case-based law*, por ser o direito que nasce do caso analisado e decidido, influencia a interpretação dos códigos.⁶⁹²

No sistema americano, um caso será um precedente e será considerado lei quando tiver a autoridade de informar acerca das condutas socialmente adequadas. O precedente informa padrões de conduta tanto para os jurisdicionados quanto para os juízes das cortes inferiores.⁶⁹³ O precedente informa aos juízes inferiores sobre qual é a regra do direito aplicável (*rule of law*⁶⁹⁴). Dos juízes inferiores se espera que considerem os parâmetros ou *standards* estabelecidos nas decisões superiores e apliquem a regra de direito de forma consistente.

“Whatever one may think about how to interpret statutes, there is wide agreement on the Court that an interpretation of a statute, once given, should not be lightly

⁶⁹² ABERNATHY, Charles. *Law in the United States: American casebook series*. Thompson west: 2006. p.4. Ainda, referindo-se ao que poderia ser entendido como uma “common law of statutes”: “American law may use common law in several ways, even when statutes appear to be more relevant. First, the statute itself may use ideas from the common law, implicitly adopting the history of cases that developed a rule from common law. Second, a statute may present an ambiguity that needs interpretation by courts. The court’s interpretation may not be a single act of interpretation but a series of decisions that express an evolving understanding of the law. In this sense what appears to be statutory law may actually be evolving over time, just like common law. Third, the courts’ process of evolving the law – of evolving their interpretation of the statute – may provoke the legislature to act again to clarify the law. The new statute will then be subject to the same process of interpretation by the courts, and a new dance between the legislature and the courts begins again.” Ibid. p.19.

⁶⁹³ “The first step in analogical reasoning is identifying a proper base point. In law, the *doctrine of precedent* gives a special status as base points to law cases decided in the past by the highest court in the relevant jurisdiction.” BURTON, Stephen J. *An introduction to law and legal reasoning*. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 28.

⁶⁹⁴ Sobre a *rule of law* e o ideal na prática do direito: “In U.S. society, the ideal reflects a set of values called the “rule of law”. Americans believe as a matter of principle that the coercive powers of government should be limited by law (...) Accordingly, people want to know by what right someone sitting behind a bench or standing behind a badge uses the state’s power to deprive someone else. The law is supposed to provide an answer to that query. Legal reasoning is supposed to draw a connection between the law and a particular action, implementing the rule of law (...) One version of the rule of law, often called “legal formalism”, insists that legal reasoning should determine all specific actions required by the law based only on objective facts, unambiguous rules, and logic. It takes little exposure to law study to begin doubting whether the practice is anything like the formalist version of the rule of law (...) Such a reaction to legal formalism is called “legal skepticism” (...) Notice, however, that formalism and skepticism both depend on formalism’s view of the law as a matter of rules and logic dictating results in all cases. Formalism holds that the law and legal reasoning must satisfy its standard and claims that this standard can be satisfied in practice. Skepticism agrees that law and legal reasoning must satisfy formalism’s standard, but it claims that, realistically, that standard is not or cannot be satisfied in practice.” BURTON, Stephen J. *An introduction to law and legal reasoning*. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 2-4.

overruled. Stare decisis – the desire to maintain continuity of interpretation – changes the legal question (...) the question now becomes not whether the first decision was correct, but whether there is a strong reason for overruling it even if it was a mistake.”⁶⁹⁵

Nos Estados Unidos, a doutrina do *stare decisis* é essencialmente responsável pelo respeito que é conferido aos julgamentos prévios e à estabilidade do direito. Ela não apresenta, contudo, um comando inexorável. Apesar de ter herdado a doutrina do *stare decisis*, esta doutrina nos Estados Unidos encontra-se ainda mais flexibilizada do que na Inglaterra.

No item anterior, apontamos várias das incertezas que envolvem a doutrina e sua aplicação. No sistema americano, conforme apontam Konrad Zweigert e Hein Kotz, a atitude das cortes americanas para com o precedente é ainda mais flexível.⁶⁹⁶ Os autores comentam, ademais, a conclusão de Sir Rupert Cross e J. W. Harris de que a técnica do *distinguishing* torna a rigidez da doutrina do precedente uma ilusão acadêmica⁶⁹⁷.

Conforme explicam os autores, centenas de volumes de decisões judiciais são publicados todos os anos nos Estados Unidos sem que se faça qualquer seleção criteriosa⁶⁹⁸ prévia e tal “massa” de decisões torna uma ilusão qualquer expectativa de que todos os precedentes relevantes sejam de fato levados em consideração ou identificados.⁶⁹⁹

⁶⁹⁵ Ibid. p. 28. Independentemente do que se pense sobre a interpretação das leis, é entendimento na corte de que a interpretação de uma lei, uma vez feita, não deve ser facilmente modificada. Stare decisis – o desejo de manter a continuidade da interpretação – muda a questão de direito (...) a questão deixa de ser a correção da primeira decisão e passa a ser a perquirição no sentido de haver ou não razão suficientemente forte para que a primeira decisão seja modificada, independentemente de ter ou não ocorrido um erro naquela decisão. (tradução livre).

⁶⁹⁶ Ibid. p. 268.

⁶⁹⁷ “Cross concludes that the technique of ‘distinguishing a precedent’ is now so lax that one must ask ‘whether the spectacle of an English judge laboring under the brutal fetters of a rigid doctrine of precedent is not something which, if it exists at all, exists only in the minds of academic lawyers.’” ⁶⁹⁷ ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 268.

⁶⁹⁸ O termo utilizado pelos autores é “critical selection”. Poderia ser traduzido como seleção crítica.

⁶⁹⁹ ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 268.

Além do mais, apontam os autores que o desenvolvimento econômico, político e social nos Estados Unidos tem sido tão dramático e que alterações substanciais do sistema jurídico têm ocorrido em compasso tão acelerado que as cortes superiores jamais poderiam ter adotado a visão segundo a qual elas estariam absolutamente vinculadas às suas próprias decisões.⁷⁰⁰ Os autores chamam atenção para o fato de que a postura de flexibilização do *stare decisis* não se encontra restrita à Suprema Corte. Segundo eles, também nos estados, as Cortes superiores têm demonstrado, nas últimas décadas, uma postura de inovação em relação aos precedentes.

“The U.S. legal system includes a federal jurisdiction in which federal courts are primarily responsible for matters of national interest. The U.S. Supreme Court is the highest court for these matters. It also includes fifty state jurisdictions in which state courts carry primary responsibility for most other matters. Each state has a highest court, usually called the supreme court of the state. The cases decided in the past by these courts are the most authoritative precedents for deciding future cases within the respective jurisdictions.”⁷⁰¹

Para além de ser um direito misto de *common law* com *civil law*, o direito americano é dotado de maior complexidade quando comparado ao direito inglês devido ao seu elemento federal. Segundo René David, o direito dos Estados Unidos, estruturalmente, pertence à família do *common law*, sendo a concepção geral do direito e de sua função análoga nos Estados Unidos e na Inglaterra. Entretanto, passada esta observação geral, o direito americano se diferencia do direito inglês de múltiplas formas. Uma distinção fundamental é a que se fez nos Estados Unidos entre direito federal e direito dos estados.⁷⁰²

A regra geral do federalismo americano no que tange à hierarquia entre o direito federal e o direito estadual é a de que qualquer lei federal válida é superior

⁷⁰⁰ Ibid. p. 269.

⁷⁰¹ BURTON, Stephen J. *An introduction to law and legal reasoning*. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 28. O sistema judicial norte-americano inclui uma jurisdição federal, com as cortes federais possuem competência primária em matérias de interesse nacional. A Suprema Corte dos Estados Unidos é a corte de mais alta hierarquia no que diz respeito a tais matérias. O sistema inclui cinquenta jurisdições estaduais com competência primária nas demais matérias. Cada estado possui uma corte de mais alta hierarquia, geralmente chamada de Suprema Corte. Os casos decididos por estas cortes supremas são aqueles que possuem maior autoridade enquanto precedentes para os casos futuros a serem decididos em cada uma das jurisdições (tradução livre).

⁷⁰² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.367.

a qualquer lei estadual. Portanto, o direito constitucional federal⁷⁰³ prevalece sobre o direito estadual ainda que o último expresse regra tradicional e longamente respeitada do *common law*.

Leis federais e *judge-made common law*, por serem federais, prevalecem sobre qualquer regra constitucional ou lei estadual. Um princípio de supremacia parecido é aplicado à regulação da aplicação do direito entre os estados, uma vez que leis de nível estadual prevalecem sobre as leis de subdivisões geográficas de um estado. Por fim, como corolário do sistema federalista, a independência do governo estadual é reconhecida e quando não houver direito federal acerca de um determinado assunto, os estados retêm competência exclusiva no que tange à questão.⁷⁰⁴

Ademais, as Cortes federais não possuem autoridade para interpretar ou criar leis estaduais ou *state common law*. Os órgãos estaduais, portanto, controlam a criação e a aplicação do direito estadual.⁷⁰⁵

Quanto à estrutura do sistema judiciário, interessante tecer alguns comentários acerca dos sistemas federal e estadual de Cortes. De acordo com o artigo III da Constituição Americana, apenas a Suprema Corte precisa existir. Segundo tal artigo e com o artigo I, § 8, outras cortes podem ser adicionadas pelo Congresso caso haja necessidade para tanto. Todavia, o sistema judiciário americano não foi fruto de criação legal ou constitucional. Como aponta Charles

⁷⁰³ “The American conception, based on our social stability under a stable Constitution – the world’s oldest functioning constitution – is quite different: that Constitution is not only supreme in theory, it is supreme and stable in fact and as the central philosophical text of the society.” BURTON, Stephen J. *An introduction to law and legal reasoning*. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 38.

⁷⁰⁴ Referindo-se ao artigo III da Constituição americana e à jurisdição concorrente entre as cortes federais e estaduais: “Article III does not divide jurisdiction between state and federal courts; it only limits the jurisdiction of federal courts. Since state courts are courts of general (unlimited) jurisdiction, they may also exercise “concurrent” jurisdiction over the topics listed in Article III (with possible limited exceptions...)” Ainda: “If the U.S. Supreme Court can exercise jurisdiction over state courts – but only over topics listed in Article III – then it follows that state courts must be able to accept cases from Article III’s list (...) Although federal and state courts may exercise concurrent jurisdiction over the topics listed in Article III, the Supreme Court’s appellate jurisdiction is final, with no further appeals back to any state or other courts. This is implicit in Article III’s name for the highest federal court, the ‘Supreme Court’”. ABERNATHY, Charles. *Law in the United States: American casebook series*. Thompson west: 2006. P. 96.

⁷⁰⁵ BURTON, Stephen J. *An introduction to law and legal reasoning*. New York: Aspen Publishers, 2007 p. 35.

F. Abernathy, os juízos estaduais de primeira instância com jurisdição geral (*state courts of general jurisdiction*) existiam antes da formação da União e do governo federal pela constituição de 1787.⁷⁰⁶ O autor explica, ademais, que o artigo III da Constituição Americana enumera as matérias de competência da justiça federal.

O sistema federal é composto por três níveis. Os litígios, em geral, iniciam-se na *United States District Court*, que é a corte de jurisdição geral no sistema federal. Ser uma corte de *general jurisdiction* significa ser uma corte cuja jurisdição não é limitada a certos tipos de demandas. O oposto seria uma corte de jurisdição limitada (*court of limited jurisdiction*), como a *United States Tax Court*, cuja jurisdição é limitada a casos envolvendo tributação federal.⁷⁰⁷

Cada estado tem pelo menos um distrito federal (*federal district*) e muitos têm mais de um. O estado da Califórnia, a título exemplificativo, possui quatro distritos (*Southern, Northern, Eastern e Central*) e a corte localizada em *Los Angeles* chama-se, portanto, *United States District Court for the Central District of California*.⁷⁰⁸

A decisão da corte distrital (*federal district court*)⁷⁰⁹ pode ser recorrida para o tribunal recursal intermediário (*intermediate appellate court*), a *United States Court of Appeals*. Para o estabelecimento dos tribunais, o país subdivide-se em treze circunscrições (*circuits*). Por fim, alguns casos federais têm seus recursos julgados pela Suprema Corte norte Americana, o tribunal recursal de mais alta hierarquia no sistema federal.⁷¹⁰

⁷⁰⁶ ABERNATHY, Charles. *Law in the United States: American casebook series*. Thompson west: 2006. p. 92.

⁷⁰⁷ EDWARDS, Linda H.. *Legal writing and analysis*. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 14. A autora chama atenção para o fato de que a nomenclatura das cortes de jurisdição geral varia de estado para estado, sendo nomes comuns: *district courts, circuit courts, courts of common pleas, or superior courts*.

⁷⁰⁸ Ibid. p. 14.

⁷⁰⁹ “There are ninety four federal district courts across the country, with at least one in every state (larger states have up to four). There are about 550 federal district-court judges who are appointed by the president with the advice of the Senate.” U.S. Court System. Disponível em: <http://www2.maxwell.syr.edu/plegal/scales/court.html>. Acesso em 10 de abril de 2012. p. 5.

⁷¹⁰ EDWARDS, Linda H.. *Legal writing and analysis*. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 14.

O sistema estadual apresenta certa simetria com o sistema federal. A demanda também se inicia num juízo de primeira instância com jurisdição geral (*trial court of general jurisdiction*), apesar de existirem cortes especializadas com jurisdição limitada para certos tipos de demanda como as envolvendo menores, questões de moradia e com valor da causa baixo.⁷¹¹

A maioria dos estados possui ao menos um tribunal recursal intermediário (*intermediate appellate Court*), sendo que os estados maiores possuem mais de um. A jurisdição destes tribunais é definida por critérios geográficos. Nesta instância, a maior parte dos casos (em apelação) são decididos por um painel composto por um número ímpar de juízes, frequentemente três. Alguns casos serão submetidos ao pleno (*en banc*)⁷¹², o que pode ocorrer tanto antes quanto depois de uma decisão ser proferida pelo painel.⁷¹³

Finalmente, todos os estados possuem uma Suprema Corte⁷¹⁴, que funciona como tribunal recursal de última instância. A maioria dos casos é

⁷¹¹ Ibid. p. 14.

⁷¹² A distinção entre o procedimento liderado pelo painel e o plenário é importante, porém particularmente complexa. Como explicam James C. Schroeder e Robert M. Dow Jr., apesar de um tribunal recursal intermediário (*intermediate appellate Court*) estar, em teoria e de forma geral, livre para *en banc* derrubar precedentes (*overrule*), a depender do estado esta não é a realidade. Portanto, a questão é controversa e varia de estado para estado. Os autores dão o exemplo de Wisconsin e citam *case law* relevante em algumas outras jurisdições: “In Wisconsin, for example, the intermediate court of appeals cannot overrule, or even modify, one of its own decisions; it is bound by those decisions until the state supreme court indicates otherwise. *Cook v. Cook*, 560 N.W. 2d 246, 256 (Wis. 1997). Many circuits follow the rule that one panel cannot overrule an earlier panel’s decisions; only the en banc court can do that. *E.g.*, *Murray v. Cable Nat’l Broad. Co.*, 86 F.3d, 858, 860 (9th Cir. 1996). In contrast, the Seventh Circuit permits a panel to overrule a prior decision of another panel as long as the overruling opinion is circulated to the entire court before it is issued and a majority of the court is not in favor of deciding the issue en banc. 7th Cir. R. 40(e). But whether or not the panel you are currently before lacks the power to overrule an earlier case, be sure to raise the issue in your brief; otherwise, you may waive the right to present the question to a court that does have the authority to do so.” SCHROEDER, James C.; DOW JR., Robert M. *Arguing for changes in the law*. Disponível em: <http://www.appellate.net/articles/chanlaw799.asp>.

⁷¹³ EDWARDS, Linda H.. *Legal writing and analysis*. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 15.

⁷¹⁴ A autora chama atenção para o fato de que na maioria dos estados os tribunais recursais de última instância são chamados de *Supreme Court*, mas que isto não é uma regra. Aponta que em Nova Iorque, por exemplo, o juízo de primeira instância (*trial court*) se chama *Supreme Court*, sendo o tribunal recursal intermediário chamado de *Supreme Court, Appellate Division* e o tribunal recursal de última instância de *Court of Appeals*. Ibid. p. 15. Ainda: “Some states have two appellate levels, and others have only a single appellate court. States vary in the way they organize and name their courts”. U.S. Court System. Disponível em: <http://www2.maxwell.syr.edu/pllegal/scales/court.html>. Acesso em 10 de abril de 2012. p. 4.

decidido por todos os juízes (*sitting together*). A Corte funciona como último fórum para a discussão de matérias de competência estadual (*state law*). Cabe ressaltar que os sistemas federal e estadual são fechados em si mesmos, no sentido de que não há apelações cruzadas entre as várias cortes dos dois sistemas. A exceção se faz justamente quanto ao apelo final para a Suprema Corte.⁷¹⁵

4.3

Teoria Geral dos precedentes

“Até poucos anos, era fácil encontrar, por parte dos que se dedicavam ao direito comparado, esta distinção: o *common law* é o sistema que se baseia no precedente, e o *civil law* é o que se baseia na norma jurídica geral e abstrata (lei). O fato é que as coisas mudaram ultimamente, de modo que uma distinção deste tipo, formulado nestes termos, é hoje algo completamente falso, por suas razões: a primeira é que as leis escritas tomaram no sistema da *common law* um espaço que tradicionalmente não tinham. Os ingleses e os americanos reconhecem que hoje os *statutes*, ou seja, nossas leis, partes inteiras do direito, estão reguladas por normas de lei, de origem parlamentar. Como nosso direito mercantil, processual, etc. Portanto, sobre este lado rompeu-se um pouco a distinção. Já não é certo que o *common law* é um direito jurisprudencial. Por outro lado, também se rompeu o outro aspecto da distinção. Já não é certo que o *civil law* é um direito de lei escrita, geral e abstrata. Fazendo uma avaliação *grosso modo* e muito aproximada, pode-se dizer que hoje as diferenças, se bem existem entre os dois tipos de sistema, são difíceis de delimitar.”⁷¹⁶

A análise comparativa a que procederemos terá como guia a teoria geral dos precedentes elaborada pelo processualista italiano Michele Taruffo. A teoria geral dos precedentes de Taruffo nos permite analisar a súmula vinculante enquanto um precedente judicial com eficácia vinculante e estabelecer uma abordagem teórico-comparativa entre os sistemas de *civil law* e *common law* no

⁷¹⁵ ABERNATHY, Charles. *Law in the United States: American casebook series*. Thompson west: 2006. P. 96. Entretanto, “Cases that originate in state courts can be appealed to a federal court if a federal issue is involved and usually only after all avenues of appeal in the state courts have been tried”. U.S. Court System. Disponível em: <http://www2.maxwell.syr.edu/plegal/scales/court.html>. Acesso em 10 de abril de 2012. p. 5.

⁷¹⁶ Palestra promovida em 19 de Março de 2002, na sede do *Tribunal Electoral Del Poder Judicial de La Federación Mexicana*, no *Salón de Plenos Del Aniguo Palacio de Justicia*, em Morelia, Michoacán. In: TARUFFO, Michele. *Cinco lecciones mexicanas: memoria del taller de derecho procesal*. Tribunal electoral del poder judicial de la Federación, Escuela judicial electoral, México, 2003.p.29/41.Tradução de Rafael Augusto Zanatta. Disponível em: <http://cadernodeestudosjuridicos.blogspot.com/2010/11/o-precedente.html>. Acesso em 07 de junho de 2011.

que tange à questão dos precedentes. Neste sentido, abordaremos a súmula vinculante como uma das formas de recepção da doutrina do precedente pelo direito brasileiro.

Taruffo parte do pressuposto de que hoje não há mais uma nítida limitação entre os dois grandes sistemas jurídicos. Cada vez mais os sistemas de *common law* recorrem à codificação com forma de sistematizar o direito e cada vez mais, nos países tradicionalmente de *civil law*, os juízes ganham destaque na produção do direito e as decisões enquanto autoridade. Há, portanto, uma aproximação entre os dois sistemas. É por conceber essa aproximação que Taruffo concebe uma teoria geral do precedente, segundo a qual é possível, em tese, identificar-se precedentes em todos os sistemas jurídicos e não apenas nos sistemas tradicionalmente de *common law*.⁷¹⁷

A partir da análise de quatro dimensões (a dimensão institucional, a dimensão objetiva, a dimensão estrutural e a dimensão de eficácia), Taruffo propõe que se possa empreender a definição do que é precedente em cada ordenamento jurídico. Desta forma, o precedente seria definido em função de uma combinação entre quatro fatores ou dimensões, sendo como que a resultante de uma interseção entre eles.⁷¹⁸

Analisaremos, sem pretensão de esgotamento, as dimensões apresentadas por Taruffo.

Quanto à dimensão institucional, Taruffo ensina que a estrutura do Poder Judiciário, sua organização e hierarquia, determinam o uso do precedente. O fenômeno do precedente é, pois, um reflexo da estruturação hierárquica das

⁷¹⁷ No mesmo sentido, ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein: “On the Continent the days of absolute pre-eminence of statutory law are past; contrariwise, in the Common Law there is an increasing tendency to use legislation in order to unify, rationalize, and simplify the law. On the Continent, law is increasingly being developed by the judges and consequently there is no more room for an inductive method and style related to the actual problems; contrariwise, the Common Law is seeing the need to bring the rules developed by the judges into a systematic order, so as to make them easier to understand and master. There are therefore grounds for believing that although the Common law and the Civil Law started off from opposite positions, they are gradually moving closer together even in their legal methods and techniques.” ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 280.

⁷¹⁸ TARUFFO, Michele. *Dimensioni Del precedente giudiziario*. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. A. XLVIII. P. 411-430, 1994. P. 414-416.

Cortes e Tribunais. A partir desta análise uma decisão judicial pode ser classificada como precedente vertical, precedente horizontal ou autopercedente.

O precedente vertical ocorre em ordenamentos com mais de uma corte suprema, na medida em que a existência de várias “cortes de vértice” (cada corte suprema sendo colocada no vértice de sua própria jurisdição⁷¹⁹) promoveria uma tendência à fragmentação vertical no sistema de precedentes, uma vez que cada juiz tenderia a seguir o precedente de sua corte de vértice.⁷²⁰

O precedente horizontal nos remete à influência que uma decisão pode exercer nas decisões que se encontram no mesmo nível que ela. Devido à ausência de hierarquia entre os juízes de órgãos jurisdicionais que estejam nivelados horizontalmente, não há que se falar em vinculação ou dever de respeito a precedentes. A decisão de um órgão jurisdicional de mesmo nível pode apresentar, contudo, efeito persuasivo sobre os demais juízes.⁷²¹

Já o autopercedente, enquanto corolário do princípio da isonomia ou igualdade na aplicação da lei, refere-se ao dever do juiz de seguir seu próprio precedente.⁷²²

⁷¹⁹ SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. *A relação entre precedente judicial e súmula vinculante*. Monografia. Universidade Estadual de Maringá, 2009. p. 36.

⁷²⁰ Este é precisamente o caso do sistema jurídico norte-americano, estruturado no Estado federal. Devido à existência de várias Cortes de vértice, a doutrina do *stare decisis* possui dois efeitos distintos. Diz-se *horizontal stare decisis* do dever de obediência que uma Corte tem para com seus próprios precedentes e diz-se *vertical stare decisis* do poder de vinculação de Cortes de hierarquia superior em relação à Cortes inferiores. Todas as Cortes norte-americanas, por efeito da *vertical stare decisis*, são vinculadas pelos precedentes emanados da Suprema Corte dos Estados Unidos. A Suprema Corte, por sua vez, não se considera vinculada aos seus próprios precedentes, muito embora os trate com deferência. Referindo-se às possibilidades abertas à Suprema Corte no trato de precedentes, Thomas G. Hansford e James F. Springs II ressaltam os dois posicionamentos possíveis: “The Supreme Court’s interpretation or treatment of precedent takes two broad forms. The Court can interpret a precedent positively by relying on it as a legal authority, broadening its reach or at least reiterating its continuing legal relevance (...) Second, the Court can negatively interpret a precedent by restricting or perhaps eliminating its reach. Positive and negative interpretations of precedent are thus important, as they directly shape the law.” HANSFORD, Thomas; SPRIGGS, James F. *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*. Princetown University Press, 2006. p. 16.

⁷²¹ ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. *A eficácia do precedente judicial brasileiro à luz da teoria geral do precedente de Michele Taruffo*. Universidade Estadual de Maringá. Programa de iniciação científica – PIC. Departamento de direito privado e processual. Maringá, 31 de julho de 2010. p.14.

⁷²² TARUFFO, Michele. *Dimensioni Del precedente giudiziario*. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. A. XLVIII. P. 411-430, 1994. P. 419.

Quanto à dimensão objetiva, aquilo que importa é a verificação da parte do precedente que vincula uma decisão futura caso haja identidade fática. Esta dimensão aduz, portanto à necessidade de se compreender o que, na decisão, configura *ratio decidendi*⁷²³ e o que configura *obiter dictum*⁷²⁴. Teceremos maiores considerações sobre estes dois conceitos mais adiante.

A dimensão estrutural, por sua vez, alude à possibilidade do precedente ser mencionado por uma decisão sucessiva, podendo, em geral, haver quatro hipóteses: apenas um precedente, uma jurisprudência constante, precedentes contraditórios e caos jurisprudencial. As duas primeiras hipóteses restarão claras da distinção que se realizará adiante entre precedente e jurisprudência, já a terceira e quarta hipóteses consistem, respectivamente, em decisões de mesmo nível em conflito e numa “situação de multiplicidade de decisões contraditórias e incoerentes” no âmbito de um mesmo órgão jurisdicional.⁷²⁵

A dimensão de eficácia diz respeito à influência que a decisão precedente exerce sobre a decisão de um caso sucessivo. Uma análise da natureza e da intensidade da influência permite que se pense uma escala da eficácia do precedente, ampliando-se, assim, o estudo para além da dicotomia vinculante/não vinculante ou persuasivo (*binding/persuasive*).⁷²⁶ Taruffo sugere a seguinte

⁷²³ A *ratio decidendi* ou razão de decidir é expressa na parte da *opinion* chamada *holding*. *Holding* é a parte do precedente que possui eficácia vinculante.

⁷²⁴ O plural de *dictum* é *dicta* e o termo em sua totalidade é *obiter dictum*, que significa, em uma tradução literal, uma observação feita de passagem (*a remark made in passing*). Sobre a distinção entre *holding* e *dicta*: “This distinction is important because only an opinion’s holding is binding on future courts. The doctrine of stare decisis does not apply to dicta. A judge in a future case may choose to follow dicta but is not bound to do so. The holding of an opinion is limited to the court’s statements resolving the question(s) *actually at issue in that case*, that is, statements on issues necessary to the result reached. The court might make many other statements about the law, statements other than those necessary to explain the decision. Such statements of law not essential to the outcome of that particular case are *dicta*. They are not part of the holding.” EDWARDS, Linda H.. *Legal writing and analysis*. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 22.

⁷²⁵ ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. *A eficácia do precedente judicial brasileiro à luz da teoria geral do precedente de Michele Taruffo*. Universidade Estadual de Maringá. Programa de iniciação científica – PIC. Departamento de direito privado e processual. Maringá, 31 de julho de 2010. p. 17. Como ressalta Rafael Zanatta: “dentro deste quadro não há precedente em sentido próprio, pois no caos nenhum conjunto de decisões pode exercer influência sobre julgamentos sucessivos”.

⁷²⁶ “Il problema dell’efficacia del precedente non può dunque ridursi all’alternativa tra efficacia vincolante e non vincolante. Occorre invece ipotizzare una scala composta da vari gradi di efficacia del precedente.” TARUFFO, Michele. *Dimensioni Del precedente giudiziario*. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. A. XLVIII. P. 411-430, 1994. p. 427.

escala: *binding*, *defeasibly binding* e *weakly binding*.⁷²⁷ A primeira hipótese é a de obrigação absoluta para o juiz do caso subsequente de seguir, sem exceções, a decisão proferida pelo juiz antecedente, já na segunda, o precedente deve ser seguido pelo juiz do caso subsequente, mas este, caso aduza razões relevantes, poderá afastar-se do precedente, justificando-se. Na última hipótese da escala, devido ao fato de não haver consequências relevantes quando o juiz não segue o precedente, o que há é efeito persuasivo, não estando o juiz nem mesmo obrigado a justificar de forma expressa sua divergência de orientação.

A escala de Taruffo “oferece um excelente marco teórico para o exame da existência de diversos tipos de precedentes com distintos graus de eficácia em ordenamentos de civil law, como é o caso brasileiro”. Neste trabalho, por nos interessar mais a análise do grau de obrigatoriedade das súmulas vinculantes em comparação com a teoria do *stare decisis*, utilizaremos a dimensão de eficácia da teoria de Taruffo.

Além de apresentar as quatro dimensões, Taruffo diferencia com precisão precedente de jurisprudência e desta distinção a figura do precedente aparece com contornos mais claros. O autor apresenta as diferenças sob dois aspectos, um quantitativo e outro qualitativo.

Quanto ao aspecto quantitativo, a diferença entre o precedente e a jurisprudência se evidenciaria no fato de que o precedente refere-se a uma única decisão relativa a um caso concreto específico e a jurisprudência refere-se a uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos.⁷²⁸ Contudo,

⁷²⁷ “In ordine discendente Il primo di questi gradi intermedi si ha quando dal precedente deriva un vero e próprio vincolo, soggetto però ad eccezioni e limitazioni determinante, con la possibilita per Il secondo giudice di non osservarlo quando si verificano ragioni ammesse dall’ordinamento. In questo caso Il precedente è *binding*, e deve essere seguito salve le eccezioni previste (...). Il grado successivo si ha quando si prevede in línea di massima che il precedente debba essere seguito, ma si ammette che Il giudice successivo possa discostarsene qualora sussistano rilevanti ragioni per farlo, che egli può determinare liberamente ma che debbono essere indicate e giustificate. In questo caso il precedente è *defeasibly binding*, in quanto dovrebbe essere seguito a meno che esistano buone ragioni per non farlo (...) Il grado ancora inferiore, non facile da distinguere dall’estremo della piena discrezionalità, si ha quando si ritiene opportuno che il precedente venga seguito, ma non si verificano conseguenze di rilievo se cio non accade, e il giudice non è tenuto a giustificare espressamente il próprio diverso orientamento. In questo caso il precedente è *weakly binding*, poiché vi è solo una genérica aspettativa a che esso venga seguito.” Ibid. p. 427-428.

⁷²⁸ “Vi è anzitutto una distinzione di carattere —per così dire— quantitativo. Quando si parla del precedente si fa solitamente riferimento ad una decisione relativa ad un caso particolare, mentre quando si parla della giurisprudenza si fa solitamente riferimento ad una pluralità, spesso assai

frequentemente o que existe é uma linha de precedentes, ou seja, vários casos que estabelecem uma regra de direito e explicam seu escopo e abrangência.⁷²⁹ Isto aumentaria a consistência, a segurança jurídica e a confiabilidade do sistema.

Já sob o aspecto qualitativo, a diferença reside no fato de que o precedente é elaborado para fornecer ao julgador do caso seguinte a capacidade de, em analisando os fatos do primeiro caso em comparação aos do *sub judice*, definir se o precedente é ou não vinculante e se, portanto, se aplica enquanto regra universalizável ou critério de decisão, em razão da identidade fática entre os casos.⁷³⁰

Em contrapartida, a jurisprudência consiste em proposições normativas nas quais os fatos encontram-se pouco delimitados. Desta forma, a análise comparativa baseada nas semelhanças ou dessemelhanças factuais resta, na maioria dos casos, prejudicada e a aplicação da proposição ou regra normativa

ampia, di decisioni relative a vari e diversi casi concreti. La differenza non è solo di tipo semantico. Il fatto è che nei sistemi che si fondano tradizionalmente e tipicamente sul precedente, di solito la decisione che si assume come precedente è una sola; al più, poche decisioni successive vengono citate a sostegno del precedente. In questo modo, è facile identificare quale decisione davvero “fa precedente”. Invece, nei sistemi —come il nostro— in cui si richiama la giurisprudenza, si fa riferimento solitamente a molte decisioni: talvolta sono dozzine o addirittura centinaia, anche se non tutte vengono espressamente citate. Ciò implica varie conseguenze, tra cui la difficoltà —spesso difficilmente superabile— di stabilire quale sia la decisione che davvero è rilevante (se ve n’è una) oppure di decidere quante decisioni occorrono perché si possa dire che esiste una giurisprudenza relativa ad un determinata interpretazione di una norma.” TARUFFO, Michele. *Precedente e Giurisprudenza*. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/39.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2011. p. 797-798.

⁷²⁹ BURTON, Stephen J. *An introduction to law and legal reasoning*. New York: Aspen Publishers, 2007. p.11.

⁷³⁰ “Peraltro, come spesso accade, la quantità condiziona la qualità, il che porta appunto ad individuare una differenza qualitativa tra precedente e giurisprudenza. Il precedente fornisce una regola (universalizzabile, come già si è detto) che può essere applicata come criterio di decisione nel caso successivo in funzione della identità o —come accade di regola— dell’analogia tra i fatti del primo caso e i fatti del secondo caso. Naturalmente l’analogia delle due fattispecie concrete non è data in re ipsa, e viene affermata o esclusa dal giudice del caso successivo a seconda che costui ritenga prevalenti gli elementi di identità o gli elementi di differenza tra i fatti dei due casi. E’ dunque il giudice del caso successivo che stabilisce se esiste o non esiste il precedente, e quindi —per così dire— “crea” il precedente. A parte questo profilo —su cui tornerò in seguito— rimane chiaro che la struttura fondamentale del ragionamento che porta ad applicare il precedente al caso successivo è fondata sull’analisi dei fatti. Se questa analisi giustifica l’applicazione nel secondo caso della ratio decidendi applicata nel primo, il precedente è efficace e può determinare la decisione del secondo caso. Va notato che, quando si verificano queste condizioni, un solo precedente è sufficiente a fondare la decisione del caso successivo.” Ibid. p. 798.

formulada em uma decisão precedente não se baseia na identidade de casos, mas na submissão do caso concreto sucessivo àquela regra ou proposição geral.

Esta reflexão é importante para a compreensão da teoria do *stare decisis* e para a diferenciação que se estabelecerá entre o precedente no sistema jurídico americano e no brasileiro. Ela nos faz perceber a importância da diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* para o precedente nos países de *common law* e a pouca relevância destes conceitos para um sistema tradicionalmente baseado em jurisprudência.

Como explica Taruffo, o precedente propriamente dito, ou melhor, a parte da sentença da qual deriva a regra universalizável ou a regra de direito que consiste em fundamento direto da decisão configura a *ratio decidendi*, enquanto o *obiter dictum* consiste em todas as afirmações e todos os argumentos que formam a motivação da sentença, mas que, embora possam ser úteis para a compreensão da decisão e de sua motivação, não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão.⁷³¹

Após este breve percurso pela teoria geral dos precedentes, pode-se perceber que, não obstante o ordenamento jurídico brasileiro ser de tradição romano-germânica, há precedentes judiciais identificáveis, quer sejam precedentes com eficácia vinculante (*binding*), eficácia anulável (*defeasibly binding*) ou eficácia persuasiva (*weakly binding*).

A súmula vinculante é um destes precedentes e será aqui estudada comparativamente, enquanto exemplar ímpar de precedente judicial, ao precedente no modelo delineado pela teoria do *stare decisis*.

⁷³¹ “In proposito la dottrina del precedente distingue tra ratio decidendi, ossia la regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione sui fatti specifici del caso, e obiter dictum, ossia tutte quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione.” Ibid. p. 801.

4.4

Variáveis de comparação

“Aos que nos têm acompanhado nesse interesse pelos estudos de direito constitucional comparado, é familiar a nossa insistência na necessidade de, preliminarmente à comparação, serem identificadas as variáveis que nortearão o trabalho. Com efeito, não nos cansamos de enfatizar a fundamental importância de elegerem-se aspectos peculiares ao assunto escolhido em torno das quais serão buscadas as semelhanças e diferenças, no quadro das estruturas constitucionais selecionadas. É inquestionável que a identificação metódica de semelhanças e diferenças deve ser feita em função de certas variáveis pertinentes à matéria tratada.”⁷³²

Para comparar o precedente judicial no sistema norte-americano, com o precedente judicial brasileiro na modalidade súmula vinculante, elegemos três variáveis de comparação. Acreditamos que a análise destas variáveis possibilitará a percepção de que a súmula vinculante é um precedente peculiar brasileiro ainda que de inspiração americana e de que ela opera de maneira distinta do precedente americano.

As diferenças que encontraremos entre os dois institutos através da análise das variáveis propostas serão alicerce para alcançarmos a finalidade deste trabalho. Através da evidência produzida pelas variáveis poderemos entender como e porque a súmula vinculante acirra a tensão existente entre poder de revisão judicial consubstanciado no monopólio interpretativo da corte e a democracia enquanto potência constituinte da multidão.

Recordamos que a análise comparativa proposta se opera, ademais, com base na teoria geral do precedente apresentada, sendo que duas das variáveis eleitas (técnica de cancelamento do precedente e eficácia) estão diretamente relacionadas à dimensão de eficácia supramencionada.

⁷³² TAVARES, Ana Lucia de Lyra. *Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado*. Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 14. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Janeiro-julho, 1999. p. 92.

4.4.1

Modo de criação

No sistema da *common law*, o precedente nasce do julgamento de um caso concreto, não havendo necessidade de reiteradas decisões, nem de uma declaração no sentido de que uma determinada decisão é vinculante. Em contrapartida, no sistema brasileiro, para que se crie uma súmula vinculante, há o requisito de reiteradas decisões, sendo que o STF tem que, por provocação ou de ofício, aprovar a súmula com efeito vinculante e isto por um quórum mínimo de 2/3 dos ministros.⁷³³

O procedimento de criação, assim como os procedimentos de revisão e cancelamento, das súmulas vinculantes está, conforme exigência da própria Constituição Federal⁷³⁴, regulamentado em lei (Lei 11.417/2006) e também em

⁷³³ Art.1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

Lei 11.417/2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm. Acesso em 20 de junho de 2011.

⁷³⁴ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

duas resoluções do STF, a de número 381/2008 e a de número 388/2008, esta última sendo também disciplinadora dos procedimentos relativos às súmulas comuns.

A resolução 381 criou a chamada proposta de súmula vinculante para o processamento da edição de súmulas vinculantes e a resolução 388 disciplinou este processamento. Segundo estes diplomas, a proposta de súmula vinculante será recebida pela secretaria judiciária do STF, que promoverá o registro da proposta e a publicação do edital para que os interessados se manifestem no prazo de cinco dias. Findo o prazo, a proposta deverá ser encaminhada para a comissão de jurisprudência para que esta se manifeste, igualmente em cinco dias, sobre a adequação formal da proposta aos requisitos extrínsecos exigidos^{735 736}.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 23 de fevereiro de 2012.

⁷³⁵ Conforme estabelecido pela Comissão de Jurisprudência presidida pela Ministra Ellen Gracie na sua manifestação em relação ao PSV n.1, os seguintes requisitos extrínsecos devem ser analisados: d) a legitimidade ativa *ad causam* do proponente da PSV nos termos do art. 103-A § 2º da CF e também do art. 3º da Lei 11.417/06; e) se há suficiente fundamentação; f) se a norma cuja validade, interpretação e eficácia pode ser objeto da súmula pretendida, seja vinculante ou não; e g) se realmente há reiteradas decisões do STF acerca da matéria constitucional em tela.

⁷³⁶ "Art. 1º Recebendo proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula, vinculante ou não, a Secretaria Judiciária a registrará e autuará, publicando edital no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados no prazo de 5 (cinco) dias, encaminhando a seguir os autos à Comissão de Jurisprudência, para apreciação dos integrantes, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, quanto à adequação formal da proposta.

Art. 2º Devolvidos os autos com a manifestação da Comissão de Jurisprudência, a Secretaria Judiciária encaminhará cópias desta manifestação e da proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula aos demais Ministros e ao Procurador-Geral da República, e fará os autos conclusos ao Ministro Presidente, que submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta.

Art. 3º A manifestação de eventuais interessados e do Procurador-Geral da República dar-se-á em sessão plenária, quando for o caso.

Caso a comissão de jurisprudência se manifeste pelo arquivamento da proposta, esta deverá ser encaminhada ao presidente do STF para que o arquivamento seja por ele determinado. Nesta situação, ao proponente da súmula restará o recurso de agravo regimental.

Já quando a comissão seja a favor da proposta, emitindo parecer positivo, a proposta de súmula vinculante deverá ser distribuída a um dos ministros para a relatoria. Ao relator cabe a convocação de terceiros interessados para manifestação no prazo de 10 dias e a ele cabe a decisão irrecurável de admissão ou não de *amicus curiae*. Após a oitiva do Procurador-Geral da República, também no prazo de dez dias, o relator solicitará a inclusão da proposta de súmula vinculante na pauta para julgamento pelo plenário do STF.

Desta forma, o que se percebe é que há uma enorme diferença no que tange ao procedimento de criação da súmula vinculante e o modo pelo qual nasce o precedente no sistema do *stare decisis*.

No sistema americano, o precedente surge do julgamento de um caso concreto, que se torna paradigmático para todos os demais casos que com ele guardem identidade fática.⁷³⁷ No sistema brasileiro, existe uma regulamentação legal da matéria e o STF deve declarar que uma determinada jurisprudência

Art. 4º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula tramitará sob a forma eletrônica e as informações correspondentes ficarão disponíveis aos interessados no sítio do STF.

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro GILMAR MENDES

⁷³⁷ O seguinte trecho de um livro básico sobre o discurso jurídico norte-americano, ilustra a dinâmica do *common law*: “The audience to which the judge writes his opinion is varied. First, the judge is addressing the parties to the dispute. He must focus on the specific legal issue or issues that the parties have brought before him, and he must give a final opinion about the law as it applies to the facts in that case. In addition to the parties, however, the judge’s audience includes other judges. One of the purposes of the opinion, in addition to settling the dispute between the parties, is to restate the law in a new context. As the judge applies the common law to the facts before him, he will refer to other cases in which judges have decided similar legal issues. The judge’s discussion of these cases supports his decision in the case before him. He is trying to assure the legal community that he has considered the relevant existing case law and that he has decided this case in a way that “fits” with those prior cases. A good judge will choose cases that have similar facts to his case; he will explain the similarities and differences between those cases and his case; and he will explain which facts distinguish his case from prior cases. Applying the law as it has been announced in the prior cases, he will ultimately decide the case before him.” HOFFMAN, Craig; TYLER, Andrea. *United States Legal Discourse: Legal English for Foreign LL.Ms.* Thompson West: 2008. p. 39-40.

composta por reiteradas decisões configura entendimento vinculante em relação aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública.

O importante é perceber que o sistema de precedentes norte-americano é oriundo de uma tradição e o nosso precedente na forma de súmula vinculante é fruto uma importação operada por meio de legislação. Destarte, no precedente norte-americano, prevalece a *common law*⁷³⁸ e a teoria do *stare decisis*, pelo que não há uma regulação legal do procedimento.

Em contrapartida, no sistema brasileiro, pela ausência da referida tradição, houve a necessidade de uma regulamentação constitucional e infraconstitucional. No que tange especificamente às súmulas vinculantes, há previsão constitucional e regulamentação pormenorizada na Lei 11.417/2006 e nas resoluções n. 381 e n. 388 do STF.

Ainda quanto ao modo de criação, tem-se que, no precedente oriundo da teoria do *stare decisis*, um único julgado sobre um caso concreto pode ser considerado como precedente.⁷³⁹ O precedente é justamente aquele único caso paradigmático que deve ser considerado pelo julgador de um caso subsequente, caso este repute tratar-se de um caso que apresenta identidade fática em relação ao paradigma.

⁷³⁸ Cabe não perder de vista que o sistema americano é, na realidade, um sistema misto baseado tanto na *common law* quanto em códigos. Para mantermo-nos fiéis ao escopo deste trabalho, contudo, a tradição da *common law*, bem como da imputância do caso concreto e da análise fática restará destacada. Neste sentido Charles F. Abernathy: “The United States of America is a nation of immigrants. When each set of immigrants arrived, it also brought its own culture, including its own legal culture. The first immigrants from Britain brought with them their common law, with its idea of unwritten law that expressed in written form only when judges decided specific cases (...) Later immigrants from continental Europe in the period 1840-1910 brought their legal culture that was based on written codes, emphasizing the rationality and predictability of law (...) The United States, therefore, has a mixed system of law. Traditionally, the United States was listed with the United Kingdom as a member of the “common law” family of nations, and common law remains important in broad areas of domestic law (...) Yet, some fields are highly influenced by the European tradition of codes, as Congress and state legislatures have created statutes to regulate tax, civil procedure, commercial contracts, and criminal procedure. Nevertheless, it is probably more accurate to say that even in these fields, American law regularly mixes ingredients of both legal cultures, often making it difficult to determine what source of law actually decided any specific legal controversy.” ABERNATHY, Charles. *Law in the United States: American casebook series*. Thompson west: 2006. p.2.

⁷³⁹ “...a súmula pressupõe que a matéria já foi reiteradamente analisada e decidida, encontrando-se pacificada (limitação que, inclusive, inexistente para o precedente no Common Law, podendo ser resultante de apenas uma decisão de um tribunal superior).” LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare Decisis e Súmula vinculante: um estudo comparado*. Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 14. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Janeiro-Julho, 1999. p. 180.

Já a súmula vinculante funciona como um instrumento de consolidação do teor de reiteradas decisões judiciais, dotado de eficácia normativa e de aplicação obrigatória automática. A súmula é, portanto, uma síntese de orientação e não um caso paradigmático.⁷⁴⁰

4.4.2

Técnica de revisão ou de cancelamento

No sistema americano, a aplicação do precedente ao caso subsequente não é feita de forma automática.⁷⁴¹

O precedente norte-americano deve ser compreendido como um ponto de partida, um princípio que não impõe obstáculos à análise do juiz de um caso subsequente, posto que não há uma exigência de obediência cega.⁷⁴² Desta forma, justamente pelo fato da obrigação de se seguir o precedente não ser dada de plano, mas auferida *a posteriori*, quando da análise de um caso concreto pelo juiz subsequente, as técnicas de revisão do precedente são muito diversas do que o que em nosso sistema poderia ser entendido como seu correspondente.

⁷⁴⁰ “É preciso frisar, no entanto, que a edição da súmula, como decorrência da sua própria natureza, depende de uma uniformidade nos julgamentos acerca de determinada matéria capaz de sedimentar certa orientação jurisprudencial. Em outras palavras, é preciso que exista um número significativo de demandas sobre a mesma questão jurídica, de modo a ensejar uma discussão dentro do próprio tribunal e posteriormente a um consenso, tornando-se pacífica.” Ibid. p. 171.

⁷⁴¹ “A força vinculante do precedente, contudo, não é absoluta e nem poderia sê-lo, sob pena de engessar o direito, impedindo o seu desenvolvimento. Com efeito, o precedente só terá força vinculante se houver identidade com base nos fatos ou nas questões de direito suscitadas (*binding* ou *leading cases*), caso contrário, servirá apenas de elemento persuasivo (*persuasive precedents*). É preciso também ter em conta que a eficácia do *stare decisis* não cobre o inteiro teor do julgado, senão a parte nuclear da motivação, onde vem exposto o fundamento jurídico que embasa a conclusão, ou seja a *ratio decidendi*. Além disso, o precedente poderá ser sempre revisto se ficar demonstrada a sua desarrazoabilidade ou erronia, ou em outras palavras, desde que haja novas e persuasivas razões para se adotar outra decisão. Para tanto o magistrado se utiliza de técnicas para afastar esses *binding precedents*, denominadas *overruling* e *distinguishing*.” Ibid. p. 166. No mesmo sentido: “A aplicação de um precedente não pode ser feita de forma automática. Na esteira da doutrina do *stare decisis*, pode-se identificar algumas técnicas que são necessárias para se aplicar o precedente, a serem utilizadas no cotejo do precedente e do caso em julgamento. É o que acontece, *verbi gratia*, quando se deixa de aplicar um determinado precedente, ocorrendo, a chamada *overruling*.” SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. *A relação entre precedente judicial e súmula vinculante*. Monografia. Universidade Estadual de Maringá, 2009. p. 29.

⁷⁴² Ibid. p. 168.

“In principle, then, the doctrine of precedente requires a judge to treat each relevant authoritative precedent in one of three ways: A judge may follow a precedent, distinguish it, or (if on high enough court) overrule it.”⁷⁴³

A técnica de cancelamento ou derrubada do precedente no sistema americano chama-se *overruling*. Se o juiz estiver em Corte de hierarquia suficientemente alta (a técnica do *overruling* não é exclusiva da Suprema Corte), poderá alterar a posição da Corte em relação à questão de direito posta. Um precedente objeto de *overruling* ou derrubada perde sua autoridade de precedente, deixando de ser *good law*.

Ademais, o juiz do caso subsequente pode julgar ser inadequado aplicar o precedente e, através do procedimento denominado *distinguishing*, método de comparação entre o caso *sub judice* e o paradigma, afastá-lo, uma vez constatada a não identidade fática entre os casos.⁷⁴⁴

Desta forma, pode-se afirmar que a conveniência de retomada do precedente é aferida *a posteriori* pelo juiz no caso concreto. Isto porque os fatos envolvidos no caso sob julgamento devem ser comparados com os fatos do

⁷⁴³ BURTON, Stephen J. *An introduction to law and legal reasoning*. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 29. Em princípio, a doutrina do precedente requer que o juiz trate cada precedente relevante em um de três possíveis modos: o juiz pode seguir o precedente, pode distingui-lo, ou (caso se trate de juiz de corte de hierarquia suficientemente superior), pode derrubar o precedente. (tradução livre).

⁷⁴⁴ “A tese do precedente não é aplicada de maneira automática (...) Quando a Corte passa de uma posição à oposta, diz-se que o precedente foi overruled. Não tem faltado, na história da Corte, tentativas de promover semelhante giro de 180°, sobretudo em ocasiões nas quais a maioria se desloca de uma para outra corrente política ou ideológica (...) Às vezes, contudo, sem chegar a esse ponto, a Corte afasta a aplicação do precedente, em caso a primeira vista análogo, indicando diferenças que a seu ver justificam outra atitude. É a chamada técnica do *distinguishing*...” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A suprema corte norte-americana: um modelo para o mundo?*. Revista brasileira de direito comparado. Rio de Janeiro, 1º semestre/2004. p. 44. Stephen Burton explica que o *overruling* não é uma ocorrência muito comum, mas que é sempre uma possibilidade. Ainda, explicando em detalhe a ideia do *distinguishing*: “We say that a judge or decision *follows precedent* when the facts of a precedent are so similar to those of a problem case that the same outcome is required (unless the earlier case is overruled). A judge or case *distinguishes precedent* when the facts of a precedent are so diferente that a different outcome is required (...) The idea that like cases should be decided alike implies that unlike cases should be decided unlike if the differences are more important under the circumstances. *Stare decisis* requires judges to distinguish dissimilar precedents as much as it requires them to follow similar precedents.” BURTON, Stephen J. *An introduction to law and legal reasoning*. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 29.

precedente para que se possa concluir pela aplicação do precedente devido à presença de similaridade suficiente entre os casos.⁷⁴⁵

A doutrina do *stare decisis* só é aplicável quando o caso a ser julgado é suficientemente similar ao caso precedente e a similaridade é analisada sob o ponto de vista fático. Outra característica que reforça a idéia de que a aplicação da doutrina não é feita de forma automática é a possibilidade aberta às cortes inferiores de, caso se constate que há uma boa razão, declinar da aplicação do precedente de uma corte superior em uma mesma jurisdição.

A razão mais comum é a ocorrência de uma significativa mudança nas circunstâncias desde que o precedente foi publicado. Por trás desta razão resta a crença de que a Corte superior provavelmente não aderiria ao precedente caso fosse novamente confrontada com a questão jurídica.⁷⁴⁶ Uma corte (não apenas a Suprema Corte dos Estados Unidos, mas todas as Supremas Cortes dos estados e as cortes de hierarquia suficiente, bem como as Cortes inferiores, caso haja uma boa razão para não ficarem adstritas ao *horizontal stare decisis*⁷⁴⁷) pode, ademais, derrubar, explícita ou implicitamente, seu próprio precedente caso decida que a lei mudou.⁷⁴⁸

Já no que tange à súmula vinculante, como a eficácia é prescrita no momento da sua criação pelo Supremo Tribunal Federal, não é permitido ao juiz subsequente, no caso concreto, independentemente da instância ou hierarquia que ocupe (Já que o apenas o próprio STF pode cancelar o enunciado de súmula

⁷⁴⁵ “Whether a precedent should be followed or distinguished depends in part on a careful analysis of the facts of the precedent in relation to the facts of a problem case (...) The third step for analogical reasoning is determining whether the factual similarities or the differences between the two situations are more important under the circumstances (...) Unlike a layperson, however, a judge in a law case is not free to assign importance for any reason whatever. A judge’s duty is to decide that question *according to the law*. But it is most difficult to give a satisfactory account of what this might mean in common law adjudication (...) The analogical form contributes significantly to the rationality of legal thought by providing a framework for analysis, identifying starting points for reasoning, and framing a legal issue. However, judging which facts are more important remains a mysterious activity.” Ibid. p. 31-40.

⁷⁴⁶ EDWARDS, Linda H.. *Legal writing and analysis*. New york: Aspen Publishers, 2011. p. 17.

⁷⁴⁷ Lembramos que a *stare decisis* possui dois efeitos, um efeito horizontal e um efeito vertical. O efeito horizontal consiste na obrigação de uma corte seguir seu próprio precedente e o efeito vertical consiste na obrigação de seguir o precedente de uma corte superior.

⁷⁴⁸ EDWARDS, Linda H.. *Legal writing and analysis*. New york: Aspen Publishers, 2011. p.17-18.

vinculante), afastar a aplicação do enunciado sumulado, sob pena de desobediência a ensejar o instituto da reclamação.⁷⁴⁹

Em nosso sistema, tal qual ele se apresenta no momento, a única forma de revisão e de cancelamento das súmulas vinculantes é um procedimento regulamentado em lei e pelas já mencionadas resoluções do STF, cuja titularidade cabe apenas ao próprio STF.⁷⁵⁰ Tão somente a corte pode revisar e cancelar os enunciados por ela sumulados. No sistema jurídico pátrio, portanto, a vinculação do órgão criador do precedente vinculante ao seu precedente não é absoluta. Não há, contudo, outras exceções à regra da vinculação.

A revisão e o cancelamento devem ser processados em conformidade com a regulamentação indicada e, portanto, serão sempre expressos, tal qual a edição da súmula. Da mesma forma que o STF deve indicar que uma jurisprudência sua configura súmula vinculante, ele também deve indicar de forma expressa sempre que houver revisão e cancelamento de suas súmulas.

Já a técnica de revisão do precedente na teoria do *stare decisis* pode ocorrer tanto de forma expressa quanto de forma implícita. Quando a Corte declarar, na decisão de um caso concreto, que um precedente seu deve ser

⁷⁴⁹ Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso. Lei 11.417/2006. Acesso em 20 de junho de 2011.

⁷⁵⁰ “Um problema sério surgiria, no entanto, caso não se estabelecesse uma forma de rever a orientação da súmula. Mesmo no direito anglo-saxão os efeitos do precedente não são absolutos. Seria inteiramente desarrazoado prever-se uma súmula que não pudesse ser revista, o que, ocorrendo levaria, sem dúvida, a um engessamento do sistema. Em princípio, duas soluções poderiam ser adotadas a esse respeito: (a) estabelecer um incidente de revisão da súmula direto ao tribunal que fixou a orientação, no qual se pudesse apresentar novas e persuasivas razões para alterá-la; (b) deixar que o próprio juiz ou tribunal pudessem conhecer dessas razões e com isso afastar a súmula, mediante decisão fundamentada nesse sentido (como ocorre no direito anglo-saxão). O primeiro tem sido o modelo preferido pelo legislador pátrio.” LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare Decisis e Súmula vinculante: um estudo comparado*. Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 14. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Janeiro-julho, 1999. p. 181.

superado pela orientação que ela veicula na nova decisão, haverá uma derrubada expressa. Contudo, como vimos, a corte não está vinculada a seu precedente de forma absoluta e, portanto, caso simplesmente decida de forma oposta a que vinha decidindo, mas sem mencionar que opera uma derrubada, haverá uma derrubada implícita.

Quanto à utilização da técnica do *overruling*, importante atentar para o fato de que não apenas a Suprema Corte possui tal prerrogativa e que, conforme aponta Linda H. Edwards, uma corte geralmente derruba seu próprio precedente de forma expressa (apesar de poder fazê-lo, como observamos, de forma implícita), identificando, na nova opinião o caso que deve ser objeto de derrubada e afirmando que não irá mais apoiar-se em tal caso em futuras decisões.⁷⁵¹

4.4.3

Eficácia

Conforme apontamos em nossa análise da teoria geral dos precedentes, a dimensão de eficácia se relaciona à natureza e ao grau de influência que o precedente exercita sobre o caso que lhe sucede. A escala de eficácia do precedente pensada por Michelle Taruffo (precedente vinculante, precedente de eficácia anulável e precedente persuasivo) pode ser utilizada para se classificar, no sistema brasileiro, os diversos precedentes pelos seus variados graus de eficácia. Seguindo-se a escala, a súmula vinculante pode ser entendida como espécie de precedente com eficácia vinculante (*binding*).⁷⁵²

⁷⁵¹ EDWARDS, Linda H.. *Legal writing and analysis*. New york: Aspen Publishers, 2011. p. 18.

⁷⁵² Outro precedente de eficácia vinculante no ordenamento brasileiro está previsto no artigo 102 § 2º da Constituição, segundo o qual: “As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” Outros precedentes, a título exemplificativo, estão previstos nos seguintes artigos do Código de Processo Civil: artigo 285-A e artigo 518, § 1º. O artigo 285-A prevê que sentença poderá ser imediatamente proferida, reproduzindo-se o teor de sentença anteriormente prolatada, sempre que a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em casos idênticos. Já artigo 518, § 1º, determina que o recurso de apelação não será recebido quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior

A diferença entre precedente e jurisprudência operada por Taruffo nos auxilia na comparação. Conforme observamos, no que concerne ao primeiro aspecto, o quantitativo, a diferença entre precedente e jurisprudência se evidenciaria no fato de que o precedente refere-se a uma única decisão relativa a um caso concreto específico e a jurisprudência refere-se a uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos.

Já, quanto ao aspecto qualitativo, a diferença residiria no fato de que o precedente é elaborado para fornecer ao julgador do caso seguinte a capacidade de, em analisando os fatos do primeiro caso em comparação aos do *sub judice*, definir se o precedente é ou não vinculante e se, portanto, se aplica enquanto regra universalizável ou critério de decisão, em razão da identidade fática entre os casos.

Em contrapartida, a jurisprudência consiste em proposições normativas nas quais os fatos encontram-se pouco delimitados. Desta forma, a análise comparativa baseada nas semelhanças ou dessemelhanças factuais resta, na maioria dos casos, prejudicada e a aplicação da proposição ou regra normativa formulada em uma decisão precedente não se baseia na identidade de casos, mas na submissão do caso concreto sucessivo àquela regra ou proposição geral.

Assim, embora tanto o precedente norte-americano quanto o brasileiro na modalidade súmula vinculante sejam vinculantes (*binding*), nas súmulas vinculantes, a possibilidade de *overruling*, ou melhor, de uma conduta similar ou correspondente ao *overruling*, resta prejudicada por conta do instituto das reclamações. Ademais, uma técnica como o *distinguishing* tampouco procede uma vez que, diferentemente dos precedentes do *stare decisis*, geralmente não há

Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Aliás, referindo-se ao artigo 557 do Código de Processo Civil, que foi adicionado ao diploma legal em 1998, e outros mecanismos de uniformização de jurisprudência, Leonardo D. Moreira Lima aponta que o efeito vinculante não apresenta uma inovação absoluta em nosso sistema. Acrescenta: “A súmula vinculante (...) apresenta-se como um instrumento destinado à uniformização de jurisprudência. E como tal já existem inúmeros outros instrumentos ou técnicas em nosso ordenamento que, mesmo não possuindo essa finalidade específica, na prática se prestam também a esse papel, v.g., os recursos especial e extraordinário, a utilização da jurisdição coletiva e os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis, sem mencionar o incidente de uniformização de jurisprudência, específico para esse fim.” LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare Decisis e Súmula vinculante: um estudo comparado*. Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 14. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Janeiro-julho, 1999. p. 179.

uma *ratio decidendi* definida de forma clara e separada do *obter dictum*, por tratar-se a súmula de um enunciado sintetizador de jurisprudência.⁷⁵³

Neste sentido, enquanto aos juízes, na doutrina do *stare decisis*, é permitido o afastamento do precedente caso identifiquem que não há identidade fática ou, ainda, quando entendam pela existência de novas e persuasivas razões que exijam uma decisão em outro sentido⁷⁵⁴, esta liberdade não existe quando a eficácia é imposta verticalmente e *a priori*. Neste ponto, passamos entender melhor o porquê da diferença do precedente para a súmula no que tange à eficácia.

Outro argumento que se poderia entender como pertinente é o de que a diferença quanto à eficácia entre a súmula vinculante e o precedente fruto do *stare decisis* é ainda mais radical. Isto porque, apesar de formalmente vinculante (*binding*), o *stare decisis* é uma doutrina controvertida e a sua flexibilização é grande. Por todos os pontos controversos que levantamos no item mencionado, poderia-se questionar até que ponto o *stare decisis* confere uma eficácia vinculante ao precedente ou se não se trata em realidade de uma eficácia anulável ou mesmo persuasiva.⁷⁵⁵

A eficácia vinculante atribuída à súmula vinculante é um ponto que aproxima este instituto do precedente segundo a doutrina do *stare decisis* e que

⁷⁵³ Já no direito inglês, e poderia acrescentar-se no norte-americano, como aponta René David: “Nas *reasons* dadas pelos juízes em apoio das suas decisões, o jurista inglês deve distinguir aquilo que constitui o suporte necessário da decisão, a *ratio decidendi* do julgamento, e, por outro lado, aquilo que constitui *obter dictum*, aquilo que o juiz pode ser declarado sem necessidade absoluta. A *ratio decidendi* constitui uma regra jurisprudencial que se incorpora no direito inglês e que deve, a este título, ser seguida no futuro. Aquilo que constitui *obter dictum* não tem, pelo contrário, esta autoridade. O valor dar *obter dicta* é unicamente um valor de persuasão dependente do prestígio do juiz que se pronunciou, da exatidão da sua análise e de um grande número de circunstâncias, variáveis de caso para caso.” DAVID, René. *Grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 343.

⁷⁵⁴ LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare Decisis e Súmula vinculante: um estudo comparado*. Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 14. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Janeiro-julho, 1999. p. 180.

⁷⁵⁵ Neste sentido e enfatizando a flexibilização da doutrina, Leonardo D. Moreira Lima: “A doutrina do *stare decisis*, como se viu, não atribui efeito vinculativo absoluto ao precedente judicial. Isto porque, o precedente só tem força vinculante em caso de identidade dos fatos ou das questões jurídicas suscitadas. E mesmo assim pode ser afastado quando houver “novas e persuasivas razões” para afastá-lo. Aliás, há forte orientação na doutrina norte Americana no sentido de se abrandar a aplicação do *stare decisis* no campo constitucional, pois é onde se dá a abertura para a oxigenação de todo o sistema.” *Ibid.* p. 180.

nos permite dizer que há uma teoria geral do precedente hoje no ordenamento brasileiro, bem como que a súmula vinculante é uma das formas pelas quais esta teoria se manifesta.

Contudo, justamente pelo fato de que a eficácia no sistema orientado pela teoria do *stare decisis* é apenas auferida *a posteriori* e que, portanto, naquele sistema não há, como há aqui, uma preferência por uma técnica de revogação centralizada como um incidente de revisão da súmula direto ao STF e nem por uma técnica jurídica vertical de imposição de autoridade como as reclamações, que a súmula vinculante não possui o sentido do precedente da teoria do *stare decisis*.⁷⁵⁶

A eficácia das súmulas é definida *a priori* pelo STF, uma vez que este tribunal prescreve a eficácia vinculante no momento em que cria ou edita a súmula vinculante e, assim, o precedente e a súmula se afastam de forma clara no que tange esta variável. Esta eficácia resta ainda, aqui, praticamente imodificável até que o próprio STF decida pela revisão ou pelo cancelamento da súmula, o que, como vimos, não ocorre no sistema norte-americano, no qual a flexibilização⁷⁵⁷ da doutrina do *stare decisis*, acrescida ao federalismo e ao modelo exclusivamente

⁷⁵⁶ “...com a adoção da súmula universalmente vinculante – assunto na ordem do dia no Brasil – não estamos adotando a doutrina do *stare decisis*, nos moldes como ela é entendida e aplicada nos sistemas filiados a tradição do *common law*. Já foi dito, e mais de uma vez, que estaríamos adotando o *stare decisis* brasileiro. Não se discorda que um aspecto se faz presente em ambos os modelos – a vinculação. Mas a origem, o alcance, o funcionamento, entre outras coisas, tudo isso, se compararmos os dois modelos, é ainda bastante diferente, e foi isso que, desde o início, se quis deixar claro aqui. De toda sorte, a adoção da súmula universalmente vinculante é mais um passo para a interseção dos dois sistemas, o *common law* e o *civil law*...” SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial a súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁷⁵⁷ Devemos contudo salientar que o fato de mecanismos flexibilizadores da regra de respeito a precedentes estarem a disposição dos magistrados não significa que a rigidez do sistema não se faz sentir. Amy Coney Barret, em artigo sobre o conflito entre a regra do *stare decisis* e o devido processo legal enquanto um limite constitucional ao *stare decisis*, questiona o senso comum de que *stare decisis* é uma doutrina flexível. Segundo a autora, *stare decisis* preclui a atuação dos litigantes na maior parte dos casos: “An initial burden in making a due process argument about *stare decisis* is convincing the audience that precedent matters. Conventional wisdom has it that *stare decisis* is a flexible doctrine, and, to the extent that doctrinal rules ever require a particular result, precedent is manipulable enough to leave courts free to escape that result if they choose. Certainly, if this is true, one need not worry about the impact of *stare decisis* on individual litigants. Despite the conventional wisdom - and despite the fact that the conventional wisdom is sometimes right - precedent does operate to preclude litigants in the mainstream of cases. Once a court decides an issue in a published opinion, a later litigant may debate whether the earlier case” applies, but she typically may not debate whether the court correctly decided it.” BARRET, Amy Coney. *Stare Decisis and Due Process*. University of Colorado Law Review, Vol. 74, p. 1011, 2003.

difuso de controle de constitucionalidade (estes dois últimos argumentos serão explorados no tópico que se segue) garantem uma maior abertura do sistema.