

SISTEMA DA *COMMON LAW*: SEUS FUNDAMENTOS PODEM APRIMORAR O SISTEMA PRECEDENTALISTA BRASILEIRO?

SYSTEM OF COMMON LAW: ITS FOUNDATIONS CAN IMPROVE THE SYSTEM PRECEDENTALISTA BRAZILIAN?

Dirceu Pereira Siqueira¹

Jaime Domingues Brito²

Resumo

Objetiva-se e perspectiva-se apresentar, neste trabalho, uma visão que leve à discussão de como se poderia efetivar-se um sistema precedentalista no Brasil, que seja capaz de trazer maior segurança jurídica, igualdade e previsibilidade, devendo ser dito, que a ideia de se apontar e estabelecer critérios para a criação do referido sistema precedentalista se mostra oportuna, principalmente do fato de que muito se tem investigado a respeito do assunto nos dias atuais. Para isso, o trabalho parte da incontestável constatação de que no sistema brasileiro – como ocorre na maioria dos países que adotam a *Civil Law*– existe a enorme apego à lei, o que não ocorreu com o sistema da *Common Law*, que não se rendeu completamente ao mito exclusivo da lei, razão por que este último sistema mereceu atenção especial, já que a utilização de alguns de seus fundamentos pode ensejar a possibilidade de se efetivar o referido sistema precedentalista. Portanto, o presente trabalho se mostra atual e é, em síntese, o resultado do estudo, no qual o foco é exatamente a busca de um sistema precedentalista ideal para o caso brasileiro.

Palavras chaves: Sistema precedentalista brasileiro; *Civil Law*; *Common Law*.

¹ Doutor e Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP); Professor no Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Araraquara (UNIARA), do Centro Universitário de Bebedouro (UNIFAFIBE) e das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO); Advogado.

² Doutor em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP; Docente da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP; Advogado.

Abstract

The purpose is to present and perspective in this work, a vision that leads to discussion of how one might accomplish a system of precedents in Brazil, which could be able to bring more legal certainty, predictability and equality. The idea of point and establish criteria for the creation of such a system is shown timely, especially because of the fact that much has been investigated of this subject today. For this part of the job indisputable fact that the Brazilian system, as occurs in most countries that have adopted the Civil Law, there is a huge attachment to the law, which did not occur with the system of common law, which did not surrender completely exclusive to the myth of the law, which is why the latter system deserved special attention, since the use of some of its foundations can also give the possibility to carry out such a system of precedents. Therefore, the present work shows current and it is, in short, the result of a study that has as focus exactly the search for a ideal system of precedents for the Brazilian case.

Keywords: Brazilian system of precedents; Civil Law; Common Law.

INTRODUÇÃO

O autor deste trabalho tem voltado sua pesquisa para o tema que envolve a eventual criação, no sistema judiciário brasileiro, de um sistema precedentalista que seja capaz de trazer maior segurança jurídica, igualdade, previsibilidade das decisões, provocando, com isso o melhor acesso à justiça. O interesse do estudo pela criação do referido sistema precedentalista tem decorrido do fato de que, não só no caso brasileiro, como também em alguns dos países que adotam o sistema da *Civil Law*, tem havido um apego exagerado à lei, com desprestígio à jurisprudência como fonte do direito.

Como sabidamente tem havido aproximação entre o sistema da *Civil* ao da *Common Law*, neste trabalho procura-se fazer breve análise de alguns dos instrumentos dos quais o último sistema utiliza para produzir as normas que decorrem dos precedentes que suas cortes produzem e tentar refletir se a utilização dessas técnicas –respeitados, evidentemente, as peculiaridades do caso brasileiro– seriam capazes de ensejar o melhor cumprimento do princípio do acesso à justiça.

1. Aspectos gerais

Temos, por diversas vezes, sustentado que o precedente vinculante traz segurança jurídica para o jurisdicionado, porque tem ele, na maioria das vezes, antes de propor a ação, certeza de qual será a decisão para o seu caso. Sim, se a decisão anterior – geradora do precedente– reconheceu o direito da pessoa que o postulou, por certo o novo caso, a ser decidido com base no precedente vinculante, receberá a mesma sorte: reconhecimento do direito.

A par disso, o precedente vinculante trará ainda previsibilidade e, acima de tudo, a garantia do cumprimento do princípio da igualdade.

Ora, a operação com os precedentes na *Common Law* advém do senso comum de justiça, como igualdade, repetição e, por isso, segundo Patrícia Perrone Campos Mello (MELLO, 2008, p. 114), pode ser compreendido a partir de situações do dia-a-dia.

A autora acima, inclusive, sugere como exemplo, que se imagine a situação em que o pai tenha permitido, em certo dia, a um de seus filhos para que fique acordado até mais tarde, a fim de assistir a um programa de televisão, que lhe seria de valia para a elaboração de trabalhos escolares; diz, em seguida, que essa permissão não lhe obrigaria a dar autorização a um outro filho, para que este assistisse, na noite seguinte, também até mais tarde, a um desenho animado. (MELLO, 2008, p. 114-115)

O que então permitiria ao pai negar o segundo pedido e autorizar o primeiro? Seriam –responde a autora– os fundamentos da primeira decisão, que se mostravam relevantes para estabelecer, sem dúvida alguma, uma regra.

Desse modo, o precedente vinculante, para se constituir como tal, se vale do passado, ou melhor, se vale da experiência do passado para, de lá, retirar os seus fundamentos para o caso seguinte.

Isso leva Neil Duxbury (DUXBURY, 2008, p. 1) a afirmar, com razão, que o “(...) *precedent is a past event –in Law the event is nearly a decision– which serves as a guide for present action*”, salientando, em seguida, que a experiência, que decorre do precedente, pode não agradar. Eis o interessante exemplo que o referido autor ministra:

When my youngest daughter made her case for my buying her a mobile phone on her eleventh birthday, she reasoned from precedent: her elder sister received a mobile phone for her eleventh birthday. When I refused to buy my youngest daughter a mobile phone on her eleventh

birthday, I reasoned from the experience of her sister's inability to be a responsible mobile-phone owner at the age of eleven.”

Duxbury (DUXBURY, 2008, p. 4) destaca, assim, a importância do precedente criado no passado, sem deixar de mencionar e valorizar, com base em Karl Llewellyn, o sistema que leva em conta a responsabilidade pelo precedente que a decisão proferida no presente irá provocar, com destacada influência, no futuro.

Outros exemplos podem ainda ser trazidos e certamente irão demonstrar que as regras, advindas do precedente, ora são extremamente restritivas ou então extremamente abertas. Realmente, Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 177) cita o caso de determinada regra que envolvia a proibição de se entrar com cães em restaurantes, formulada pelo dono do estabelecimento, a partir da situação concreta e desconfortante que, em certo dia, o cachorro de um cliente freqüentador do restaurante criou aos demais clientes, ao saltar por cima das mesas nas quais eram servidas as refeições.

Diz ela que a formulação da regra do dono do estabelecimento seria restritiva porque isso impediria, por exemplo, que policiais pudessem adentrar em restaurantes com cães farejadores de drogas.

Entretanto, se a regra tivesse sido elaborada de modo a não permitir a entrada no restaurante do gênero animais, ao invés de ter sido especificado a espécie cães, isso conduziria a uma norma por demais aberta, que não possibilitaria a diferenciação entre, por exemplo, animais de verdade e aqueles de brinquedo, que estivessem nas mãos de crianças. Aponta ela por que isso ocorre em relação ao *holding* criado na *Common Law*, ao mesmo tempo em que dá uma solução (MELLO, 2008, p. 177-178):

Trata-se, portanto, de uma falha interna a seu comando (...). Além disso, o *holding*, à luz de um novo contexto, pode entrar em atrito com outros valores e fins que justifiquem a criação de uma exceção, como no caso do cão farejador. Nesta hipótese, o fundamento mitigador de seu conteúdo será externo.

Isso ocorre porque, em razão do conhecimento incompleto do mundo, da nossa limitada capacidade de prever o futuro e da diversidade e mutabilidade das circunstâncias de uma determinada comunidade, as normas não são capazes de antever todas as situações que poderão ou que deveriam ser abrangidas em seu teor, possuindo, por isso, uma textura aberta, cuja construção jamais se conclui, encontrando-se em permanente mudança e desenvolvimento.

Além disso, após arrolar as consequências da eficácia vinculante externa e externa das normas, a mesma autora (MELLO, 2008, p. 187) destaca, com base no escólio de Stone, os efeitos dos precedentes na *Common Law*:

(...) nosso direito produz e reproduz, permanentemente, novas oportunidades de escolha/decisão (...) por manter no centro da 'regra do *stare decisis*' uma noção de *ratio decidendi* que é quase um instrumento perfeito para a criação de referência múltiplas e conflitantes. Assim, ao mesmo tempo em que deixa espaço para a atuação do discernimento e da sabedoria contemporânea, também dirige a atenção da corte subsequente para o contexto dos casos anteriores e para considerações sobre a consistência lógica, a experiência e os valores então manifestados pelos juízes.

Os exemplos trazidos servem, por óbvio, para avaliar como se dá a extração do *holding*, na *Common Law*, a partir da decisão proferida. Isso ensejaria e enseja o questionamento a respeito de que modo se daria, por outro lado, a aplicação do *holding* aos novos casos a serem julgados, carecendo ser adiantado, por oportuno, que isso será realizado por intermédio do método denominado *distinguishing*, que pode ser traduzido, ao menos por ora, como método de distinção.

Assim, retornando aos exemplos, o caso que envolveu o cão que adentrou no restaurante serve, em princípio, para bem se avaliar a técnica do *distinguishing*. Veja-se, com mais detalhe, como isso de fato teria ocorrido:

- i) o animal adentrou no restaurante e fez uma enorme algazarra, derrubando pratos, o que levou o dono do estabelecimento a nele afixar a placa segundo a qual ali seria proibida a entrada de cães;
- ii) dias após, eis que no mesmo restaurante adentrou um rica senhora, com seu gato nos braços e, diante da dúvida sobre a aplicação da regra que proibía a entrada de cães no local, dita placa foi substituída, fazendo-se dela constar os dizeres de que ali seria proibida a entrada de animais;
- iii) a criação da nova norma que, do caso, adveio, poderia levar a se questionar se permitido seria a entrada de criança com animais de brinquedo no estabelecimento;
- iv) ainda viável seria imaginar se possível seria que se autorizasse a policiais adentrar no restaurante com cães farejadores, se houvesse denúncias de que pessoas estariam freqüentando o local com substâncias entorpecentes em suas bolsas, o que exigiria a ação policial.

Obviamente que o exemplo –repita-se– se presta a que, a partir do *holding*, ou melhor dizendo, a partir da *ratio decidendi* do *holding*, se faça a distinção, a fim de se decidir se o precedente será ou não aplicado em face de situações concretas similares posteriores.

Isso leva a se deduzir que a regra ora pode mostrar-se inadequadamente restritiva (como no caso da formulação “é proibida a entrada de cães”) ou vir formulada de modo exageradamente genérica (“é proibida a entrada de animais”). As duas situações são decorrentes de falhas internas do comando ou porque a regra entra em atrito com outras que permitam a criação de uma exceção, como na hipótese da necessidade de se autorizar a entrada de cães farejadores no estabelecimento, caso em que se está diante de falhas externas da regra. (MELLO, 2008, p. 177)

Disso surge a indagação: como enfrentar e resolver essas falhas que advêm do precedente? Eis, mais uma vez, o posicionamento de Patrícia Perrone Campos Mello (MELLO, 2008, p. 177-179) que, destacando os aspectos internos e externos pelos quais a vinculação irá se dar, escreve:

Pode, primeiramente, ser realizado à luz de uma perspectiva interna, indagando-se qual será a resposta do ordenamento jurídico a uma situação de divergência entre seu ‘comando’ e os ‘fins’ que levaram à sua formulação. “(...) pode, também, ser efetuada sob um prisma externo, aferindo-se como se solucionará o conflito entre dois preceitos incidentes sobre um mesmo caso concreto e conducentes a conclusões díspares.”

Para os dois casos, seja de exame sob o prisma interno, seja sob o aspecto externo, na *Common Law* o exame da eficácia vinculante da decisão dependerá da análise dos conceitos em torno das noções a respeito das expressões denominadas, na língua inglesa, de *substantive reasons* e de *authoroty reasons*³, sendo que a primeira delas enseja considerações morais, econômicas, políticas e sociais, relativas à adoção da regra, enquanto a segunda, a seu turno, envolve as preocupações pertinentes à segurança jurídica, isonomia, eficácia e legitimidade das Cortes e que justificam a adoção do precedente (MELLO, 2008, p. 179).

A respeito, ainda, das noções em torno das *substantive reasons* e das *authoroty reasons*, é de se registrar que, às vezes, referidas noções podem entrar em choque. E essa

³ . Diante da dificuldade de se encontrar vocábulos adequados, na língua portuguesa, que correspondam às duas expressões, neste trabalho a primeira delas (“*substantive reasons*”) será traduzida como razões fundamentais, traduzindo-se, por outro lado, a segunda (“*authoroty reasons*”) como razões de segurança.

tensão se volta ao já conhecido problema do antagonismo entre os dois valores fundamentais do direito, a saber: justiça e segurança.

2. Eficácia vinculante dos precedentes na *Common Law*

As argumentações com base em precedentes se assemelham às que se utilizam para as normas em geral, já que, quando um precedente é invocado para resolver um caso novo, seu conteúdo será colocado em prova e os critérios de interpretação e aplicação serão então utilizados, de modo que o *stare decisis* é o remédio para a estabilização e modificação do direito.

Assim, o que se tem no *holding* é uma das partes interessadas na solução do caso concreto se posicionando pela aplicação do precedente ao seu caso, enquanto a outra, ou o adversário, irá a isso se opor. Isso provoca, portanto, o desenvolvimento do direito (MELLO, 2008, p. 188). Para isso, os dois elementos, já anteriormente apontados, a saber, as razões de justiça (*substantive reasons*) e as razões de segurança (*authoroty reasons*) são os valores lógicos do *stare decisis*, de sorte que ora as decisões são controladas pelo *holding*, quando há valorização das primeiras, ora são guiadas por ele, quando se conduzem pelas segundas. (MELLO, 2008, p. 189)

Surge, assim, a possibilidade de expansão do precedente, que sempre irá envolver a associação do próprio precedente e o caso novo, quando então é feita a confrontação com base: i) nos fatos relevantes de cada um; ii) os valores que estão envolvidos; iii) a questão de direito submetidos à discussão; iv) os fundamentos para se decidir.

Referida expansão, que corresponde à aplicação do precedente ao caso seguinte, pode-se dar, em primeiro lugar, de modo *inconsciente*, posto que, mesmo aplicado ao caso novo porque este último guarda perfeita consonância ou similitude com o precedente, essa situação gera a valorização do *holding*, porque o confirma e lhe incrementa maior força (MELLO, 2008, p. 190).

Mas é possível, ainda, a expansão *consciente*, que se dá em situação em que se leva em consideração os fatos relevantes do caso concreto porque, de acordo com o rumo daquilo que a Corte de fato valorizar é que se terá a expansão ou não do precedente.

Explica-se mediante a análise de um caso concreto: uma criança foi gerada por um cidadão que manteve relações com uma mulher casada e participou, em seguida, da

educação do infante, pretendendo, em seguida, obter da Corte o direito de visitar o filho. (MICHAEL, GERALD, *apud* MELLO, 2008, p.191)

Ora, nesse caso, a expansão do precedente escolhido irá depender, como se disse, do fato relevante que se pretenda valorizar: ou o direito do pai de ver seu filho, o que ensinaria a aplicação ou a expansão que valorasse e tivesse como relevante esse fato; ou, por outro lado, a Corte seguiria orientação diversa e, ao invés de dar foco de importância ao direito de o pai visitar o filho e esta ser visitada por ele, centraria seu enfoque no fato de a criança ter sido gerada em adultério.

Lógico que os exemplos poderiam se multiplicar. Veja-se, contudo, mais outro: uma mulher, já grávida, por falta de recursos financeiros, não deseja dar luz à criança.

Ora, esse outro caso também ensinaria a análise de quais fatos seriam considerados relevantes para aplicação da regra de direito, oriunda do *holding*, que iriam solucionar a demanda. E novamente entraria em jogo, para se chegar à decisão, a valorização a se dar aos fatos relevantes: o direito da mulher em relação à reprodução – caso em que o precedente por ela invocado ganharia expansão se a Corte valorizasse o referido *holding*; ou, ao contrário, em que, por certo, seria prestigiada a opinião contrária, em que o direito do nascituro seria valorizado, de modo que a ação, portanto, seria julgada improcedente.

Fique claro, contudo, neste tópico, no qual se analisa a técnica da expansão do precedente mediante sua aplicação aos casos seguintes, a apropriada advertência de Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 193) a respeito do *stare decisis*:

(...) o *stare decisis* não é, contudo, capaz de banir do direito a incerteza e a indeterminação (...)

O sistema de precedentes vinculantes do *Common Law* não possibilita uma aplicação mecânica e apta a produzir resposta unívocas.

Com base e fazendo síntese do escólio e Benjamin Cardozo, a autora acima prossegue:

Ao contrário, sua utilização requer que um julgamento seja orientado por uma série de ‘considerações pragmáticas e de prudência’, atinentes à experiência da corte, aos diversos pontos de vista e alegações que o caso suscita, aos valores e interesses social a ser atendido, aos padrões morais da comunidade, à analogia, ao costume, à tradição, aos aspectos históricos, teleológicos, à integridade/harmonia do ordenamento jurídico, à percepção sobre a decisão mais adequada e justa, à avaliação das conseqüências decorrentes da opção por determinada solução.

(MELLO, 2008, p. 108) ⁴

É de se registrar que a força do precedente não está preso tão apenas ao seu *holding* ou, se preferir, à sua *ratio decidendi*, sendo certo, segundo Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 196) que, exatamente segundo a *ratio* é que seu comando será mais evidente ou forte (*enactment force of precedent*).

Entretanto, os fundamentos imanentes, aptos à adoção do precedente com força vinculante, produzem força gravitacional a interferir na decisão de casos futuros e, Ronald Dworkin (2010, p. 175-176), ao trabalhar com o imaginário juiz Hércules e fazer a comparação entre a aplicação e interpretação que deve ser empresta à lei ou ao precedente, apresenta a opinião segundo a qual os juízes

(...) aceitam, por unanimidade, que as decisões anteriores têm força gravitacional, mesmo quando divergem sobre o que é essa força. É muito comum que o legislador se preocupe apenas com questões fundamentais de moralidade ou de política fundamental ao decidir como vai votar alguma questão específica. Ele não precisa mostrar que seu voto é coerente com votos de seus colegas do poder legislativo, com os de legislaturas passadas. Um juiz, porém, só muito raramente irá mostrar este tipo de independência. Tentará, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado.

(...)

(...) A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro.

De modo que, segundo Dworkin, seu imaginário juiz Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade.

⁴ . A conclusão de Benjamin N. Cardozo é a seguinte: “Minha análise do processo decisório se resume ao seguinte: a lógica, a história, os costumes, as vantagens e os padrões culturalmente aceitos sobre o que é correto constituem força que, individualmente ou em conjunto, modelam o desenvolvimento do direito”.

É de se observar, assim, que o precedente é capaz de interferir nos casos seguintes em razão de sua força gravitacional e porque “uma regra se expande até o limite de sua finalidade” (MELLO, 2008, p. 196).

Portanto, com base no escólio de Dworkin, na obra já aqui citada, diz Mello (2008, p. 197) que, mesmo em casos que o juiz tiver de julgar casos inéditos, ainda assim será possível buscar, nos fundamentos do precedente, aquilo que poderá se constituir em novo capítulo das decisões antigas.

A expansão dos precedentes, a seu turno, irá encontrar limites, tais como na dispersão dos votos e nas motivações do julgado ou então, mesmo tendo sido realizado e atingido a maioria no resultado, ainda assim os magistrados divergem sobre as razões de justiça que alicerçaram a solução escolhida, caso em que a normatividade do precedente fica prejudicado, gerando fragilidade de sua força gravitacional (MELLO, 2008, p. 201).

Além disso, os limites da expansão ficam também prejudicados diante de situações que envolvam a denominada distinção do *holding* (*distinguishing*) ou então a sua superação (*overruling*), que adiante passam a ser analisados.

3. Da distinção

O que de fato se entende por distinção entre casos, que os ingleses e americanos denominam de *distinguishing*?

Eis o ensinamento de Duxbury (DUXBURY, 2008, p. 113):

‘Distinguishing’ is what judges do when they make a distinction between one case and another. The point may seem obvious, but it deserves to be spelt out because we distinguish within as well as between cases. Distinguishing within a case primarily a matter of differentiating the ratio decidendi from obiter dicta –separating the facts which are materially relevant from those which are irrelevant to a decision. Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case –of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand.

Portanto, a compreensão do instituto relativo à distinção exige a devida separação entre aquilo que se considera a *ratio decidendi*, apartando-a da *obiter dicta*.

Marinoni (2010, p. 326), a respeito, escreve:

Assim, é necessário, antes de mais nada, delimitar a *ratio decidendi*, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. De modo que o *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos.

Assim, o *distinguishing* pode ser entendido como a não aplicação de um precedente, mesmo diante de situação em que seu *holding*, ao menos de início, parece incluir-se na situação concreta que se tem em mãos para decidir. (MELLO, 2008, p. 202)

Isso se dá porque o novo caso apresenta especificidades que ensejam um tratamento diferenciado. Com esteio em Karl Llewellyn, Mello (2008, p. 202) esclarece a distinção é realizada

(...) porque, se ‘a norma se expande até o limite de sua finalidade’, por outro lado, ‘onde a razão de ser da norma não estiver presente, ela não será aplicável’ (*‘where the reason stops, there stops the rule’*).

A regra se calca na razão e, portanto, a técnica da distinção tem como fundamento a interpretação, *a contrario sensu*, da máxima segundo a qual casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento.

De outra banda, é preciso entender que os critérios dos quais se utiliza para se realizar a associação e, via de consequência, a expansão dos precedentes, são os mesmos que permitem chegar à técnica do *distinguishing*.

Não se pode perder de mira que o *distinguishing* não é realizado de modo aleatório no sistema da *Common Law*. Marinoni (2010, p. 327), inclusive, ressalta que o juiz, a realizar a distinção deve agir com prudência e a partir de critérios; o *distinguishing* não significa, por assim dizer, sinal aberto para que o juiz venha a desobedecer precedentes que eventualmente não lhe convém aplicar. Se isso fizer, por certo será desmascarado com facilidade.

Duxbury (2008, p. 114) novamente chama a atenção que os referidos critérios de distinção podem até trazer controvérsias, mas juízes devem ser cuidadosos, sérios, convincentes e apresentar justificativas para a não aplicação do precedente:

Most courts will distinguish cases fairly routinely and without controversy.
(...)

Nor would be correct to think that a court distinguishes cases merely by drawing attention to the factual differences between them: courts are not only drawing a distinction but also arguing that the distinction is material, that provides a justification for not following the precedent. Not just any old difference provides such a justification: the distinction must be such that it provides a sufficiently convincing reason for declining to follow a previous decision.

Assim sendo, no caso anteriormente citado, em que determinada mulher, já grávida, não desejava ter o filho, porque não reunia condições financeiras para mantê-lo, é possível imaginar a prática do *distinguishing* se o argumento dela viesse calcado, por exemplo, em precedente que tivesse autorizado mulheres a se utilizar de contraceptivos para não se engravidar.

De forma que o remédio jurídico, denominado *distinguishing*, serve exatamente para afastar a incidência do precedente vinculante a novos casos nos quais seja ele invocado.

Por outro lado, a distinção pode apresentar-se de modo inconsistente, o que se caracteriza ou decorre do fato de que, se a associação vier a dar-se de modo extremamente abrangente, isso implicaria em cristalização do direito e em injustiças, segundo o escólio de Patrícia Perrone Campos Mello (2008, p. 206):

(...) a abusiva restrição do precedente, mediante invocação de fatos e argumentos que não justificam uma diferenciação, viola valores, afastando o tratamento seguro daqueles que se encontram na mesma situação.”

Alguns exemplos facilitam a compreensão de como se dá a distinção inconsistente. Realmente, se uma mãe, por assistir o acidente em que seu filho estava envolvido, obteve reparação de danos morais que sofreu, nada impediria que, com base na técnica da distinção inconsistente, a Corte viesse a aplicar o precedente relativo à ação proposta por essa mãe a outro novo caso, em que outra pessoa, por exemplo, mesmo não tendo presenciado o acidente, ficasse também abalada emocionalmente, de sorte que teria, também, direito à reparação do dano moral. (MELLO, 2008, p. 206)

Ademais, a par de ter a função de não permitir que eventuais injustiças sejam cometidas em face da não aplicação do precedente, mostra-se importante destacar que a distinção inconsistente pode promover, além disso, não só a possibilidade de a Corte vinculada não aplicar o precedente da Corte vinculante, seja porque dito precedente se apresenta equivocado, seja porque mostra-se ele injusto.

De fato, isso acontece porque a Corte vinculada não pode, no sistema da *Common Law*, revogar o *holding* da Corte vinculante. O denominado *overruling*, em verdade, somente é praticado por esta última Corte, que pode, também, dar início à prática da distinção inconsistente antes de revogar seu precedente, isto para que o jurisdicionado, os advogados, enfim, toda a classe jurídica possa ter conhecimento, com antecedência, de que a aplicação do precedente, que antes era realizada de maneira pacífica, a partir de reiteradas distinções inconsistentes, não mais será feito da mesma forma. (MELLO, 2008, p. 208)

Importante notar que o precedente inaplicável não significa que ele perdeu sua higidez. O que precisa ficar claro é que, quando a não aplicação se torna rotineira, isso significa que o precedente está perdendo a força. Duxbury escreve a respeito do precedente *very distinguished*, segundo anotações de Marinoni (2010, p. 328):

O precedente perde, naturalmente a sua autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished*. Quer dizer que a distinção, por si só, não revela a fragilidade do precedente, embora o excesso de distinções possa ser sinal de enfraquecimento da sua autoridade.

Marinoni (2010, p. 328) acrescenta que, a não aplicação do precedente, pela distinção, não significa que ele estaria eventualmente criando um direito novo; em verdade – afirma – o juiz pratica o *distinguishing* porque, se continuar a seguir o precedente, possivelmente estaria proferindo decisão inadequada, de sorte que a distinção envolve uma declaração negativa, não significando, portanto, um direito novo.

Marinoni (2010, p. 331) observa ademais:

Embora o precedente possa ter o seu conteúdo restrito ou ampliado, é preciso ver que a aplicação do precedente deve ser compatível com a sua finalidade. Não há como admitir a adoção de um precedente quando esta é incompatível com a sua finalidade ou com as razões que justificaram a sua instituição. Todavia, tal incompatibilidade também pode se dar diante de razões que estão à base de uma situação nova, não tratada no precedente, que impõem a limitação do alcance do precedente e, assim, em termos concretos, a sua não aplicação ao caso sob julgamento.

Essa finalidade vai até seus limites e irá regularizar todos os casos cabíveis. É a verdadeira potencialidade do precedente. De sorte que, quando cessarem esses limites ou as finalidades já não mais se apresentarem para o novo caso, o precedente, evidentemente, não mais será aplicado. A investigação dessa finalidade é maleável, inclusive, com o que se visa

atender novas realidades e situações que, mesmo antigas, não foram anteriormente tratadas. A distinção, dessa forma, milita a favor da estabilidade do direito, assim como a aplicação, que envolve a expansão vinculativa do precedente, acaba por ter a mesma função (MARINONI, 2010, p. 332).

A distinção logicamente envolve não só as partes, como também o próprio Poder Judiciário. Sim, as partes, no processo, sustentarão, cada qual, de acordo com seus interesses, que o precedente se aplica ou não. Já o Poder Judiciário, para realizar a distinção leva em conta os valores já aqui mencionados, quais sejam: a segurança do direito, sua unidade, previsibilidade, e igualdade.

De qualquer forma, a distinção plena somente é praticada desde que haja base suficiente para tanto. Caso contrário, o caminho trilhado é o da distinção inconsistente:

A distinção inconsistente, assim, constitui espécie de passo provisório para a revogação total do precedente, o que fez surgir, no direito estadunidense, o denominado princípio da provisoriedade. Como adverte Melvin Eisenberg, um tribunal que aplica o princípio institucional da provisoriedade age com integridade e isonomia apesar de elaborar distinção inconsistente em face do sistema jurídico. (MARINONI, 2010, p. 333)

4. Da sinalização, da transformação e da *overriding*

Marinoni (MARINONI, 2010, p. 335) explica que a sinalização está entre o *distinguishing* e o *overruling*. Não há revogação, nem adequada distinção. Trata-se daquilo que se chama *technique of signaling*. Por meio dele, o Tribunal não ignora que o precedente pode estar equivocado ou que sua subsistência ainda irá durar. Mas, em nome da segurança jurídica, deixa de revogá-lo e também não faz a distinção: antes aponta que o precedente está perdendo a consistência e certamente poderá sofrer revogação. Protege-se, diante do caso que se tem em mãos, a segurança jurídica e o aspecto de que ainda não era previsível a revogação do precedente. De igual maneira, todos aqueles que lidam com a Justiça não são pegos de surpresa; antes, há respeito pela autoridade do precedente.

Quando a doutrina já fez críticas à tese cristalizada em um precedente ou apresentou razões para se acolher uma teoria que a contradiz, há motivos para ver a força do precedente com cautela. Tais críticas são provenientes de professores e juristas respeitados e, sobretudo, se são pacíficas, existe boa dose de razão para supor que o precedente não terá vida longa, a abalar sua confiabilidade. Do mesmo modo, se decisões de

outros tribunais estão a demonstrar a insubsistência do precedente ou o próprio tribunal já realizou interpretação incompatível com a sua manutenção, há bons motivos para crer que o precedente não merece confiança e, assim, não deve pautar as atividades de quem quer que seja. (MARINONI, 2010, p. 337)

Em síntese: a sinalização não revoga o precedente.

Já outro instituto da *Common Law* é a *transformation*. A Corte, por seu intermédio, não revoga nem realiza o *distinguishing*. Há, na verdade, a transformação ou reconfiguração do precedente no momento em que a Corte tem em mãos o caso novo para decidir.

O resultado obtido no *overruling* não é compatível com o resultado do precedente revogado. Na *transformation*, porém, tenta-se muitas vezes compatibilizar o resultado do precedente transformado com o resultado alcançado no caso sob julgamento. Isso poderia ser visto como distinção substancial entre o *overruling* e a *transformation*. Acontece que esta compatibilidade é frequentemente artificial. (MARINONI, 2010, p. 343-344)

Marinoni (2010, p. 343-344), com base em Eisenberg, destaca que a distinção entre o *overruling* e a *transformation* é mais formal do que substantiva e que uma das vantagens desta última é que a *transformation* não causa perturbação ao precedente, enquanto a primeira delas sim, havendo, assim, ao menos aparentemente, respeito e preservação do precedente, o que geraria segurança e estabilidade.

A par disso –escreve Marinoni, ainda com base em Eisenberg– que a desvantagem da *transformation* envolve o aspecto de que as Cortes inferiores não conseguiriam compreender o real significado em que se fez por intermédio do instituto ora analisado e continuariam a aplicar o precedente transformado, vale dizer, a *ratio decidendi* anterior como se nada tivesse acontecido.

Diz mais Marinoni (2010, p. 346):

Paradoxalmente, a grande vantagem da *transformation* parece decorrer exatamente do fato de que, com ela, as Cortes prosseguem decidindo a respeito da mesma questão jurídica.

(...)

É preciso perceber, porém, que a *transformation* apenas se sustenta enquanto a Corte ainda supõe que é necessária maior discussão a respeito do tema jurídico. “Se a questão está madura para ser definida, achando-se a Corte em condições de definir a nova regra e revogar o precedente, impõe-se o *overruling*”.

É preciso que se mencione a técnica do *overriding*, que também não se confunde com o *overruling* e nem tampouco com a *transformation* e a sinalização. Trata-se, portanto, de uma revogação parcial. Marinoni, contudo, espoca o entendimento de que no *overriding* inexistiria, sequer, revogação, mesmo que parcial. Diz ele que não haveria, nele, a aplicação do precedente vinculante, mas que tão apenas o resultado do novo julgamento é que não seria compatível com a totalidade do precedente, com o que o *overriding* assim, ao invés de aproximar do *overruling*, estaria mais ao lado do *distinguishing*. (MARINONI, 2010, p. 347)

Veja a interessante anotação de Marinoni (2010, p. 347), que vem alicerçada também em Eisenberg:

O *overriding* se baseia na necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente formado. (...) Como explica Eisenberg, em teoria o *overriding* poderia ser visto como um caso especial de desvinculação (*hiving off*) mediante distinções consistentes, quando a Corte lida com um tipo de situação que não estava envolvida nos precedentes que deram origem ao entendimento anterior e conclui que, dadas as proposições sociais que fundamentam aquele entendimento anterior, a situação em questão deveria ser desvinculada para ser tratada de acordo com o entendimento mais recente.

Portanto, eis aí, as principais características do *overriding*. É de se seguir adiante, desta feita com o estudo do *overruling*.

5. Da revogação do precedente

O que se analisou até aqui foram exatamente os métodos pelos quais se realiza a distinção dos precedentes na *Common Law*, vale dizer, como se deixa de aplicá-los em face do *holding* não se amoldar à situação concreta que se tem em mãos para julgamento. A par disso, trouxe-se também, mesmo em largas linhas, as principais características da sinalização, da transformação e do *overriding*.

É de se passar agora à análise de uma outra hipótese em que também o precedente não terá aplicação. Trata-se, em verdade, de sua superação, o que enseja também, de pronto, as indagações: como é possível admitir, no sistema da *Common Law*, a não

aplicação do precedente vinculante? Não haveria aí verdadeira incompatibilidade com o próprio sistema?

Os questionamentos se mostram pertinentes. Sim, se o sistema que prestigia o precedente vinculante apregoa que isso traz segurança jurídica, isonomia e previsibilidade – como até aqui se sustentou– como admitir então a sua não aplicação em decorrência de sua revogação?

Marinoni (2010, p. 389) também se preocupa com a aparente contradição existente na possibilidade que se tem, na *Common Law*, em se revogar os precedentes. Afirmar ele que análise que envolve a teoria do *overruling*, atrela-se ao ponto segundo o qual, no sistema da *Common Law*, os precedentes são dotados, obviamente, de eficácia vertical, de sorte que as Cortes inferiores estão subordinadas às decisões das Cortes Superiores, como em linhas anteriores se demonstrou (vide, por obséquio, capítulo 2 deste trabalho).

Entretanto –diz o autor acima citado (MARINONI, 2010, p. 389) – a eficácia também é horizontal, o que poderia, em tese, se apresentar como verdadeira contradição, principalmente na Inglaterra, na *House of Lords*, que hoje é a Suprema Corte do Reino Unido. Essa contradição decorreria do fato de que, se o precedente é vinculante, em tese, ele não poderia ser revogado pela própria Corte que decidiu o caso e criou, assim, a orientação jurisprudencial vinculante.

Contudo, o precedente é revogável por intermédio do *overruling*. A revogação deve ser realizada à luz de circunstâncias especiais, o que prevalece também nos Estados Unidos da América, em que se pratica o *overruling* com maior intensidade, o que gera cobranças sempre que isso não respeita critérios razoáveis. Assim, eventual sistema que não admite mais a revogação não tem mais lugar, posto que isso impediria o desenvolvimento do próprio direito.

A revogação, como dito, deve estar atrelada à submissão a critérios. Quais seriam esses critérios? Marinoni (2010, p. 390), com base novamente em Eisenberg assim responde:

Afirma Melvin Eisenberg que um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e, ao mesmo tempo, aos valores que sustentam a estabilidade –basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta– (mas antes)⁵ mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação.

⁵ . O acréscimo entre parênteses, à frase acima, foi feito, pelo autor deste

Os referidos padrões de congruência social envolve a situação em que o precedente deixa de atender a proposições morais, políticas e de experiência; as proposições morais se atrelam, na *Common Law*, com regras que determinam que a conduta se mostra certa ou errada com base no consenso geral da comunidade. Já as políticas estão ligadas com a situação de boa ou má-fé em face do bem-estar geral, enquanto as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona. Portanto, a Corte deve utilizar dessas proposições morais sempre com base nos anseios da sociedade como um todo, com a ressalva de que as últimas delas – as proposições de experiência– podem depender ou envolver conhecimentos técnicos, de sorte que terão base também em investigações e pareceres científicos de especialistas. (2010, p. 390-391)

O importante é que o *overruling* geralmente é praticado quando surgem essas incongruências em relação às referidas proposições, o que é antecipado pela doutrina que acompanha as regras que advêm dos precedentes obrigatórios e aponta seus eventuais defeitos, apresentando argumentos que possam levar a retirar a força dos precedentes. (MARINONI, 2010, p. 391)

Ancorado novamente em Eisenberg, Marinoni (MARINONI, 2010, p. 392) destaca que a revogação do precedente, portanto, depende da demonstração dessas incongruências, o que é feito por intermédio da denominada *jagged doctrines* que é o meio pelo qual se analisa os precedentes controversos que surgem, posto que se mostram incongruentes socialmente inconsistentes, levando, ademais, até a distinções inconsistentes, tornando, assim, outros precedentes também inconsistentes, o que gera, como consequência, evidentemente, a perda da estabilidade, falta de segurança jurídica e de previsibilidade jurídica, bem como desatendimento ao princípio da isonomia, posto que os casos julgados com base no precedente prestes a ser revogado e outros não.

De igual maneira, Mello (2008, p. 235) também analisa as formas pelas quais se procede, na *Common Law*, à superação dos precedentes. Aponta ela que, para se investigar referidas formas de superação, isso depende das dimensões da mudança, é dizer, se elas se apresentam de modo total e parcial. Escreve ela:

(...) o tribunal poderá revogar integralmente um precedente, medida designada *overruling*; poderá apenas restringir o seu âmbito de aplicação, em favor de uma regra que lhe é posterior, através do *overriding*; e, ocasionalmente, por intermédio de um artifício denominado *transformation*, conferirá significado tão diverso a um

comando, que, na verdade, ensinará implicitamente o abandono da norma original, sem assumi-lo explicitamente.

A par das três formas acima apontadas, mais duas técnicas intermediárias podem ainda ser utilizada para se chegar à superação do precedente segundo a mesma autora (MELLO, 2008, p. 235) ora citada:

Um desses instrumentos é a superação de uma orientação com efeitos futuros, chamada de *prospective overruling*, pela qual se estabelece que uma nova regra será aplicada apenas a eventos ocorridos a partir do julgamento que a estabeleceu, ou de determinada data nele fixada, mantendo-se a validade do precedente antigo para a solução de demandas anteriores. Outra modalidade de decisão intermediária consiste na sinalização, *signaling*, pela qual o tribunal vinculante, ao apreciar determinado caso concreto, aplica-lhe doutrina vigente, mas informa, sinaliza à comunidade jurídica, através de um mero *obiter dictum*, a intenção de abandoná-lo no futuro, o que afasta, a partir do aviso, a justificada confiança em sua aplicação.

De outra banda, preponderam, ainda segundo Mello (2008, p. 237-238) para que o precedente seja revogado, duas razões: a incongruência social e a sua inconsistência sistêmica. A primeira delas equivale ao sentimento de que a decisão judicial, ou melhor, o precedente vinculativo, deve estar lastreado na correspondência razoável entre a norma jurídica que dele se extrai com as normas da vida real. Já a situação ligada à inconsistência sistêmica envolve a idéia de que as diversas normas jurídicas devem ter harmonia entre si, vale dizer, deve ter compatibilidade entre si.

Mas tão apenas as duas razões se mostram insuficientes para ensejar a revogação do precedente. Realmente, entram em jogo, para que isso venha a ocorrer, tanto as razões de justiça (*substantive reasons*), como também as razões de segurança jurídica (*authoroty reasons*), de sorte que, antes de superar o precedente, o Tribunal deverá realizar a ponderação dos valores que estão em jogo, avaliando os custos da revogação, sem deixar de levar em conta tanto os benefícios como os prejuízos de tal superação. Se os primeiros preponderarem, revoga-se o precedente vinculativo; caso contrário, não.

Quais são, então, uma vez focalizados os elementos considerados, as hipóteses que poderão ensejar a revogação do precedente?

Marinoni (2010, p. 393), ainda com base em Eisenberg, centra a atenção na perda da congruência social e traz o exemplo dessa situação de perda de estabilidade, ou melhor, de perda de congruência social do precedente, quando este nega proposições de ordem moral, política e de experiência, citando o caso do precedente que concedia isenção da

obrigação de reparar danos, que era concedida às instituições de caridade nos Estados Unidos da América.

Referida isenção da responsabilidade de indenizar decorria, antes dos anos 40, do fato de que essa reparação estaria fora do fundo de caridade e a obrigação de reparação somente poderia ser aplicada contra as fundações que tivessem fins lucrativos. Assim, os beneficiários da caridade, para dela se valer, precisariam assumir o dano que dos serviços eventualmente adviesse, porque, caso contrário, isto é, se a instituição ficasse obrigada pela responsabilidade, eventuais indenizações pagas levariam à dissipação de seus fundos e a privação de outras pessoas dos serviços, desacorçoando novas contribuições para a caridade.

Portanto, esses eram, em linhas gerais, os motivos ou os fundamentos do precedente que isentava as instituições de caridade da obrigação de indenizar, sendo de se relevar que esses fundamentos se harmonizavam e tinham congruência com aspectos morais, políticos e de experiência da referida época acima mencionada.

Entretanto, os referidos fundamentos, a partir dos anos 50 perderam sua força, porque:

- i) os doadores não manifestavam a vontade de que o fundo constituído com as doações não fosse utilizado para fins de indenizações, sendo incorreta a interpretação de que só as instituições de fins lucrativos é que deveriam reparar o dano causado por seus prepostos, enquanto as outras, sem fim lucrativo, não;
- ii) o seguro –se contratado pela instituição de caridade– poderia reparar o dano;
- iii) isso tornaria as caridades pessoas jurídicas mais robustas, mudando, portanto, o paradigma inicial, que as considerava tão apenas um pequeno hospital, de modo que, a falência da congruência social do precedente anterior a década de 40, começou a gerar exceções inconsistentes, já que instituições com fins lucrativos eram condenadas a indenizar o dano por atos ilícitos praticados, enquanto, as caridades, não, de sorte que o princípio da igualdade não só não fundamentava a preservação do precedente como levou à sua revogação.

De sorte que, ora fazendo síntese daquilo que até aqui se viu, pode-se dizer que a revogação do precedente se dá quando existe, por parte dos tribunais e dos profissionais do direito, uma nova compreensão em torno da questão do direito, no sentido de que os padrões de congruência social, relativos a proposições morais, políticas ou de experiência já não mais se sustentam em face dos fundamentos que geraram o referido precedente. Portanto, essa nova compreensão em torno da questão do direito não pode ser isolada e pessoal, mas antes deve

refletir o que a comunidade realmente entende em torno dos referidos fundamentos que sustentavam o precedente.

Via de consequência, o precedente não sofrerá revogação se ainda estiver gerando estabilidade, confiança justificada e segurança jurídica.

De outro lado, Mello (2008, p. 238), com propriedade, elenca as seguintes situações que levam à superação do precedente:

- a) a existência de precedentes inexecutáveis na prática porque a regra é inoperável, obscura ou porque foi desfigurada por distinções arbitrárias;
- b) a compreensão atual de uma doutrina como injusta ou incorreta, em virtude de mudanças culturais, políticas, sociais, econômicas ou tecnológicas;
- c) a absolescência do julgado em decorrência da evolução dos princípios jurídicos aplicáveis;
- d) o reconhecimento de que uma exegese é originalmente incorreta.

Ao se focar as hipóteses acima, pode-se dizer que um precedente será considerado **(a) obscuro** quando, por exemplo, os votos de seus julgadores se apresentam dispersos, não havendo, por parte da Corte, opinião majoritária a respeito do caso julgado; será, ademais, inoperável, desde que os elementos a serem comprovados – e tratados no precedente – se mostrem de difícil demonstração; pode, por outro lado, ser tido como inconsistente, na medida em que trazer elementos que sejam considerados injustos, isso porque passou por diversas distinções inconsistentes, situação esta que foi, inclusive, objeto de análise em linhas atrás, no momento em que este trabalho se voltou para o tratamento do instituto da *distinguishing*.

O que precisa ficar claro é que, seja porque o precedente se apresente obscuro, seja em razão de ser considerado inoperável ou, por porque é tido como inconsistente, a consequência será sempre a mesma: começará ele a produzir decisões contraditórias, levando, assim, a que o jurisdicionado o repare como causador de falta de segurança jurídica e como não capaz de produzir a isonomia e de previsibilidade para os casos seguintes.

Disso, portanto, decorre que a Corte, com base nas razões de justiça (*substantive reason*) ou nas razões de segurança jurídica (*authoroty reasons*), certamente irá se conduzir para a superação do precedente. (MELLO, 2008, p. 240)

Mas o precedente pode sofrer superação porque tornou-se **(b) obsoleto por causa de mudanças sociais**. Realmente, nessa hipótese, mesmo havendo decisão que, até determinada época, atendia e era tido como norma ensejadora de isonomia, segurança jurídica e previsibilidade, em dado momento, por força de mudanças sociais, culturais, econômicas,

etc. eis que o precedente –em decorrência das referidas mudanças e porque o direito, com dizem os ingleses, não se encontra gravado em pedras– sofre superação e é revogado.

Na *common Law* isso ocorre com frequência. De fato, *Lochner v. New York* e *Plessy v. Ferguson* foram revogados, respectivamente por *West Coast Hotel Co. v. Parrish* e por *Brown v. Board of Education*. (MELLO, 2008, p. 241)

Veja-se, de modo abreviado, o que aconteceu nos casos acima citados. Em *Lochner v. New York* firmou-se o entendimento vinculativo de que não haveria a possibilidade de criação de leis que limitassem a jornada de trabalho dos americanos, posto que isso representaria ofensa ao direito de contratar. Assim, em face do advento de lei, por parte do Estado de Nova Iorque, que limitava a jornada de trabalho de padeiros, o Tribunal Constitucional, em sucessivas manifestações – não só em relação ao *holding*, mas também em vários outros casos concretos– não permitiu a edição de lei que limitasse a jornada de trabalho de empregados, criando, assim a denominada *Lochner Era*.

Entretanto, o advento da Grande Depressão, nos Estados Unidos da América, em *West Coast Hotel Co. v. Parrish* a Suprema Corte modificou esse entendimento em torno da liberdade de contrato.

De sorte que foi exatamente a modificação da situação econômica de levou à revogação da conhecida *Lochner Era* e permitiu, assim, que fossem respeitados os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores nos Estados Unidos da América.

Outro caso, por sua vez, que promoveu a mudança de *Plessy v. Ferguson* foi o que se deu em *Brown v. Board*. Referida mudança adveio por questões culturais. Com efeito, no primeiro caso o Tribunal entendeu que uma norma do Estado de Luisiana seria constitucional e não ofenderia o princípio da igualdade, mesmo contendo a determinação de que negros e brancos deveriam viajar em acomodações separadas nos trens. *Plessy v. Ferguson* firmou a doutrina conhecida como “separados mais iguais” (*separate but equal doctrine*).

Entretanto, referido precedente foi alterado por intermédio do julgamento de *Brown v. Board of Education*, por intermédio do qual o Tribunal, após analisar a 14ª Emenda, não mais permitiu que crianças negras e brancas tivessem de estudar em ambientes separados. O que levou a esse entendimento foi exatamente o fato de que, à época da edição de 14ª Emenda, a educação nos Estados Unidos da América se mostrava bastante rudimentar, posto que, na maioria das vezes, o ano letivo não ultrapassava a três meses de estudos, inexistindo, ademais, obrigatoriedade de frequência escolar.

Assim, em *Brown v. Board*, tendo em conta o transcurso de mais de cinquenta anos em que *Plessy v. Ferguson* havia sido julgado e que o papel da educação havia se alterado, posto que se mostrava como uma das principais funções do poder público, a Suprema Corte, a princípio revogando parcialmente o último precedente, deixou de aplicar no caso movido por *Brown* a denominada doutrina dos “separados mais iguais”, já que isso representaria, para as criança negras, sentimento de inferioridade, o que poderia afetar o seu desenvolvimento intelectual e causar-lhes danos psicológicos.

Brown v. Board, contudo, não foi uma revogação total de *Plessy v. Ferguson*, mas antes uma revogação parcial (*overriding*) e resolveu tão apenas a questão ligada à educação, sendo que, só mais tarde é que o problema da segregação racial foi definitivamente enfrentada nos Estados Unidos.

Mas também as **mutações jurídicas (c e d)** podem provocar a revogação de determinado precedente vinculante, quando este se torna obsoleto. Por exemplo, *Laurence v. Texas* revogou *Bowers v. Hardwich*, que dava validade a uma lei da Geórgia que criminalizava a sodomia.

Contudo, na decisão de dois outros casos (*Planned Parenthood v. Casey* e *Romer v. Evans*) houve, por parte da Corte, o entendimento de que seria de se dar proteção à autonomia afetiva, assim como a perseguição aos homossexuais se apresentava –como de fato se apresenta– conduta ilícita. Isso fez com que *Bowers v. Hardwich* fosse superado, posto que se tornara obsoleto, sem contar que, ao mesmo tempo, mostrava-se também uma decisão que, desde seu início, já dava mostras de que já nascera errada, porque interferia sobre o direito das pessoas e suas condutas afetivas ou sexuais.

Mas o que os precedentes até aqui analisados indicam ou quais as conclusões que se pode tirar a partir deles? Mello (2008, p. 250) diz que os precedentes que se mostravam obscuros, inoperáveis e sujeitos a distinções arbitrárias traziam decisões contraditórios. Isso ensejou seu abandono, porque tanto os fundamentos (*substantive reasons*) como as razões de segurança (*authority reasons*), invocados para a revogação, ensejariam o restabelecimento dos critérios de previsibilidade, isonomia e segurança jurídica.

Aliás, baseado nos casos revogados e com esteio na doutrina de Eisenberg, Mello (2008, p. 251) anuncia os princípios que regem a *Common Law* em se tratando de superação de precedentes. Eis os princípios:

1º) Deve-se promover a revogação de um julgado: a) quando ele não atende a ‘*standarts*’ de consistência sistêmica; e b) quando a segurança

jurídica e os demais valores subjacentes à adoção do '*stare decisis*' não forem melhor servidos por sua manutenção do que por sua revogação.

Mas esse primeiro princípio não é aplicável aos demais casos porque, neles, não se têm a certeza de que a segurança jurídica não seria mantida se o precedente ainda continuasse a ser aplicado. Comparados, entretanto, os benefícios e os custos na manutenção do precedente, surge, como consequência, um segundo princípio:

Deve-se revogar um precedente quando as vantagens de tornar uma regra congruente social e sistemicamente superarem os custos relacionados aos valores de estabilidade e aos demais iminentes ao '*stare decisis*'.

Já o terceiro princípio que norteia a revogação do precedente na *Common Law* envolve a confiança que o jurisdicionado nele deposita. Essa confiança tem de ser respeitada:

Um precedente não deve ser subitamente revogado quando violar injustamente a confiança nele depositada pelos jurisdicionados.

O último princípio, em torno do qual existem muitos questionamentos, se refere à idéia de que é de se dar primazia ao Legislativo no momento em que se pretende revogar o precedente, principalmente em situações em que isso estiver atrelado a situações de elevada complexidade. Eis como o princípio é enunciado:

A decisão sobre a revogação de um precedente deve ser mais conservadora quando a matéria ou as circunstâncias do caso indicarem que a lei é o instrumento mais adequado para a modificação do direito.

CONCLUSÕES

Uma vez avaliados então os instrumentos dos quais se vale o sistema da *Common Law*, se conclui que, se considerados forem os aspectos peculiares do caso brasileiro, referidos instrumentos podem, sim, contribuir para o cumprimento dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e principalmente do acesso à justiça.

BIBLIOGRAFIA

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Precedentes no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, (10): 174-177, 1995.

CAMARGO, Marcelo Novelino. *O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Consulta em www.jusnavegandi.com.br

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues Brito. *Súmulas vinculantes*. Revista do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, (168): 143-160, fev. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CARVALHO, Ivan Lira de. Decisões vinculantes. *Revista de Informação Legislativa* Brasília: (134): 182-183, abr./jun. 1997.

CROSS, Sir Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. New York: Claredon Press, 2004.

COLE, Charles D. *Stare Decisis* na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *Common Law*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT (752): 11-12, junho de 1998.

_____. *Comparative Constitutional Law: Brazil and The United State*. Lake Mary: Vandeplas Publishing, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Efeito vinculante das decisões judiciais*. In Fundamentos do processo civil moderno, vol. II, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

_____. *O império do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DUXBURY, Neil. *The nature and authoroty of precedent*. Nova York: Cambridge University Press, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

JANSEN, Rodrigo. *A súmula vinculante como norma jurídica*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: RT (838): 42-74, ago. 2005.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, (553): 287-299, nov. 1981.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *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: (49), 2009.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná - vol. 5*. Curitiba: (5): 119-155, 1981.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, (785): 46-72, mar. de 2001.

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

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília: (133); 63, jan./mar. 1997.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 4. ed. São Paulo: RT, 1989.