

UMA INTRODUÇÃO À DOCTRINA DOS PRECEDENTES VINCULANTES E OBRIGATÓRIOS

Estefânia Maria de
Queiroz Barboza

Doutora pela Pontifícia
Universidade Católica
do Paraná; Professora
Adjunta do Departamento
de Direito Público da
Universidade Federal do
Paraná e do Mestrado
em Direito do Centro
Universitário Internacional,
Curitiba, Paraná, Brasil.
estefaniaqueiroz@uol.com.br

Recebido: março 6, 2017

Aceito: abril 14, 2017

An introduction to the doctrine of binding precedents

RESUMO

O presente artigo busca apresentar a doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios como novo paradigma a ser pensado nos Estados Constitucionais democráticos que têm em seu Poder Judiciário novo locus de criação e ressignificação dos direitos humanos e fundamentais quando do julgamento dos casos constitucionais difíceis. Apresenta a doutrina dos precedentes vinculantes, presente nos países do *common law*, para verificar de que modo a mesma foi pensada a dar coerência e segurança jurídica ao sistema. Pretendeu-se, sob o método de pesquisa bibliográfica comparada enfrentar temas relativos à força vinculante dos precedentes, quer seja do ponto de vista horizontal ou vertical, a distinção entre precedentes persuasivos e vinculantes, bem como a possibilidade de erro no julgamento a justificar sua superação ou manutenção. Por outro lado, também apresentou a distinção entre seguir um precedente pelo fato dele ser um precedente ou pela experiência conhecida a partir do mesmo, bem como expôs as possíveis justificativas para o uso dos precedentes, como coerência, uniformidade do direito, segurança jurídica, eficiência e celeridade do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Precedentes Vinculantes, Segurança Jurídica, Coerência, Poder Judiciário.

Abstract

This article aims to analyze the doctrine of binding precedent as a new paradigm to be thought in the Constitutional and democratic States, that have their Judicial branch a new locus of creation and reinterpretation of human and fundamental rights when judging the difficult constitutional cases. The article also presents the doctrine of binding precedent, as in common law countries, who have never had

the illusion that the interpretation of Law has limits in the normative text itself, but to know how the system was thought to give consistency and legal certainty to the system. This article uses comparative constitutional literature to tackle issues relating to binding force of precedents, either horizontal or vertical, the distinction between persuasive and binding precedents, and the possibility of error in judgment to justify its overruling or maintenance. On the other hand, it examines the distinction between following a precedent because it is a precedent or because of a known experience and exposed the justifications for the use of the binding precedents, such as consistency, uniformity of law, legal certainty and efficiency.

Keywords: Binding precedent, Certainty in Law, Coherence, Judicial Branch.

1. INTRODUÇÃO

No período do positivismo era possível aceitar que as normas escritas trouxessem em si um sentido único, objetivo e determinado para todas as situações; era possível também acreditar que o intérprete era mero revelador do conteúdo preexistente na norma. Portanto, os limites ao papel interpretativo do Judiciário já se encontravam na própria norma escrita, não lhe sendo admitido qualquer criatividade¹ em sua concretização, exceto no caso de lacunas.

¹ Embora se aceite também a criação do direito no Positivismo, que aconteceria nos casos de lacunas no texto escrito. Este é justamente um dos desacordos entre Dworkin e Hart a respeito do poder discricionário judicial (cf. HART, 1994, p. 335-336). : “O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, declarar-se privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.

Esta imagem do direito, como sendo parcialmente indeterminado ou incompleto, e a do juiz, enquanto preenche as lacunas através do exercício de um poder discricionário limitadamente criador do direito, são rejeitas por Dworkin, com fundamento em que se trata de uma concepção enganadora, não só do direito, como também do raciocínio judicial. Ele pretende, com efeito, que o que é incompleto não é o direito, mas antes a imagem dele aceite pelo positivista, e que a circunstância, de isto assim ser emergirá da sua própria concepção interpretativa do direito, enquanto inclui, além do direito estabelecido explícito, identificado por referência às suas fontes sociais, princípios jurídicos implícitos, que são aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantêm coerência, e também conferem a melhor justificação moral dele. Neste ponto de vista interpretativo, o direito nunca é incompleto ou indeterminado, e, por isso, o juiz nunca tem oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação do direito, para proferir uma decisão”.

O constitucionalismo² rompe com essa visão tradicional ao estabelecer a supremacia dos direitos humanos. Essas normas, dotadas de conteúdo moral e aberto, fornecem apenas o início de solução, não sendo possível que na sua exteriorização escrita existam todos os elementos para formação do seu sentido³.

A chamada “Revolução dos Direitos Humanos”, com a consequente opção pelo constitucionalismo por diversos países, colocou os direitos humanos no centro do debate jurídico, transferindo questões de conteúdo moral e político ao Judiciário. Houve, dessa forma, uma expansão dos papéis desse Poder, que passa a construir o significado dos direitos humanos e fundamentais quando do julgamento dos casos constitucionais difíceis.

É nesse contexto que se deve pensar quais serão os limites a serem colocados na interpretação judicial dos direitos humanos. Como essa realidade já é presente nos países do *common law*, que nunca tiveram a ilusão de que os limites do intérprete estariam contidos no

² Ressalta-se que não foi só no constitucionalismo que houve a recepção da moral pelo Direito. Neste sentido, confira-se MACEDO (2013, p.169): “Os positivistas inclusivistas, por outro lado, acolheram, de forma geral, a fenomenologia do julgar proposta por Dworkin. Eles aceitaram que os princípios morais podem desempenhar um papel importante no raciocínio jurídico em determinados sistemas jurídicos e também que são princípios jurídicos. Tais princípios, quando incluídos no sistema jurídico são vinculativos para os juízes”.

³ No mesmo sentido, na Colômbia, o professor Diego Lopez Medina (2006, pp. 148-149) afirma que: “Detrás de cada derecho fundamental se han venido formando varios escenarios constitucionales donde se precisa el significado de cada derecho. Un escenario constitucional es el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante subreglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto. Cada derecho, por tanto, muestra un cierto número de escenarios constitucionales en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido. Conocer a profundidad un derecho significa, por tanto, conocer los escenarios constitucionales en los que se litiga el derecho y las subreglas a las que ha llegado la corte en cada uno de ellos. Una teoría general de ese derecho consistirá en tanto, en discernir los elementos comunes a estos diferentes escenarios”. También vale conferir, sobre a obrigatoriedade de seguir precedentes na Colômbia, CONTRERAS CALDERÓN (2011).

próprio texto normativo⁴, é que se propõe o estudo da doutrina do *stare decisis* para verificar de que modo a mesma foi pensada a dar coerência e segurança jurídica ao sistema.

Pretende-se, assim, estudar, no presente artigo, a doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios, trabalhando a noção de *stare decisis*, a vinculação horizontal e vertical de precedentes.

Também enfrenta a distinção entre precedentes persuasivos e vinculantes, bem como a possibilidade de erro no julgamento a justificar sua superação ou manutenção. Por outro lado, também apresenta a diferenciação entre seguir um precedente pelo fato dele ser um precedente ou pela experiência conhecida a partir do mesmo.

Por fim, o presente estudo busca trazer as possíveis justificativas para o uso dos precedentes, quer seja, coerência, uniformidade do direito e segurança jurídica, quer seja, por eficiência e celeridade do Poder Judiciário.

2. PRECEDENTES

Na medida em que os precedentes podem ser entendidos como decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões subsequentes, é possível afirmar que aplicar lições do passado para solucionar problemas atuais e futuros faz parte da razão humana prática⁵. Nas palavras de Frederick Schauer, em diversas instâncias, seja no direito, seja fora dele, o fato de que algo foi

⁴ Mesmo positivistas do *common law*, como Hart (1994, p. 148), por exemplo, aceitavam a textura aberta do direito e a possibilidade de regras criadas em precedentes. , o que é corroborado pelo seguinte trecho de sua obra: “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Este facto saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por precedente) a um caso concreto. Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. Num sistema em que o *stare decisis* é firmemente reconhecido, esta função dos tribunais é muito semelhante ao exercício de poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo. Em Inglaterra, este facto é muitas vezes obscurecido pelas aparências: porque os tribunais frequentemente negam qualquer função criadora desse tipo e insistem em que a tarefa apropriada da interpretação da lei e do uso do precedente é, respectivamente, procurar a “intenção do legislador” e o direito que já existe.”

⁵ MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S., 1997, p. 2.

[N]a medida em que as decisões de hoje funcionarão como precedentes aos futuros julgadores, deve haver uma responsabilidade especial em relação a vincular o futuro antes de se chegar lá.

feito antes garante, por si só, uma razão para se fazer da mesma maneira de novo⁶.

O corpo de precedentes disponíveis para serem considerados em qualquer sistema jurídico representa, assim, uma acumulação de conhecimento do passado. Não é sempre, e não tem que ser sempre, que existe uma perfeita equivalência entre um novo caso e algum precedente. É mais provável que, para cada caso novo, um conjunto de decisões prévias garanta alguns modelos similares que possam ser adotados ou adaptados para solucionar o problema que se enfrenta atualmente.

O precedente é, por definição, a prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos⁷.

Diante disso, na medida em que as decisões de hoje funcionarão como precedentes aos futuros julgadores, deve haver uma responsabilidade especial em relação a vincular o futuro antes de se chegar lá⁸.

Nos países que adotaram o sistema de *common law*, é um princípio fundamental da administração da justiça que casos semelhantes devem ser decididos de modo semelhante. Em quase todas as jurisdições, um juiz é inclinado a decidir um caso do mesmo modo que um caso similar foi decidido por outro juiz. A força desse movimento pode variar de acordo com a tradição e o sistema adotado. Pode ser mais do que uma mera tendência ou inclinação de fazer o que os outros fizeram previamente, ou pode ser a exteriorização de uma obrigação positiva de seguir uma decisão prévia na ausência de justificativa para se partir da mesma. O precedente judicial tem um efeito persuasivo em quase todos os lugares, inclusive em países de tradição de *civil law*, porque o *stare decisis* (observância do que foi previamente decidido) é uma máxima de aplicação quase universal⁹.

A doutrina que estuda o uso dos precedentes se chama *stare decisis*, que é o nome abreviado da doutrina de respeito aos precedentes que se encontra na base dos sistemas jurídicos de *common law* que

⁶ SCHAUER, 1987, p. 572.

⁷ AKANMIDU, 2001, p. 244-251.

⁸ SCHAUER, 1987, p. 573.

⁹ CROSS; HARRIS, 2004, p. 3.

imperam nos países anglo-saxões, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia e outros. O nome completo da doutrina do *stare decisis* é *stare decisis et quieta non movere*¹⁰.

A ideia que decorre da doutrina do *stare decisis* é a de respeito às decisões judiciais precedentes, ou respeito aos precedentes, decisões que já foram tomadas anteriormente por outros tribunais e que resolveram problema semelhante (*treat like cases alike*). Diverentemente do que ocorre nos sistemas de *civil law*, o *stare decisis* significa que mesmo uma única decisão tomada individualmente pelos tribunais deve ser respeitada, é o que Goodhart chama de “doutrina do precedente individual obrigatório”¹¹, ou seja, um só precedente é o bastante para constituir direito e gerar obrigação¹².

Existem duas variações do *stare decisis*, que pode ser vertical ou horizontal. O *stare decisis* vertical exige que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores. O *stare decisis* horizontal exige que a Corte siga seus próprios precedentes. A explicação para a deferência das Cortes inferiores às Cortes superiores se explica, segundo Hershovitz, na medida em que facilita a coordenação entre os juízes e tem o potencial de melhorar o processo de decisão judicial uma vez que os juízes (Ministros) dos tribunais superiores têm maior experiência do que aqueles de 1ª instância¹³. Já o *stare decisis* horizontal se justifica para aqueles que veem o direito como integridade e se comprometem com a história de sua comunidade.¹⁴

A doutrina do *stare decisis* traz a ideia de que os precedentes devem ser seguidos quando, em casos subseqüentes, os fatos materiais mais relevantes são os mesmos.

¹⁰ Que significa em tradução livre: “aderir aos precedentes e não perturbar as coisas já estabelecidas”. Segundo o Oxford Dictionary of Law *stare decisis* significa: “a maxim expressing the underlying basis of the doctrine of precedent, i.e. that it is necessary to abide by former precedents when the same points arise again in litigation”. MARTIN, 2003, p. 475.

¹¹ GOODHART (1934)

¹² LEGARRE; RIVERA, 2006, p. 109-124.

¹³ HERSHOVITZ, 2008, p.103-104.

¹⁴ “The key to understanding the practice of *stare decisis*, I shall argue, lies elsewhere. Specifically, it lies in the virtue Ronald Dworkin calls integrity. Integrity is a value that is realized by patterns of behavior a CROSS time. The unique demand that integrity makes upon both individuals and courts is that they recognize that what they have done in the past affects what they ought to do now. *Stare decisis*, I aim to show, promotes integrity in judicial decision making. (...) As we shall see, a court with no concern for the integrity of its own decision making would not need to distinguish or overrule its precedents. It could simply ignore them” (HERSHOVITZ, 2008, p.103-104).

[A] principal característica da doutrina do precedente inglês está em sua natureza fortemente coercitiva.

É lógico que para saber quais fatos são exatamente iguais, enfrenta-se certa dificuldade, como na análise de Goodhart acerca da definição da *ratio decidendi* e da *obiter dicta* de um caso determinado, conforme será visto mais adiante.

Apesar da possibilidade de uma decisão de um Tribunal ser aceita pelos litigantes e não obstante a mesma possa estabelecer um precedente que seja mais vinculativo à população, não está totalmente claro que aquela decisão vincula os tribunais no futuro. Cross e Harris explicam que, justamente, a principal característica da doutrina do precedente inglês está em sua natureza fortemente coercitiva¹⁵.

Os juízes ingleses, assim como seus *counterparts* em outras jurisdições, devem olhar para as decisões anteriores dos tribunais superiores, e em alguns casos estão obrigados a seguir (adotar) o caso precedente mesmo que tenham boas razões para não o fazer¹⁶.

3. A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS PRECEDENTES

A questão então consiste em saber por que motivos os precedentes vinculam.

Duxbury afirma que a resposta pode ser que os precedentes vinculam porque são vetores para a argumentação e porque os juízes acreditam que um problema pode ser satisfatoriamente resolvido, utilizando-se as razões de uma decisão anterior ao invés de enfrentar o problema novamente¹⁷.

Outra questão importante é verificar a relação entre a força obrigatória dos precedentes com uma determinada sanção aplicável ao juiz que se recuse ao respeitar o *stare decisis*.

De um modo geral, o caráter coercitivo na aplicação das normas jurídicas é atribuído ao fato de que são acompanhadas por sanções que emanam de uma fonte de autoridade que é normalmente respeitada tanto no meio jurídico quanto pela população em geral.

¹⁵ “The strongly coercive nature of the English doctrine of precedent is due to rules of practice, called ‘rules of precedent’, which are designed to give effect to the far more fundamental rule that English law is to a large extent based on case-law. Case law consists of the rules and principles stated and acted upon by judges in giving decisions” (CROSS; HARRIS, 2004, p. 3).

¹⁶ CROSS; HARRIS, 2004, p. 3.

¹⁷ DUXBURY, 2005, p. 152.

Esse caráter coercitivo é o que distingue as normas jurídicas das leis morais, pois, enquanto estas, se descumpridas, levam apenas a sanções morais por ausência de coercibilidade, as normas jurídicas, dado seu caráter coercitivo, implicam que, dada uma violação, seja aplicada uma sanção.

Em relação à força obrigatória dos precedentes, é possível dizer que estes têm caráter coercitivo, em que pese não existir uma sanção jurídica a respeito.

Se um juiz reiteradamente se recusa a aplicar os casos aos quais estaria vinculado, Cross e Harris respondem que é possível que ele perca seu cargo, mas, na verdade, o que o impele é muito mais a possibilidade de uma reprovação moral por parte dos outros juízes do que eventual receio em receber punição¹⁸. A uniformidade e aceitação pelos juízes em seguir o precedente são tão grandes que não há sequer comentários por parte da doutrina ou tribunais a respeito.

Duxbury ratifica a posição de Cross e Harris no sentido de que as normas que regem a aplicação de precedentes estão relacionadas à prudência¹⁹. Os juízes as aplicam para que o sistema de *case-law* seja mantido e não por medo de serem punidos em caso de não se submeterem aos precedentes. Quando os juízes não desejam seguir o precedente é naturalmente aceito que eles possam tanto distinguir (*distinguish*) o precedente do caso atual quanto superá-lo (*overrule*) com base em razão ou conjunto de razões bastante convincentes. E conclui que esta não é uma questão que seja preocupante para juízes ou juristas, porque é muito raro que exista um juiz que seja manifestamente desrespeitoso ou desatento aos precedentes.

No caso da Inglaterra, a doutrina do precedente tem uma forte natureza coercitiva, o que se deve às normas de prática, chamadas de normas do precedente (*rules of precedent*), que existem para tornar efetiva a norma fundamental de que o direito inglês é um direito eminentemente jurisprudencial (*case-law*).

O direito jurisprudencial inglês é composto por regras e princípios apresentados, decididos e efetivados por juízes em determinadas decisões. Por consequência, num caso subsequente, o juiz terá que observar os princípios que fundamentaram os precedentes, uma vez

¹⁸ CROSS e HARRIS, 2004, p. 99.

¹⁹ DUXBURY, 2008, p. 3.

que estes não são considerados meras informações que podem ser utilizadas pelo juiz para chegar a sua decisão.

Entretanto, esta coercibilidade não significa sanção. Quando se afirma que o direito inglês é um direito baseado na jurisprudência, significa dizer que as decisões dos juízes em um caso particular constituem um precedente.

4. PRECEDENTES PERSUASIVOS E PRECEDENTES VINCULANTES

Os precedentes podem ser classificados em precedentes meramente persuasivos e precedentes de caráter vinculante. Em relação aos primeiros, o juiz está obrigado apenas a considerar o precedente anterior como um dos fundamentos de sua decisão, salvo se ele tiver razões para não o fazer. Já nos casos dos precedentes vinculantes o juiz, no caso atual, pode ser obrigado a decidi-lo do mesmo modo que foi decidido anteriormente, mesmo que ele possa dar uma boa justificativa para não o fazer.

Até 1966, a *House of Lords* estava vinculada a seguir seus próprios precedentes, prevalecendo a decisão tomada no caso *London Tramways v. County Council*,²⁰ em 1898, no sentido de que uma decisão da *House of Lords* acerca de determinada questão jurídica é conclusiva sobre a própria casa, não podendo ser pela mesma rediscutida ou revista. Pretendia-se, com esta decisão, garantir certeza para a população em geral, além de desencorajar litigação desnecessária.

A partir do *Practice Statement* de 1966²¹ foi alterada essa diretriz, entendendo-se que uma rígida aderência ao precedente poderia

²⁰ *London Tramways v. County Council* (1898) AC 375 *apud* DUXBURY, 2008, p. 125-127

²¹ “Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.” *Practice Statement House of Lords Judicial Precedent* [1966] 1 WLR 1234. Ver: DUXBURY, 2008, p. 125-126; MACCORMICK, 2009, p. 198: “[...] unquestionably this change will remove the worst effects of the *stare decisis* rule, in that inconvenient or unjust rules will be capable of reconsideration”.

levar à injustiça num caso particular, podendo levar, ainda, de modo excessivo e inapropriado, a restringir o próprio “desenvolvimento” do direito. Desse modo, a partir de então, a *House of Lords* teria a possibilidade de decidir se seu precedente era vinculante para si ou não, considerando-se livre para, em algumas circunstâncias, anular suas próprias decisões²². A decisão proferida no *Practice Statement* pode ser considerada uma evidência de que um Tribunal pode voltar atrás em suas palavras.

Essa mudança de entendimento se justifica por se entender que uma rígida aderência aos precedentes poderia perpetuar injustiças e impedir um desenvolvimento do direito que valesse a pena.

Atualmente, a doutrina inglesa do precedente está em constante mutação. Não obstante, devem-se observar algumas premissas relacionadas ao respeito de uma única decisão de uma Corte superior. Primeiro, a decisão de determinada Corte é um precedente persuasivo para as Cortes superiores àquela na qual foi emanada a decisão. Em segundo lugar, uma única decisão é sempre um precedente vinculante em relação a Cortes inferiores àquela da qual o precedente foi emanado. Por fim, todas as Cortes estão vinculadas a suas prévias decisões, com exceção da *House of Lords*.

Por outro lado, nos EUA, a doutrina do precedente foi construída pelo reconhecimento de que decisões judiciais têm força de lei e devem ser respeitadas, não apenas pelas partes envolvidas no caso em particular, mas também pelo governo, pelo público, por advogados e pelos próprios tribunais²³.

A discussão sobre precedentes nesse país é mais recente, especialmente a partir de dois casos emblemáticos, que discutiram a aplicação da teoria do *stare decisis*. O primeiro caso seria a decisão da Suprema Corte americana no caso *Casey*²⁴, que afirmou o direito ao aborto primeiramente reconhecido na decisão *Roe v. Wade*²⁵, no qual a polêmica se deu especialmente se o caso precedente estava certo e, se não estivesse, deveria a Corte aplicar outra interpretação

²² CROSS; HARRIS, 2004, p. 4.

²³ SELLERS, 2006, p. 2.

²⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?vol=505&invol=833&court=US>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

²⁵ *ROE v. WADE*, 410 U.S. 113 (1973) Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

“[O] respeito aos precedentes pelos tribunais garante a fé pública no Judiciário, como fonte de julgamentos impessoais e fundamentados.

supostamente mais adequada da Constituição. O segundo caso que provocou a polêmica a respeito da adoção de precedentes nos EUA foi a respeito da impossibilidade de que Cortes federais pudessem adotar opiniões que não tinham sido publicadas nos *federal reports*, muitos críticos argumentaram que opiniões não publicadas criavam um corpo de *underground law* que enfraquecia a previsibilidade²⁶.

O uso do precedente pelos tribunais americanos deve ser considerado, segundo Sellers, muito mais como uma tradição ou prática, do que efetivamente como uma doutrina jurídica, uma vez que está tão enraizado na cultura jurídica, que é aplicado sem muita reflexão pelos juízes²⁷.

Entende-se a importância de se seguir os precedentes sob pena de se ter decisões inconsistentes e instáveis, o que levaria a um sistema judicial caótico. Além disso, o respeito aos precedentes pelos tribunais garante a fé pública no Judiciário, como fonte de julgamentos impessoais e fundamentados.

5. PRECEDENTE E ERRO NO JULGAMENTO

Deve-se observar que uma das críticas reiteradas em relação à adoção da doutrina dos precedentes se dá especialmente quando há erro no julgamento de determinado caso. Não obstante esta seja uma possibilidade real, isso por si só não tem o condão de retirar a confiabilidade na doutrina do precedente²⁸.

²⁶ HEALY, 2008, p. 4-5. Essa discussão sobre o status constitucional do *stare decisis* e o papel constitucional dos precedentes levou a doutrina a um debate acerca de três questões principais, se a doutrina do *stare decisis* era exigida pela Constituição, se era proibida pela Constituição e se o congresso poderia revogar a *stare decisis*, e sobre o papel constitucional do *stare decisis*. HEALY (2008, p. 8-9) explica que embora alguns autores entendessem que isso seria inerente ao próprio Poder Judiciário, e seria justificado no Federalista n. 78, e que o *stare decisis* seria necessário para a legitimidade das Cortes sendo um requisito constitucional implícito, que ele não acredita que a doutrina do *stare decisis* teria sido abraçada pelas Cortes desde 1789, o que só teria acontecido na segunda metade do século seguinte e aplicaram o princípio por mais de 150 anos. E em suas palavras: “This long-standing practice has likely created an expectation that courts will continue to adhere to precedent. And to the extent that their legitimacy now rides on this expectation, they may not be free to abandon the doctrine.” Ainda, pela prática constitucional o autor conclui que o *stare decisis* não está proibido na Constituição.

²⁷ HEALY, 2008, p. 19.

²⁸ “Many think that *stare decisis* binds even the highest court in a jurisdiction to follow precedents that were decided incorrectly. Indeed, the view is commonly held by legal scholars and judges alike. But if that is what *stare decisis* really requires, it is puzzling. What could justify a principle that requires courts to make the same mistakes over and over again? Surely a better principle (one that most of us endorse) is that people should own up to their mistakes and seek not to repeat them. Could legal reasoning really be so different from everyday reasoning that principle requires courts to make mistakes repeatedly rather than correct them?”. (HERSHOVITZ, 2008, p. 103).

Goodhart explica que a “doutrina do precedente está baseada na teoria de que, como regra geral, os juízes não cometem erros de fato ou de direito”²⁹. Excepcionalmente, “um juiz pode basear sua decisão erroneamente num fato inexistente, mas é melhor sofrer com este erro, por mais doloridos que seus resultados possam ser aos litigantes individuais, do que duvidar de todos os precedentes no qual o direito do *common law* está baseado”³⁰.

É importante deixar claro que mesmo que um juiz ou Tribunal esteja vinculado a suas próprias decisões, não há nenhuma regra de direito que proíba a revisão de um precedente para correção de um erro no julgamento³¹. Do mesmo modo que é possível distinguir o caso atual do antigo de modo a dar efeito a visão mais aceita pela sociedade no momento.

Note-se que, diversamente da Inglaterra, que previa a obrigatoriedade de suas Cortes respeitarem seus precedentes mesmo que equivocados ou irrazoáveis, nos Estados Unidos prevaleceu o entendimento de que era mais importante que a Corte estivesse certa numa consideração mais recente e elaborada de um caso do que consistente com decisões anteriores.

6. PRECEDENTE E EXPERIÊNCIA

Outro ponto que merece destaque quando se estuda a doutrina dos precedentes é a relação que se faz entre o precedente e a experiência.

Duxbury explica que quando se decide com base na experiência, se está a valorizar a experiência pelo que ela ensina³². Do mesmo modo, Schauer ensina que “when reasoning from experience, the facts and conclusions of the past have no significance apart from what they teach us about the present”³³.

²⁹ GOODHART, 1930, p. 181-182.

³⁰ GOODHART, 1930, p. 181-182.

³¹ “Although you are bound by your own decisions as much as any court would be bound, so that you could not reverse your own decision in a particular case, yet you are not bound by any *rule of law* which you may lay down, if upon a subsequent occasion you should find reason to differ from that rule; that is, this House, like every court of justice, possesses an inherent power to correct an error into which it may have fallen”. *The limits of precedent*: Being the presidential address of the Rt. Hon. Viscount Simon, Lord Chancellor, president of the Holdsworth Club of the students of the Faculty of Law in the University of Birmingham, 1942-43. [Unknown Binding], Published by the Holdsworth Club of the University of Birmingham, p. 7.

³² DUXBURY, 2008, p. 2.

³³ SCHAUER, 1987, p. 576.

Quando se toma uma decisão com base no precedente, considera-se significativo o fato de que a situação atual já foi abordada anteriormente, mas não se irá valorar o precedente pelo que ele ensina. Em alguns casos, é possível acompanhar os precedentes mesmo que não sejam aprovados³⁴, ou seja, a regra da *stare decisis* não pode ser aplicada apenas em relação às decisões “boas” ou “justas”, se assim o fosse, não teria qualquer valor ou significado. É como a ideia de aplicar a lei na *civil law*, mesmo que nem sempre o juiz concorde com ela.

Do mesmo modo, a regra do precedente não deve ser confundida com a deferência à autoridade de juristas mais experientes. Ainda que se acredite que determinado juiz era infalível, seguir o seu julgamento não significa que se está a aplicar a regra do *stare decisis*, conforme explica Max Radin³⁵, mas sim um gesto de humildade ou reverência, ou ainda, um exemplo de inércia. Se uma lei já foi descoberta por uma pessoa, é melhor ajustá-la e aplicá-la do que descobrir uma nova regra a ser aplicada, pois seria como querer reinventar a roda.

Destarte, se um Tribunal segue a decisão anterior, por considerar ter sido pronunciada por uma autoridade, porque é a decisão certa, porque é lógica, porque é justa, porque está de acordo com o peso da autoridade, porque tem sido geralmente aceita e cumprida, porque garante um resultado benéfico para a comunidade, então para Radin não se trata de uma aplicação do *stare decisis*³⁶. Para que a aplicação da decisão anterior seja considerada o cumprimento da regra do *stare decisis*, a decisão anterior deve ser seguida porque é uma decisão anterior, e por nenhum outro motivo.

Isso significa dizer que a regra do *stare decisis* é evidente e demonstravelmente mantida apenas quando a Corte declara que aquela

³⁴ DUXBURY, 2008, p. 2. No mesmo sentido SCHAUER: “But if we are truly arguing from precedent, then the fact that something was decided before gives it present value despite our current belief that the previous decisions was erroneous” (SCHAUER, 1987, p. 575).

³⁵ “If a court follows a previous decision, because a revered master has uttered it, because it is the right decision, because it is logical, because it is just, because it accords with the weight of authority, because it has been generally accepted and acted on, because it secures a beneficial result to the community, that is not an application of *stare decisis*. To make the act such an application, the previous decision must be followed because it is a previous decision and for no other reason, and it becomes clear that we cannot be certain that the rule is being followed, unless it is *contre coeur*, just as Kant was undoubtedly right in holding that obedience to the categorical imperative is discernible only when something disagreeable is commanded.” RADIN, Max. Case Law and *Stare decisis*: Concerning “Präjudizienrecht in Amerika” *Columbia Law Review*, v. 33, n. 2, fev. 1933. p. 200-201. Published by: Columbia Law Review Association. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1115948>>. Acesso em: 29 jan. 2009.

³⁶ Radin, 1933, p. 200-201.

“[U]m precedente pode ser parcial e incompleto, de modo que deixe uma certa abertura para que haja algum grau de revisão do mesmo; não obstante, mesmo nesses casos, ele contém fundamentos que devem ser excluídos, determinando que não se decida de determinada maneira.

conclusão que a regra constrange não é necessariamente uma conclusão à qual a Corte teria chegado de modo livre, que não precisa ter aprovado o precedente moralmente, ou ainda que ele não se fundamenta no senso moral, equidade ou bem-estar social.

Assim sendo, se houver qualquer motivo adicional para se adotar uma decisão, além da coercibilidade do precedente, a situação se tornaria obscura. O *stare decisis* pode estar sendo aplicado, mas não se pode ter certeza disso. Por outro lado, se realmente existe um precedente coercitivo, qualquer outra razão será irrelevante.

A elaboração de normas pelo Poder Judiciário (*judicial law-making*) é, entre outras coisas, relacionada à possibilidade de ampliar as doutrinas e normas já existentes, ajustando-as sucessivamente às graduais mudanças tecnológicas, econômicas ou sociais e introduzindo pequenas alterações para evitar as indesejáveis e não intencionais consequências de aplicar regras a circunstâncias que não foram anteriormente previstas quando essas regras foram editadas. Ou seja é a própria ideia de que o direito deve se desenvolver e se adaptar à realidade social³⁷.

Não se pode esquecer que um precedente pode ser parcial e incompleto, de modo que deixe uma certa abertura para que haja algum grau de revisão do mesmo; não obstante, mesmo nesses casos, ele contém fundamentos que devem ser excluídos, determinando que não se decida de determinada maneira.

Seria o mesmo que o romance em cadeia de Dworkin, ou o direito como integridade, na medida em que a vinculação não é absoluta, mas deve-se partir daquele ponto para frente, e para reformular deve-se discutir porque aquele caso não se aplica, ou porque os fatos não são os mesmos, ou porque erraram ou, ainda, porque a sociedade mudou.

Segundo Duxbury, há pelo menos três maneiras em que se pode conceber um precedente. A primeira seria a opinião de que a maioria das decisões judiciais (*case-law*) contém um fundamento para a decisão ou *ratio decidendi*, cuja identificação é a chave para determinar de que modo um precedente vincula futuras Cortes. Segundo, existe a noção de que um precedente pode oferecer atualmente a um Tribunal, fundamentos pré-articulados para se chegar a determinada

³⁷ DUXBURY, 2008, p. 105.

decisão, permitindo que se evitem os custos e o tempo de estudos e raciocínio de um problema jurídico a partir do zero. Por fim, existe a compreensão de que a “doutrina do precedente exige que os juízes tratem os precedentes como diretrizes impositivas que dão origem a motivos excludentes, deste modo antecipando-se ou tomando o lugar de julgamentos individuais, como deveriam ser feitos”³⁸.

Essas três concepções são criticadas, cada uma de certa maneira. A primeira explicação da força vinculante do precedente relacionado ao conceito de *ratio decidendi* encontra várias objeções – a de que alguns casos têm mais do que uma *ratio* e outros não apresentam nenhuma e ainda que mesmo que se aceite que existem boas razões para se determinar a *ratio* de um caso, há uma discordância a respeito do modo como será feito.

A segunda concepção de que os precedentes são usados como razões prontas ou construídas e levam a decisões robustas e eficientes sofre a crítica de que, não obstante, os juízes algumas vezes consideram que a virtude da eficácia da decisão deve ser superada pela necessidade de se iniciar a decisão de maneira certa, dando-se mais valor aos princípios da justiça do que a seu expediente administrativo.

Quanto à última concepção, que vê os precedentes enquanto motivos excludentes, é necessário que os precedentes sejam aceitos como diretrizes para as Cortes posteriores – assumindo-se que sejam mais de acordo com a regra do que passíveis de alteração e adaptação do que tende a ser o caso³⁹.

Outros elementos de similaridade, ou mesmo de convergência, podem ser vistos quando se verificam as razões que justificam o respeito aos precedentes. Nos sistemas de direito codificado, um aspecto que chama a atenção para os motivos de se respeitar os precedentes interpretativos seria a busca da unidade ou uniformidade do direito e nas decisões judiciais por meio do sistema jurídico. Ou seja, não é suficiente que o mesmo corpo de direito escrito seja observado por meio das diversas esferas do Poder Judiciário, mas “it should be in force in the same interpretation in all parts”⁴⁰. É necessário demonstrar que as decisões judiciais estão de acordo com o direito,

³⁸ DUXBURY, 2005, p. 108.

³⁹ DUXBURY, 2008, p. 109.

⁴⁰ BANKOWSKI, 1997, p. 486.

e um dos meios de fazê-lo é mediante uma interpretação comum do direito.

Sobre a convergência ou aproximação entre os sistemas de *common law* e *civil law* no âmbito da Jurisdição Constitucional, é possível ainda observar em ambos os sistemas a presença de um controle material de constitucionalidade, tendo como parâmetro os direitos humanos e fundamentais, quer estejam previstos num documento constitucional escrito, quer estejam previstos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, quer estejam previstos em lei formalmente ordinária, quer, ainda, não estejam previstos num documento escrito, mas numa Constituição não escrita do *common law*. Verifica-se, destarte, que o controle de constitucionalidade das leis não mais exige uma Constituição escrita e rígida, mas limites materiais com fulcro em direitos humanos.

Assim, não importa em qual documento tais direitos estão previstos mas sim, sua materialidade, sua fundamentalidade, sendo possível falar num controle de fundamentalidade das leis, que englobaria a conformidade das leis com os direitos fundamentais, quer estejam previstos em documentos internacionais, quer em constituições, ou quer mesmo em leis ordinárias, bem como as Cortes desses países se referem a fontes constitucionais tanto escritas como não escritas quando decidem sobre questões constitucionais⁴¹.

7. COERÊNCIA E UNIFORMIDADE DO DIREITO

Ademais, a doutrina do *stare decisis* se fundamenta no fato de que a coerência entre as decisões garante a coerência do sistema na sua totalidade⁴². Essa coerência no sistema de *common law* já era sugerida pelos *legal humanists* no século XVII, sendo vista como um

⁴¹ Para um estudo mais aprofundado sobre a convergência ou aproximação entre os sistemas de civil law e de common law, ver BARBOZA (2014) e MARINONI (2010).

⁴² “Given that (or so far as) we are here dealing with societies characterized by an adherence to the ideology and the practice of “rational” legal order in the sense proposed by Max Weber (1967), we can indeed say that coherence in interpretation of particular provisions over many cases, and interpretative practices aimed at securing an overall coherence of the legal system, are absolutely fundamental to them. Coherence in both senses is of the very essence of rational legal order, Just as it is definitive for the idea of a rational legal discourse. It is not surprising that, in all the systems studied, the value of coherence of law is one key element in the locally understood rationale for the practice of treating precedent as binding in whatever is the particular sense or senses locally ascribed to its bindingness (or, more generally, its normative force). This is understandable as an independent rationale for precedent, rooted in the very character of the rational argumentation essential for rational legal order” Ver BANKOWSKI, 1997, p. 487.

requisito da própria *rule of law*. Ou seja, as máximas do direito criariam uma relação lógica e coerente de sistema⁴³.

Walters explica que Sir John Doderidge (1631), ao buscar um método para o *common law* por meio da retórica e da lógica humanista, já insistia que existia uma “verdade” sobre o direito que não era uma questão de história ou metafísica, mas que era descoberta por meio de discussão e debate⁴⁴. Esse discurso foi apresentado como “*art of reasoning*”, tendo como fundamento o ideal de coerência. Proposições jurídicas deveriam ser vistas como parte de uma estrutura maior de princípios jurídicos abstratos, e proposições específicas e abstratas que fossem similares deveriam ser organizadas da mais ampla e geral à mais especial e particular com todas as partes combinadas entre si como se houvesse uma espécie de consanguinidade entre elas. A coerência deveria ser vista não apenas em cada regra do direito, mas em todo seu sistema.

Por outro lado, o papel unificador do precedente pode ser visto simplesmente como um aspecto do caráter unitário do sistema jurídico de um Estado bem ordenado, com o objetivo de manter a ordem dos tribunais. A coerência jurídica, junto com a uniformidade da decisão, é um valor aceito amplamente e garante o respeito à força do argumento dos precedentes, devendo ser alcançada por meio da função interpretativa dos juízes.

Veja-se que o valor da uniformidade pode ser considerado um desejo técnico jurídico, assim como a coerência pode ser considerada como um aspecto de lógica, garantindo ambos a integridade do sistema jurídico⁴⁵.

Ainda, é possível afirmar que outra razão a justificar a força normativa dos precedentes diz respeito aos valores constitucionais, morais e políticos fundamentais. Explica-se, o fato de as Cortes manterem a uniformidade do direito e a uniformidade em sua interpretação e

⁴³ WALTERS, 2008, p. 364. Nesse sentido: “The principles within particular departments of law, said Dodderidge, should demonstrate ‘coherency’ (‘local’ coherence Dworkin would say); but Ramist method, if followed to its end, would leave not Just ‘every title of the Law’ but ‘the whole body thereof’ in ‘a perfect shape’. Common law method should, he Said, permit one to see ‘a perfect plot of the coherence of things’, a series of rules and principles arranged ‘from the most ample and highest Generall, by many degrees of descent, as in a Pedigree or Genealogie, to the lowest special and particular”, with all of the structure’s parts “combined together as it were in a consanguinity of blood and concordanced of nature”.

⁴⁴ WALTERS, 2008, p. 252.

⁴⁵ BANKOWSKI, 1997, p. 487.

[A] prática de respeito aos precedentes também se justifica do ponto de vista utilitarista garantindo os seguintes resultados [...]

aplicação a cada caso pode ser considerado como um requisito para assegurar o Estado de Direito (*rule of law*), no qual é presente o princípio da igualdade de tratamento dos indivíduos em seu aspecto formal, de igualdade perante a lei.

Ora, a uniformidade do direito é essencial para que se garanta a igualdade de tratamento entre casos similares, o que é possível mediante a analogia entre um caso e outro.

Para além disso, a certeza, a previsibilidade e a segurança jurídica são valores que, presentes num Estado de Direito, influenciam o respeito aos precedentes⁴⁶.

A igualdade perante a lei, a certeza e segurança jurídicas ou mesmo a previsibilidade das decisões judiciais podem ser vistas como questões moralmente aceitas e exigidas numa sociedade, assim como podem ser consideradas direitos fundamentais, como acontece no Brasil. Não obstante, é importante ressaltar que esses valores ou direitos têm também um aspecto instrumental, e a prática de respeito aos precedentes também se justifica do ponto de vista utilitarista garantindo os seguintes resultados: i) eficiência da justiça no sentido de economia do trabalho dos juízes; ii) eficiência no interesse das partes, no sentido de confiabilidade no que já foi decidido; iii) evitar (avoidance) litígios desnecessários especialmente quando já existirem decisões a respeito por Cortes superiores⁴⁷.

8. JUSTIFICATIVAS PARA O USO DOS PRECEDENTES

Um dos argumentos a favor da doutrina dos precedentes é que em certos contextos, tal como o contexto Judiciário, seguir um precedente pode ser aceito pelos juízes e advogados como um standard comum de uma prática correta de decisão, a divergência do precedente pode, portanto, levar à crítica e censura, conforme visto anteriormente⁴⁸.

Destarte, é de se verificar que existem razões diferentes que justificam a vinculação aos precedentes. Quando se está diante ao *stare decisis* vertical, a justificativa para que os tribunais inferiores sigam as decisões dos tribunais superiores pode se dar de acordo com a

⁴⁶ Ver Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil. BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

⁴⁷ BANKOWSKI, 1997, p. 490.

⁴⁸ DUXBURY, 2008, p.151.

normal justification thesis de Joseph Raz segundo a qual uma autoridade é legítima para alguém “if she will do a better job of conforming to the reasons that apply to her by following the authority’s orders than she would by following her own lights”⁴⁹. A autoridade se justifica especialmente pelo conhecimento específico (*special expertise*), bem como pela possibilidade de harmonizar e resolver problemas diversos e ligados entre si.

Mas essa tese não consegue explicar a vinculação horizontal aos precedentes, uma vez que um Tribunal não segue seu precedente por conta de sua própria autoridade ou em virtude de um conhecimento específico. Não se justifica que é melhor decidir de acordo com suas antigas decisões do que de acordo com o que pensa atualmente o Tribunal.

Outra justificativa para se seguir os precedentes seria a questão da eficiência⁵⁰, ou seja, se a cada novo caso o Judiciário tivesse de decidir como se fosse a primeira vez, o trabalho iria aumentar absurdamente. Tal tese não se sustenta, até porque, num sistema de precedentes, os juízes perdem bastante tempo procurando estudar as decisões anteriores. Para além disso, não se pode descurar que o “*stare decisis* deve ser eficiente para a sociedade e não para os juízes ou para o Judiciário”⁵¹.

Alguns defendem argumentos pragmatistas de eficiência da adoção dos precedentes obrigatórios em virtude da possibilidade de certeza e previsibilidade no direito, ou seja, deste modo, as pessoas poderiam planejar suas vidas e seus negócios, o que não seria possível se os juízes não estivessem vinculados aos precedentes. Entretanto, os argumentos de certeza ou eficiência não justificam a aplicação dos precedentes por si mesmos sem ter em conta o mérito das decisões⁵².

Argumentos consequencialistas não podem fornecer uma justificativa completa sobre a obrigatoriedade de se seguir precedentes.

⁴⁹ RAZ, 1986, p. 53.

⁵⁰ Esta foi uma das grandes justificativas para a reforma do Código de Processo civil, com a ideia de se barrar recursos para os Tribunais Superiores no Brasil, e também de reduzir o número de Ações e recursos pendentes de julgamento no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

⁵¹ “Judicial resources are just one kind of resource among many, and if efficiency is to justify *stare decisis*, we must know that the gains in conserving judicial resources are not offset by losses elsewhere. That is, *stare decisis* must be efficient for society, not simply efficient by judges” (HERSHOVITZ, 2008, p. 109). Essa reflexão também deve ser feita no Brasil, uma vez que as mudanças previstas para o novo Código de Processo Civil foram fundamentadas em questões pragmáticas, não apenas de segurança jurídica, mas de eficiência das decisões com a consequente celeridade nas resoluções dos casos concretos.

⁵² HERSHOVITZ, 2008, p. 111.

Uma justificativa consequencialista completa só seria possível se alguém conseguisse comparar todas as previsíveis consequências de se decidir seguindo um precedente a todas as previsíveis consequências de se decidir de outro modo e depois demonstrar que a decisão que seguiu o precedente é superior a qualquer outro procedimento alternativo para solução do problema⁵³.

O comprometimento dos tribunais aos precedentes pode nos garantir um certo grau de certeza e previsibilidade, ou seja, quando se planeja ou se faz algo as pessoas querem ser capazes de prever as consequências de suas ações, e, portanto, podem achar bastante útil saber que o problema X surge como consequência do que fizeram e então o Tribunal, comprometido com o modo que enfrentou este problema no passado, vai decidir A⁵⁴. Ou seja, a ideia de previsibilidade em relação às decisões judiciais, de que a sociedade consiga prever como os tribunais vão solucionar os conflitos.

Dessa maneira, a doutrina do precedente, justamente por conta de sua capacidade de garantir certo grau de certeza jurídica, acaba por ser mais valorizada naquelas áreas do direito mais previsíveis, como contratos, por exemplo, ou ainda qualquer área do direito relacionada primariamente por regular transações voluntárias entre cidadãos.

Para aqueles que defendem argumentos consequencialistas, reconhecer que a força obrigatória dos precedentes desenvolve a certeza jurídica é a chave para se compreender a verdadeira natureza científica do *common law*. O *case law* tem um propósito científico, em outras palavras, a previsibilidade dos eventos utilizando-se da experiência passada, e a possibilidade de que essa previsibilidade seja mantida, assim como nas outras áreas da ciência, como uma presunção fundamental de uniformidade⁵⁵.

Existem ainda argumentos deontológicos a justificar a aplicação da doutrina do precedente, no sentido que casos iguais devem ser tratados da mesma maneira e que existe um valor intrínseco em tratar os casos similares como consequência de um tratamento

⁵³ DUXBURY, 2008, p. 153.

⁵⁴ DUXBURY, 2008, p. 160.

⁵⁵ “Recognizing that precedent-following fosters legal certainty, Frederick Polloc argued, is the key to understanding the truly scientific character of the common law: case-law has a scientific aim, namely, the prediction of events by means of past experience, and the possibility of such predications rests, as in other sciences, on a fundamental assumption of uniformity” (DUXBURY, 2008, p. 161).

[A] doutrina do *stare decisis* não significa apenas a vinculação do juiz aos precedentes no sentido de seguir o precedente, mas também inclui as possibilidades de superação e revogação (*overruling*), bem como de distinção dos precedentes (*distinguishing*), na medida em que em todos estes casos há compromisso com o passado.

equânime de situações similares perante os tribunais, como uma expectativa implícita da ordem jurídica, num Estado Constitucional Democrático de Direito⁵⁶.

Entretanto, deve-se ter em vista que a doutrina do *stare decisis* não significa apenas a vinculação do juiz aos precedentes no sentido de seguir o precedente, mas também inclui as possibilidades de superação e revogação (*overruling*), bem como de distinção dos precedentes (*distinguishing*), na medida em que em todos estes casos há compromisso com o passado. Veja-se que o Tribunal que não se considera vinculado ao precedente não precisa nem revogar nem distinguir um precedente, basta apenas ignorá-lo como se não existisse⁵⁷.

Se no âmbito vertical é possível defender a utilização dos precedentes em prol da uniformidade do direito, da segurança jurídica, da equidade, ou mesmo da eficiência, deve-se buscar outro fundamento para que um Tribunal superior se sinta vinculado a suas próprias decisões.

Nesse viés, a tese que melhor justifica a utilização da doutrina do *stare decisis* também no âmbito horizontal é a que vê o direito como integridade:

Stare decisis does not require a court to blindly follow incorrectly decided precedents. Nor does it require a court to stand by a precedent irrespective of its merit. What *stare decisis* does require is that courts engage with the past and act with integrity. They do this when they display a commitment to a coherent, defensible view of the content of the *law*⁵⁸.

Até porque a integridade não é reduzida à consistência ou coerência das decisões, no sentido de serem seguidas, de modo que um juiz que decide com integridade não vai necessariamente tratar casos semelhantes da mesma maneira. A integridade, em alguns casos, será

⁵⁶ DUXBURY, 2008, p. 170.

⁵⁷ “There is good reason to think of *stare decisis* as a broader practice than simply following precedent. If a court seeking to act with integrity has previously announced a *rule of law*, it has three options: it can follow it, it can overrule it, or it can distinguish the case. *Overruling* and *distinguishing* are as much ways of engaging with the past as following is. They are ways of saying, “we recognize that our prior decision is relevant in deciding what we ought to do now, but for these reasons we are not following it here”. A court that did not consider itself bound by *stare decisis* would not need to overrule or distinguish cases because it would not recognize what it had done in the past as relevant to what it ought to do now.” HERSHOVITZ, 2008, p.116.

⁵⁸ “O *Stare decisis* não exige que um tribunal siga cegamente precedentes decididos incorretamente. Também não se impõe que o juiz defenda um precedente independentemente do seu mérito. O *stare decisis* exige é que os tribunais se envolvam com o passado e agir com integridade. Eles fazem isso quando eles exibem um compromisso com uma visão coerente e defensável do conteúdo do direito” (HERSHOVITZ, 2008, p.118).

justamente a razão para separar o fato do precedente de seu fundamento teórico previamente anunciado – um exemplo pode ser quando a Corte determina que a *ratio* gerada numa decisão anterior é de fato diferente da que se tinha pensado tivesse sido produzida – ou mesmo quando partindo de um precedente, se chega a grandes mudanças, quando teorias enunciadas no passado são identificadas como erros⁵⁹.

Nesse caso, a justiça e a eficiência podem vir como consequência da prática da integridade no *stare decisis*, mas não como objetivos em si mesmo.

Verifica-se que a doutrina do *stare decisis* busca garantir vários princípios da *rule of law* como segurança jurídica, coerência do sistema, igualdade, uniformidade e previsibilidade do direito.

Diferente dos sistemas de tradição romano-germânica, que priorizaram assegurar tais valores mediante um sistema jurídico codificado e pretensiosamente completo, nos sistemas de tradição do *common law*, buscou-se garantir tais valores por meio da doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios, que procurou garantir a proteção do princípio da igualdade pelo princípio do *treat like cases alike*.

A uniformidade, previsibilidade e segurança jurídicas foram e são garantidas na medida em que os juízes estão limitados a seguir os precedentes ou a justificar sua não adesão a eles.

Não obstante, não é todo o conteúdo do precedente que se torna vinculante para as futuras decisões, mas seus motivos determinantes ou *ratio decidendi*, que deverão ser abstraídas do caso antecedente e observados nos casos futuros.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que com o passar do tempo há uma maior dificuldade na interpretação da linguagem utilizada em determinado precedente, especialmente naqueles países em que a tradição do *stare decisis* já vem sendo utilizada há alguns séculos. É verdadeiro que o processo de caracterização de uma decisão não termina com sua primeira formulação, sendo necessária a contínua reinterpretação do passado na medida em que vamos chegando ao futuro. Pessoas diversas dos julgadores

⁵⁹ DUXBURY, 2008, p. 171. Como os casos proferidos pela Suprema Corte americana durante a era Lochner. No mesmo sentido: DWORKIN, 2006, p. 101.

reinterpretam a decisão, e ela mesma vai se modificando ao passar de geração para geração, do mesmo modo que a brincadeira do telefone sem fio. Assim, as decisões chegam ao presente carregadas das caracterizações e dos comentários que foram feitos pela sociedade⁶⁰.

Por outro lado, pode-se afirmar que a doutrina do *stare decisis* foi construída como um modelo para garantia de alguns princípios estruturantes da *rule of law*, tais como segurança jurídica, igualdade, coerência e estabilidade.

A coerência de um sistema não codificado só foi possível pela doutrina de precedentes vinculantes, segundo a qual o direito seria construído numa cadeia lógica e coerente, alternando-se a aplicação de métodos indutivo e dedutivo quando do julgamento dos casos concretos. Assim, a partir de uma decisão concreta buscava-se, por meio do método indutivo, abstrair os princípios que fundamentaram a *ratio decidendi* daquele caso para que na decisão seguinte, pelo método dedutivo, se aplicasse o princípio abstrato (já extraído do caso anterior) ao novo caso concreto.

Ainda, a preocupação com a equidade levou ao desenvolvimento do princípio do “*treat like cases alike*”, segundo o qual os juízes deveriam tratar de modo semelhante os casos assemelhados e, portanto, justificando a aplicação do precedente anterior aos novos casos que apresentassem os mesmos fatos.

Do mesmo modo, a segurança jurídica seria garantida na medida em que houvesse limites ao juiz, que estaria vinculado pelos precedentes. Doutra parte, como é admitida a possibilidade de revogação (*overruling*) ou distinção (*distinguishing*) dos precedentes, poder-se-ia pensar que nenhum desses princípios estariam sendo respeitados, criando incoerência entre as decisões, ou mesmo desigualdade entre casos semelhantes, o que levaria a uma instabilidade e insegurança jurídica pela imprevisibilidade das decisões.

Por essa razão, necessário se faz pensar numa doutrina do *stare decisis* ampla que signifique a vinculação e coerência não apenas com a decisão precedente em si, mas com o conjunto de princípios que lhe fundamentaram, além do conjunto de princípios erigidos pela comunidade política estejam previstos quer na Constituição, quer na legislação, quer nos precedentes judiciais, quer na prática constitucional.

⁶⁰ SCHAUER, 1987, p. 574.

REFERÊNCIAS

- AKANMIDU, Raphael A. The Morality of Precedent in Law. *Ratio Juris*, v. 14, n. 2, jun. 2001.
- BANKOWSKI, Zenon; et al. Rationales for Precedent. In: Mac CORMICK, Neil; SUMMER, Robert S. (eds.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Ashgate: Hants, 1997.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BISHOP, Joel Prentiss. *Common Law and Codification, or The Common Law as a System of Reasoning*. Chicago: Law Book Publishers, 1888.
- CONTRERAS CALDERON, Jorge Andrés. El precedente judicial en Colombia: Un análisis desde la teoría del derecho. *Rev. Fac. Derecho Cienc. Polit.– Univ. Pontif. Bolívar*, Medellín, v. 41, n. 115, p. 331-361, Dec. 2011.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4 ed. New York: Oxford University Press, 2004.
- DUXBURY, Neil. The Authority of Precedent: Two Problems. *Legal Theory Workshop Series*. Faculty of Law. University of Toronto, 2005.
- DWORKIN. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence. *Precedent in Law*. New York: Oxford University Press, 1987.
- GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, dez. 1930, p. 161.
- _____. Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*, n. 50.
- _____. The doctrine of the individual binding precedent, 1934.
- HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HEALY, Thomas, Stare decisis and the Constitution: Four Questions and Answers. *Notre Dame Law Review*, v. 83, 2008.
- HERSHOVITZ, Scott. Integrity and Stare Decisis. In: HERSHOVITZ, Scott (ed.). *Exploring Law's Empire*. New York: Oxford University Press, 2008.
- LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'. *Revista Chilena de Derecho*, v. 33 n.1, 2006.

LÓPEZ MEDINA, D. *El derecho de los jueces*. Segunda edición. Universidad de los Andes. Bogotá: Editorial Legis, 2006.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. England: Dartmouth, 1997.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MARTIN, Elizabeth A. (ed.) *A Dictionary of Law*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2003.

PLUCKNETT, Theodore. *A Concise History of The Common Law*. 5. ed. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2001.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, fev. 1987, p. 572.

SELLERS, Mortimer. The Doctrine of Precedent in the United States of America. *American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 1, 2006.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

WALTERS, Mark. Legal Humanism and Law-As-Integrity. *Cambridge Law Journal*, 67(2), July 2008, p. 364.