

REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO RIASP

NOVA SÉRIE • ANO 17 • 33 • JANEIRO-JUNHO • 2014

COORDENAÇÃO:
ELIAS FARAH

PUBLICAÇÃO OFICIAL



IASP
INSTITUTO
DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Renato Xavier da Silveira Rosa

REVISTA DO
INSTITUTO DOS
ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Nova Série • Ano 17 • vol. 33 • jan.-jun. / 2014

Coordenação
ELIAS FARAH

Publicação oficial do
Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

PRECEDENTES JUDICIAIS EM PERSPECTIVA

CONTRIBUIÇÃO PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DOS PRECEDENTES NA CIÊNCIA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA

RENATO XAVIER DA SILVEIRA ROSA

Mestre, Doutorando em Direito Processual Civil e Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da USP. Membro da CNA do IASP, do IBDT, do IBDE e da IBA. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: Estudo dos precedentes judiciais em perspectiva histórica, tanto no Direito anglo-saxão quanto na tradição luso-brasileira, de modo a subsidiar a sua análise moderna dentro da ciência processual. São traçados breves contornos do que constitui um precedente judicial, seus elementos, sua origem histórica, social, visão crítica, na Inglaterra, nos EUA e no Brasil. Encerra-se o trabalho com uma breve introdução à análise econômica dos precedentes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil – Precedentes judiciais – Análise econômica do direito.

ABSTRACT: Essay on a historical perspective of the judicial precedents, in Anglo-Saxon Law as well as on the Portuguese-Brazilian tradition, in a way to subsidize its modern analysis under the procedural science. We streamline the main contours of a judicial precedent, its elements, historical and social origin, critical view, in England, in the USA and in Brazil. The work is closed with a brief introduction to the economical analysis of precedents.

KEYWORDS: Civil procedural law – Precedents – Economical analysis of the law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Precedente Judicial: 2.1 Premissas; 2.2 Elementos do precedente judicial: *ratio decidendi* e *obiter dictum*; 2.3 Precedente vinculante e doutrina do *stare decisis*; 2.4 Superprecedentes; 2.5 Doutrina inglesa; 2.6 Doutrina norte-americana; 2.7 Precedente persuasivo – 3. Análise Econômica dos Precedentes: 3.1 A teoria de Landes e Posner sobre precedentes e função judicial; 3.2 Adjudicação como um bem privado e outras teorias – 4. Conclusão: 4.1 Precedentes e argumentação jurídica; 4.2 Súmulas vinculantes são superprecedentes?; 4.3 Análise econômica dos precedentes – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

“Poder-se-ia considerar ideal a ordem jurídica que assegurasse perfeita distribuição da justiça entre os homens: que tratasse igualmente as coisas iguais e desigualmente, observada a justa proporção, as coisas desiguais.

As divergências de opiniões, a respeito dos critérios de igualdade, são o primeiro, e seguramente o maior, obstáculo à consecução dessa ordem jurídica ideal.”¹

Um ordenamento jurídico é composto por normas, dispostas sempre na estrutura hipótese → consequência. E uma decisão judicial é, essencialmente, uma norma, criada por meio de um dos vários métodos previstos pelo próprio ordenamento jurídico para que nele se insiram mais normas. Nessa linha, o precedente judicial, na qualidade de decisão proferida por um juiz no âmbito de um processo, constitui igualmente uma norma jurídica, inserida no ordenamento.

Além disso, tradicionalmente, o Poder Judiciário introduz apenas normas individuais e concretas, isto é, uma norma válida apenas para as partes que participaram do processo (*norma individual*) e com o objetivo de se remeter a fatos determinados já ocorridos (*norma concreta*), ainda que assim se faça para impor uma obrigação de se abster de alguma prática (o que é futuro), cuja expectativa de ocorrência se prevê com base nos fatos já ocorridos.

Contudo (apesar dessa tendência a produzir normas individuais e concretas por meio do processo judicial) determinados sistemas, atribuem às decisões judiciais uma normatividade que transcende às próprias partes do processo, tornando-se uma *norma geral*. Também, essas decisões passam a ser aplicáveis para todas as situações que se apresentem com as mesmas características, para as quais a resposta do Judiciário passa a ser sempre a mesma (*norma abstrata*, porque aplicável a uma situação não ocorrida concretamente).

O precedente judicial, então, a despeito de ser uma norma individual e concreta, possui uma abstração e uma generalidade, que se projetam necessariamente para o futuro e têm a coletividade como destinatária. Nessa seara, a diferença entre os ordenamentos jurídicos é o maior ou menor grau de normatividade (ou de obrigatoriedade) atribuído ao precedente judicial. É possível ainda que haja motivos outros que levem o precedente a ser respeitado, não atribuíveis à normatividade jurídica, mas que ainda assim têm como efeito que o precedente seja respeitado (por exemplo, normas morais, econômicas etc.).

Devemos estudar esse movimento do individual ao geral que uma decisão judicial realiza quando se transmuda, automática e naturalmente, em precedente, invocável no futuro em uma decisão judicial.

Neste ponto a epígrafe deste trabalho adquire primordial relevância, pois se os critérios de igualdade são o primeiro obstáculo à consecução da Justiça, então certamente que os precedentes devem constituir um corpo orgânico de critérios de distinção entre situações diferentes e de equiparação de situações equivalen-

1. BUENO VIDIGAL, Luís Eulálio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1976.

tes, tornando geral algum critério que tenha sido aplicado inicialmente de modo individual.

É de se lembrar o alerta de Cruz e Tucci, segundo o qual as decisões judiciais encerram uma operação complexa de raciocínio que não pode ser considerada como um fim último. Deve essa operação complexa permitir que as decisões judiciais, de modo serviente, não se prestando apenas a resolver pendências concretas passadas, sirvam de orientação para os casos futuros. Deve-se em atenção ao *princípio da universalidade* autorizar que os casos presentes, substancialmente iguais, sejam tratados da mesma forma que os casos passados. É esse *princípio* o componente axiológico em torno da ideia de Justiça formal.²

A tutela jurisdicional é uma atividade exercida pelo Estado, enquanto porta-voz de um determinado ordenamento jurídico de uma dada nação, por meio de um método, denominado de *processo*, por meio do qual normas jurídicas são produzidas e introduzidas em tal ordenamento. O processo é a legitimação de um procedimento de criação de normas, com a participação das partes diretamente afetadas por aquela norma em produção, a respeito de situações concretas, isto é, em relação à *lide* ou ao conflito subjacente. A tutela efetiva, por esse raciocínio, será aquela que representar um meio legítimo que atenda adequadamente à sua finalidade de produzir normas individuais e concretas.

Já sob o plano da efetividade, para se apurar a sua presença, ou melhor, a maior ou menor efetividade de determinado procedimento ou sistema processual, poderíamos admitir que o processo justo é aquele no qual se dá ao vencedor tudo aquilo, e exatamente aquilo, a que *tem direito*, isto é, se dá o bem da vida àquele que encontra-se resguardado pelo direito material. Dessa concepção, todavia, não podemos inferir que a efetividade da tutela esteja associada à justiça da decisão, já que embora justo o processo pode ter dado ao vencedor algo que não tenha utilidade alguma, e portanto sem efetividade. Daí, passa-se a entender que justiça e efetividade são conceitos absolutamente dissociados, podendo tanto o justo ser inefetivo quanto o injusto ser efetivo.

Barbosa Moreira nos aponta para o verdadeiro teor da discussão em torno da *efetividade* do processo, qual seja, a investigação dos seus fins. Processo efetivo é aquele que preenche os seus objetivos, e a isso pode-se trazer uma plêiade de confrontos doutrinários. Não obstante, os tópicos em torno dos quais tais confrontos ocorrem são: adequação dos instrumentos de tutela aos direitos previstos no ordenamento; utilidade desses instrumentos, independentemente dos sujeitos que os invoquem; condições propícias à plena investigação dos fatos; assegurar-se ao vencedor os meios para que goze efetivamente de sua vitória; e, por fim, que se

2. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 25.

possa atingir tais resultados com o “*mínimo dispêndio de tempo e energias*”.³ Por fim, o autor alerta que não se deve perder de vista as possibilidades efetivas do judiciário para enfrentar eventual acréscimo de serviço, e isso significa dizer também que jamais se poderá cogitar de um incremento na duração do processo sem que com isso se torne o processo também mais *efetivo*.⁴

Alerta-nos Barbosa Moreira ao dizer que a busca pela maior efetividade ao processo não deve ser um valor absoluto, mas deve encontrar limite em outros valores, tais como a intimidade de terceiros ou das próprias partes, ou as provas ilicitamente obtidas, por exemplo. Não é também o caso de se romper o equilíbrio entre as partes tal como legislado ou constitucionalizado, em prol de uma efetividade torpe. Nem seria adequado o confronto entre *verdade e celeridade*, pois não se deve primar um em detrimento do outro.⁵

Trata-se, de algum modo, da discussão em torno dos escopos da jurisdição. Dito de outro modo, efetividade da tutela é sinônimo de atingimento dos escopos da jurisdição: jurídico, político, social, econômico, cultural etc. Deve-se buscá-los simultaneamente, ponderando-os conforme for mais adequado para que se atinja em maior medida todos eles. Nessa linha de raciocínio, é preciso notar como os escopos da jurisdição estão de alguma forma insculpidos na Constituição da República, seja como objetivos do Estado, seja como meios para se atingir outros objetivos; ainda que explícita ou implicitamente; mas, não obstante, de algum modo na carta constitucional insculpidos como princípios.⁶

A respeito do processo enquanto método estatal de solução de controvérsias, já tivemos a oportunidade de destacar que apesar do litígio e da oposição de interesses, e de uma evidente situação de antagonismo, é possível que a consecução dos escopos da jurisdição seja realizada com a *presença de um certo nível de cooperação*. Para tanto, tratamos do tema da cooperação entre as partes na definição do objeto litigioso, o que certamente contribui para a consecução de valores da jurisdição, tais como segurança, certeza e, sobretudo, pacificação social (já que as partes não devem pensar que solucionaram litígios diferentes, ou objetos distintos).⁷

3. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de direito processual, terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-28.

4. *Idem*, p. 41-42.

5. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de direito processual, sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 21-22, n. 3.

6. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *RePro* 105/181-190. Com o autor, é de se notar que as garantias constitucionais podem ser elas próprias um dos escopos sociais da jurisdição.

7. Vide o nosso: ROSA, Renato Xavier da Silveira. Cooperação entre as partes na definição do objeto litigioso: sistemas de instrução processual nos Estados Unidos e na França. *RIASP* 15/267-302.

Diante das linhas acima – e, ao que parece, cada autor estabelece como premissa a sua definição de *processo efetivo*,⁸ entendemos que *efetividade da tutela jurisdicional* (que corresponde à expectativa das partes diante do processo adjudicatório estatal) é equivalente à ideia de pacificação do conflito, com o melhor atingimento possível de todos os escopos da jurisdição, por meio de um método de ponderação entre os princípios que fundamentam cada um dos escopos, conciliando-se-os, de modo a proporcionar a otimização do preenchimento das garantias constitucionais relativas ao exercício da jurisdição e à submissão dos jurisdicionados à inafastável tutela estatal dos conflitos intersubjetivos juridicamente relevantes.

Apesar da finalidade do processo, *suprema*, ser a pacificação social, a composição do litígio individual trazido a juízo é, *prima facie*, o objeto da preocupação estatal ao conceber o seu método de trabalho. Intervém, aí, o magistrado, como entidade que produzirá a norma, interpretando o ordenamento jurídico e a versão jurídica dos fatos. Então, por essa fórmula, o *processo* é, por assim dizer, o método estatal que visa a resolver um conflito individual, por meio da produção por um terceiro (o magistrado) de normas individuais e concretas, introduzidas no ordenamento jurídico, desde que dado às partes a oportunidade de participação nesse curso.

Cabe ressaltar ainda que todas as normas jurídicas, sejam elas provenientes dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário (por exemplo, leis, decretos e sentenças), ou das próprias partes (por exemplo, contratos), devem ser reconhecidas como *norma jurídica* por todas as pessoas referenciadas pelo ordenamento (destinatárias da norma ou não), que se encontram no território de aplicação do ordenamento jurídico em questão (é a validade geral da norma). Todavia, nem todas as normas se destinam a toda e qualquer pessoa.

Por essa concatenação, entendemos que a tutela jurisdicional só será efetiva quando puder pacificar os conflitos e, mais que isso, será tão mais efetiva quanto maiores forem os destinatários das normas produzidas pelo processo. Em outros termos, o instituto do *processo* será mais efetivo se por meio dele puderem ser produzidas normas mais abrangentes, destinadas a mais sujeitos. E para tanto, é imprescindível que o método estatal acima referido passe a lidar com a criação de normas jurídicas mais gerais e abstratas, com fórmulas ou soluções *prontas*, aplicando-se-as sempre que um determinado conflito surgir (desde que atendidas certas características, previstas na *hipótese* da norma).

Com esse objetivo de tornar mais efetiva a tutela jurisdicional, torna-se claro que somente poderá ser alcançado o fim último da jurisdição (a pacificação social)

8. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. RT 836/29 e ss.. Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Anotações sobre a efetividade do processo. RT 814/63 e ss. Cf. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *RevPro* 78/85 e ss.

se for previsto um sistema de decisões judiciais no qual haja a utilização dos precedentes, isto é, as decisões devem transcender ao processo no qual foram proferidas.

2. PRECEDENTE JUDICIAL

O pensador Frederick Schauer, em recente obra sobre argumentação jurídica, explica que seguir um precedente é uma atividade que só deve ser estudada quando ela induza um julgador a decidir em sentido diverso daquele em que julgaria caso não existisse o precedente. Ele exemplifica com o limite de velocidade nas rodovias, que é obedecido por nós mesmos quando acreditamos que as condições de tráfego e nossas habilidades de direção poderiam nos permitir manter velocidade diversa; ou seja, obedecer ao limite é praticar algo que acreditamos não ser, a princípio, a melhor coisa a fazer. O mesmo ocorre quando um magistrado obedece a um precedente, mesmo quando no seu sentir a melhor decisão deveria ser diversa do sentido que consta do precedente. É por essa aparente conduta contrária à própria convicção que se torna necessário estudar os mecanismos relativos aos precedentes judiciais e a razão pela qual são respeitados.⁹

Ademais, onde o costume se confunde com a própria prática de respeitar os precedentes, como na Inglaterra, as discussões a respeito da justificativa para esse sistema remontam a tempos imemoriais. Jeremy Bentham associa essa técnica (de criar regras a partir do caso concreto) com a prática de *punir* em vez de *ensinar*, exemplificando, pitorescamente, que ela equivale ao dono de um cão que, para ensinar-lhe o bom comportamento, espera que o cão tenha uma conduta indesejada para só então puni-lo, na esperança de que o cão mentalmente associe a punição às circunstâncias em que ela foi aplicada, surgindo assim uma regra de *common law*. Essa regra *ex post facto* é a marca da tirania que, pela punição sem piedade de um homem, outro deve aprender (como puder) a maneira em que deverá se comportar.¹⁰

Em outro trabalho, o mesmo Bentham repete a analogia, em carta escrita em 1792 e só publicada em 1823, intitulada "*Verdade vs. Ashhurst, ou o Direito como ele é contrastado com o que se diz que ele é*". O contexto da carta é uma crítica ao juiz Sir William Ashhurst, que afirmara alguns absurdos (na concepção de Bentham), tais como: (a) que *nenhum homem é tão baixo que não está sob a proteção do direito*; (b) que *as restrições às ações judiciais só existem para garantir a segurança do povo como um todo*; (c) que *as leis provêm do virtual consenso geral do reino*; e (d) que *somente as leis de conhecimento geral é que vinculam a todos*.

9. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. Cf. p. 7.

10. BENTHAM, Jeremy; BOWRING, John (eds.). *The works of Jeremy Bentham, vol. VI: introductory view of the rationale of evidence; for the use of non-lawyers as well as lawyers*. Edinburgh: William Tait, 1843, p. 519 (Book IV, Chapter III, § 1).

Para Bentham (precursor do utilitarismo), a única forma de se evitar a transgressão é conhecer todos os casos anteriores para imaginar uma linha de princípios aplicáveis às regras; e se os magistrados não publicam eles próprios os julgados, então um homem deve viver dentro dos salões dos tribunais; e se assim o reino inteiro couber dentro das cortes, aí sim Sir Ashhurst poderá dizer que o reino inteiro conhece o direito.¹¹ Como se nota, a natureza da crítica contundente diz respeito aos próprios fundamentos do direito inglês e à falta de legitimidade das decisões frente ao que o povo pensa; são valores fundamentais ao utilitarismo fundado por Bentham, e cuja análise demonstra bem o contexto dos precedentes judiciais na Inglaterra.

2.1 Premissas

Como já afirmamos na introdução, o precedente judicial é uma decisão judicial que tenha a aptidão para veicular normas que, a despeito de individuais e concretas, são tidas por gerais e abstratas, aplicando-se-as a outras situações que apresentem as *mesmas*¹² características do processo anterior. O precedente, todavia, admite moderações, podendo ter apenas o condão de influenciar outros magistrados (precedente persuasivo) ou com mais força o de alterar decisivamente o julgamento de uma outra ação (precedente normativo, com força obrigatória).

MacCormick e Summers, em trabalho de direito comparado, afirmam singelamente que *precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões posteriores*.¹³ Para tais autores,¹⁴ é inerente à racionalidade humana aplicar lições do passado para solucionar problemas do futuro, sendo que um precedente representa o Direito observando a si próprio, em dois sentidos: (a) quando um operador do Direito se defronta com um problema jurídico e questiona se há precedentes sobre o problema, o resultado será uma ou mais decisões que decidiram, bem ou mal, um problema similar, indicando que um operador observa o trabalho de outro operador na função de *solucionador de problemas*; e (b) pode haver um sentimento máximo de obediência, na medida em que o segundo tomador de decisão não apenas toma nota da decisão do primeiro, mas também utiliza a primeira

11. BENTHAM, Jeremy; BOWRING, John (eds.). *The works of Jeremy Bentham*, vol. V: *Scotch Reform, Real Property, Codification Petitions*. Edinburgh: William Tait, 1843, p. 233-235.

12. Deve-se sempre compreender essa ideia de *mesmas características* de forma ampla, vislumbrando-se uma regra de direito aplicável a ambos os casos, mas liberando-se inúmeras outras características a serem bastante diversas entre casos que apliquem uma mesma regra de direito.

13. Cf. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate, 1997. p. 1.

14. Caso reputa-se relevante, informa-se que o primeiro é da Universidade de Edimburgo (Escócia) e o segundo da Universidade de Cornell (EUA).

decisão como modelo-guia para a solução do problema atual, e assim talvez o faça porque seguir uma decisão passada é a *coisa correta a fazer* ou mesmo porque é uma atitude obrigatória.

Segundo a recente obra de Duxbury,¹⁵ *precedente* é um evento passado que serve como guia para uma ação presente. Nem todos os eventos passados são precedentes e muito do que fazemos logo cai no esquecimento ou na insignificância. A compreensão dos precedentes então requer uma explicação sobre como os eventos passados e as ações presentes se conectam. Quando atravessamos uma rua, sabemos por eventos passados que se deve olhar para ambos os lados, assim como quando tomamos um café ou uma sopa quente sabemos que se deve provar uma pequena quantidade para não nos queimarmos. Mas as experiências prévias não equivalem a invocar precedentes. Nem tudo que é feito pela primeira vez é um precedente. A argumentação aplicada para invocar uma regra de experiência não é a mesma argumentação para invocar um precedente.

Duxbury explica que, a uma primeira vista, seguir um precedente é uma atividade retrospectiva. Isto é, quando se decide com fundamento em um precedente, reputa-se como signifiante o fato de já ter alguém decidido antes essencialmente a mesma coisa. Talvez menos óbvio seja o fato de que criar precedentes, e até mesmo os seguir, pode ser uma atividade prospectiva. Os julgadores de hoje serão os assentadores de precedentes do futuro. Decidir algo novo, ou afirmar algo passado, pode guiar ou influenciar um futuro julgador.¹⁶

Continua Duxbury ainda esclarecendo que um juiz de *common law* não segue os precedentes porque eles existem, mas porque eles fundamentam uma certa linha de raciocínio. E a força vinculante (*binding force*) de um precedente significa, para um juiz treinado em *common law*, que a lógica mais conclusiva é a analogia de casos anteriores, especialmente se eles foram decididos por cortes superiores. É isso que se diz ser vinculante, mas o juiz está adstrito apenas intelectualmente, pois é ele próprio que decidirá se o precedente é autoritativo ou não e se será aplicável ao caso, se a analogia é válida, e assim por diante. Ademais, só se pode dizer que um juiz não está *realmente* vinculado a um precedente, no sentido de que nem todo precedente é aplicável ao caso, se se quiser dar um sentido extremamente rigoroso à aceção vinculante.¹⁷

A respeito da relação entre analogia e o precedente, Frederick Schauer explica que não há uma implicação direta de um com o outro. A analogia é um recurso da argumentação jurídica (*legal reasoning*), enquanto os precedentes, e as normas

15. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 1-14.

16. Idem, *ibidem*.

17. Idem.

jurídicas em geral, são a fonte da analogia. Não são a mesma coisa, embora seja tentadora a ideia de que invocar um precedente é mera argumentação jurídica. Argumentação por analogia não é o mesmo que restrição pelo precedente (*constraint by precedent*). E como são distintos, sua operacionalização ocorre de modo diverso, mas nem por isso não são ambos importantes e merecedores de estudo aprofundado. De qualquer forma, a analogia é muito utilizada na argumentação jurídica e o recurso a ela pode e deve ser feito com frequência.¹⁸

Exemplo singelo de analogia com os precedentes é dado por Schauer. Os pais que deixam sua filha de 13 anos usar calçados de salto alto raramente constituem um precedente quando seu filho atingir a mesma idade. Mas se os mesmos pais deixam a filha ficar acordada até mais tarde, a partir dos 13 anos, então isso constitui provavelmente um precedente para o filho mais novo, quando ele atingir a mesma idade. Outro exemplo: um precedente judicial que diga respeito a um cachorro preto provavelmente poderá ser aplicado em um caso sobre um cachorro marrom; mas o mesmo precedente não poderá ser utilizado para um caso relativo a um carro preto. Assim ocorre pois a qualidade relevante é *cachorro*, e não a cor; e isso a depender das circunstâncias do caso, pois pode acontecer que a cor seja sim relevante (mas no nosso exemplo não é). Schauer explica que os precedentes dependem das *regras de relevância*, que são também desenvolvidas jurisprudencialmente, para assim se comparar o precedente com o caso imediato e decidir se é possível aplicá-lo a este.¹⁹

2.2 *Elementos do precedente judicial: ratio decidendi e obiter dictum*

Nem todo o conteúdo da decisão judicial constitui um verdadeiro precedente judicial, passível de utilização em um caso futuro. Deve-se distinguir entre a *ratio decidendi*, que constitui a regra jurídica que fundamenta a solução para o caso concreto, e os *obiter dicta*, que são todas as afirmações e argumentações acidentais constantes da motivação da decisão, úteis para sua compreensão, mas que não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão. Os *obiter dicta* não podem ser invocados como precedente, pois não foram determinantes para decisão invocada.²⁰⁻²¹⁻²²

18. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer...* cit. Cf. Cap. 5, esp. p. 85-86.

19. SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, vol. 39, n. 3, p. 571-606, 3 feb. 1987. Cf. p. 577-578.

20. Cf. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. [s.l.]: Scientifica, 2007. Il diritto giurisprudenziale, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa. p. 20-21.

21. Cf. também TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LARREA, Arturo Z. L. (coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, t. V, *Juez y Sentencia Constitucional*, p. 801. Disponível em: [www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/39.pdf]. Acesso em: 21.01.2011.

22. Cf. MARSHALL, What is binding in a precedent. In: MACCORMICK; SUMMERS, op. cit., p. 503s.

Segundo Frederick Schauer, a identificação dos elementos determinantes de uma decisão costuma advir de uma regra ou um princípio estatuído pela decisão para aplicar ao caso concreto. De modo silogístico, o magistrado geralmente enuncia uma regra aplicável, ou um princípio geral, identifica as características do caso concreto, e aplica a este aquela regra ou princípio. É um algo de promessa realizado pelo magistrado, como se ele promettesse nos casos futuros aplicar as mesmas razões que o levaram a julgar de tal forma.²³ Todavia, o autor enuncia que o *holding* de uma decisão não é a *ratio decidendi* do direito inglês, e muitas vezes, nos EUA, os precedentes são discutidos pelo debate daquilo que é ou não *obiter dictum*, ou seja, por exclusão das partes que não são vinculantes na decisão.²⁴ Mas de um modo geral, aplica-se o *holding* de um precedente, que é a regra determinante do seu resultado.²⁵

A separação desses elementos de uma decisão judicial *ratio decidendi* e *obiter dicta*) remonta à doutrina inglesa sobre o precedente. Segundo o Viscount James Bryce, o juiz inglês jamais transborda do caso concreto posto a julgamento. O sistema inglês exige do juiz que o caso posto a julgamento seja decidido, e as regras invocadas ou aclaradas pelo magistrado devem sê-lo nos limites e na profundidade necessários para solucionar o caso. Se o juiz quiser avançar nos princípios aplicáveis ao direito invocado na espécie, e narrar a origem do instituto jurídico relativo, ele pode, mas essas lições não se incluem dentre as partes vinculantes de um precedente; são pois os *obiter dicta*. Apenas a *ratio decidendi* poderá ser invocada como autoridade.²⁶

Mais que isso, pensa Bryce, o mérito do sistema inglês de *case law* é permitir que advogados e juízes tenham a honra de ter acumulado nos repertórios jurisprudenciais tesouros inigualáveis, conjuntos de circunstâncias de questões de direito, muito mais numerosos do que os mais ativos intelectos poderiam ter imaginado. E isso argumenta em favor de uma bondade que é permitir ao juiz não apenas julgar a questão pecuniária ou o pedido imediatamente à sua frente, mas sim que ele

23. SCHAUER, *Thinking like a lawyer...* cit., p. 178-179, e, de um modo geral, Cap. 9.

24. Idem, p. 180-184, n. 9.3.

25. Idem, p. 54. Um caso clássico de *obiter dictum* na Suprema Corte dos EUA foi o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, quando, ao julgar inconstitucional a lei que atribuiu competência à própria Suprema Corte (o *Judiciary Act* de 1789), o Justice John Marshall mencionou na decisão, completamente *en passant*, que a Suprema Corte teria competência inclusive sobre o presidente dos EUA. Isso enfureceu o então Presidente Thomas Jefferson, uma vez que não havia nenhuma necessidade de fazer aquela afirmação na decisão para que pudesse concluir pela inconstitucionalidade da lei posta a julgamento (cf. Idem, p. 56).

26. BRYCE, Viscount James. *Studies in history and jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1901. vol. 2, Cap. 14, n. 5, p. 698-700.

constitua uma regra que será emoldurada pelos magistrados e pelos advogados, e os livros que a contiverem serão estudados por muitos anos após a sua morte. E isso dá uma praticabilidade à doutrina inglesa, uma firme noção de fatos e realidade, tanto quanto de riqueza e variedade, a qual não pode ser buscada em manuais ou tratados jurídicos, escritos por aqueles que em sua prática privada não tenham sido iluminados pelas discussões forenses e nem tenham sentido eles próprios o ambiente rodeado pela aura da dignidade officiosa. Se os tratados dos grandes romanos possuírem na mesma extensão tais méritos, assim o será porque foram eles, em alguma medida, oficiais públicos, e porque muito do direito que abordarem terá surgido de casos concretos.²⁷

Mas apesar desses auspícios todos, Bryce narra dois grandes defeitos do sistema inglês, a incerteza frequente e o caráter contrassistemático (*frequent uncertainty and the utterly unsystematic character*). Deve-se pressupor que ao menos alguns casos serão mal decididos e será difícil se livrar de tal problema. E também pode acontecer com frequência que um certo ponto, que precisa ser determinado pelo bem da ciência jurídica, poderá permanecer anos ou até séculos sem assentamento, simplesmente porque pode não surgir um único litígio a seu respeito. Se diz até mesmo que é melhor ter um assunto pacificado que não tê-lo, e o único meio de forçar isso é por meio da legislatura, que possui escopos outros que não necessariamente o assentamento de regras pelo bem de assentá-las. E a consequência disso só pode ser mesmo a falta de sistematicidade, o que pode ser solucionado com a codificação do direito, ou com a liberalização do julgador para criar normas conforme entender necessário, não se adstringindo ao caso concreto. Porém essa segunda opção não é viável na modernidade, pois nenhum cidadão querará investir um funcionário público, individualmente considerado, com tamanho poder. Não obstante, é necessário que de alguma forma as sociedades modernas entreguem a um órgão que os represente a inteligência jurídica para supervisionar e amoldar o gradual e simétrico desenvolvimento do direito, o que costuma ser atribuído às legislaturas dos Estados, mas que pela experiência dificilmente se pode dizer que é um papel bem desempenhado.²⁸

John Stuart Mill, abordando as lições de seu professor John Austin sobre a ciência do direito (*Jurisprudence*), explica que o direito judiciário (ou a regra do direito judiciário) não existe em expressões fixas ou determinadas, mas reside *in concreto*, ou ao menos é inferida a partir das peculiaridades de um caso em particular ou de casos, por meio de uma decisão ou de decisões nas quais o direito ou a regra foram estabelecidos. Isso significa que para chegar à regra é preciso extrair a *ratio decidendi* a partir de tudo que for peculiar ao caso por meio do qual ela foi introduzida. E

27. Idem, p. 705.

28. Idem, p. 705-708

ao se tentar alcançar a regra por meio desse procedimento de abstração e indução, não se pode prender a atenção a posições gerais ou expressões que o legislador judicial empreendeu na sua explicação. E a partir disso, combinado com o todo de casos, extrai-se o princípio geral ou o fundamento.²⁹

Ademais, os precedentes podem muito bem ser segregados em duas classes bem distintas: os *vinculantes* e os *persuasivos*.³⁰ Mesmo nos ordenamentos de *common law*, os precedentes não são necessariamente e sempre vinculantes, pois o precedente, em um caso posterior, é aplicado a critério do juiz, podendo não ser obedecido caso o magistrado o afaste, julgue-o superado ou queira fazer exceções à regra exarada no precedente. Explicando melhor, apesar de vinculante, não necessariamente é aplicável o precedente, pois pode acontecer que dois casos aparentemente idênticos não sejam exatamente iguais, e a característica distintiva justifica que se aplique uma regra diferente daquela do caso anterior. Demais disso, não há qualquer uniformidade dentre os ordenamentos principais de origem britânica, dentre os quais se destacam Inglaterra & País de Gales, Escócia, Canadá, Austrália e EUA.³¹

Mais especificamente, há as técnicas denominadas de *overrule*, *overturn*, *dissent*, *distinguish*, entre outras formas de reduzir a força ou o escopo (objetivo ou subjetivo) de um precedente.

Um famoso dicionário jurídico norte-americano (*Black's Law Dictionary*)³² define o termo *overrule*, em termos singelos, como sendo tanto “o ato de decidir contrariamente ou rejeitar” (i.e., quando um juiz rejeita todas as objeções do réu), quanto o ato de uma corte superar ou afastar um precedente ao expressamente decidir que ele não deve ser a norma vigente (*controlling law*) no caso em questão (por exemplo, quando o julgamento de “*Brown vs. Board of Education*” pela Suprema Corte dos EUA afastou o precedente de “*Plessy vs. Ferguson*”).³³

Para Frederick Schauer, uma corte inferior não tem nenhuma autonomia para desconsiderar um precedente vertical a ela imposto (por exemplo, proveniente de um tribunal hierarquicamente superior), além daquela que teria para desconsiderar uma lei proveniente do Poder Legislativo. Isto é, as leis são tão vinculantes quanto os precedentes, exceto quando a hipótese nelas previstas não seja adequada ao caso concreto, ou melhor, quando não seja aplicável à hipótese. Essa é a essência do *dis-*

29. MILL, John Stuart. *Austin on Jurisprudence* [1863], p. 188-189. In: ROBSON, John (ed.). *The Collected Works of John Stuart Mill – Essays on Equality, Law, and Education*. Toronto: University of Toronto Press, 1984. vol. 21, p. 165-205.

30. Cf. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza cit.*, 2007, p. 22.

31. Por todos, cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Clarendon, 1991. Passim e, esp., p. 19-23.

32. GARNER, Bryan (ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. St. Paul: West, 2009.

33. *Idem*, p. 1213.

tinguishing. Uma corte sempre está obrigada a de duas, uma: aplicar o precedente ou distingui-lo do caso presente.³⁴ Dando um exemplo claro, Schauer explica que a corte deve aceitar a autoridade do precedente e pode até reconhecê-lo como importante, mas poderá também afastar o precedente, dizendo que a regra lá aplicada não é aplicável ao caso presente.³⁵

A necessidade de revogar um caso passado (*overrule*) surge quando a corte não apenas acredita ter sido mal julgado o caso anterior, mas sim quando reputa que a gravidade de sua manutenção é tão grande que seus efeitos devam ser suprimidos do ordenamento. A ideia é que o erro do precedente transcenda ao próprio caso passado, isto é, que não se trate de um erro de julgamento, mas de uma regra errada ou um princípio indesejável.³⁶⁻³⁷

Em estudo de Marinoni, fica claro que não há correspondente nacional a esses conceitos. Todavia, é possível compreendê-los a partir de uma perspectiva global de processo civil, pela qual cada caso nunca é individual, mas serve ele próprio como uma oportunidade para a criação de uma melhor regra, ou um melhor princípio, o que sempre aperfeiçoa o ordenamento jurídico como um todo.³⁸

Como se vê, são muitas as formas de tratar, aplicar ou mesmo reformar um precedente. E também não faltam soluções mirabolantes para *aperfeiçoar* o sistema de precedentes no *common law*. Há inclusive quem tenha tentado construir uma lógica computacional de obediência aos precedentes e à invocação dos fatos e dos fun-

34. SCHAUER, *Thinking like a lawyer...* cit., p. 57-59, n. 3.6.

35. *Idem*, p. 59: O Tribunal de Apelação de Nova Iorque julgou o caso *Riggs vs. Palmer*, no qual um neto foi excluído da herança do avô que assassinou. Posteriormente, no caso *Yousoupoff vs. Columbia Broadcasting System*, o partícipe no assassinato de Rasputin, em 1916, pleiteou uma indenização da rede de televisão que o figurou em um filme sobre o caso, com fundamento na invasão da privacidade. A CBS argumentou que o partícipe não poderia alegar a própria torpeza, tal qual ocorrido no precedente lá invocado (o mencionado *Riggs vs. Palmer*), enquanto que o partícipe alegava uma clara distinção entre o precedente e o caso presente, uma vez que aqui não havia relação direta (de causa e efeito) entre a torpeza alegada e a indenização pretendida. A mesma corte, o Tribunal de Apelação de Nova Iorque, concordou com o partícipe e, apesar de atribuir força ao precedente anterior, afastou-o por não se tratar da mesma hipótese em abstrato, não devendo ambos os casos ter o mesmo resultado.

36. *Idem*, p. 60.

37. O exemplo do autor (*ob. e loc. cit.*) é a já mencionada revogação (pela Suprema Corte dos EUA) do precedente de *Plessy vs. Ferguson* quando do julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*. Ademais, Schauer dá como exemplo também a revogação do precedente de *Wolff vs. Colorado* quando do julgamento de *Mapp vs. Ohio*, a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas, tanto em cortes estaduais quanto federais.

38. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. Cf. p. 221-253 (Cap. III, n. 2). e esp. p. 221-222 (Cap. III, n. 2.1).

damentos de uma decisão, preparando-se para permitir a criação de uma máquina que proferisse decisões judiciais.³⁹

A respeito da extração da *ratio decidendi* de um caso também há várias teorias,⁴⁰ muito bem estudadas por Duxbury⁴¹ e resumidas por Marinoni,⁴² mas em todas elas se encontra alguma discordância a respeito do confronto entre fatos e normas, sempre se discute quais fatos eram relevantes e quais regras foram aplicadas pelo juiz do precedente. Humildemente, entendemos que essas questões, embora muito importantes, são problemas da interpretação jurídica, tão complexos quanto a interpretação das demais fontes de direito, e não exclusividade dos precedentes judiciais. Por essa razão, parece-nos que os teóricos da interpretação dos precedentes se esquecem de outros fatores que a nós, de tradição legal fundada no direito legislado, são bastante óbvios. Isso nos leva a querer, acertadamente, inserir o precedente em um contexto político-social-histórico, a estudar aspectos como a intenção do julgador que emite o precedente, e até mesmo a realizar análise lógico-gramatical, às vezes esquecida ou ignorada no *common law*, por serem supostamente imperfeitas, vêm a lume como meios capazes de interpretar um precedente e dele extrair a regra jurídica aplicável. Essa atividade em nada se difere daquela segundo a qual devemos extrair uma regra jurídica a partir da lei.

2.3 Precedente vinculante e doutrina do stare decisis

Os precedentes vinculantes são típicas normas cogentes e equivalem a uma norma proveniente de lei. O fato de o precedente ser vinculante não significa que ele deve ser necessariamente aplicado ao caso, assim como não são todas as leis aplicáveis a todos os casos; uma norma, seja ela uma lei ou um precedente, só é aplicável se os seus pressupostos hipotéticos forem atendidos na concepção do aplicador da norma. Mas tampouco são pacíficos os temas que circundam os precedentes vinculantes. Abaixo várias questões a seu respeito são analisadas.

Um famoso manual de processo civil norte-americano ensina que a doutrina do *stare decisis* descreve o efeito de decisões prévias em um litígio atual.⁴³ Os princípios dos *stare decisis*, ou da doutrina do precedente, ditam que casos devem ser decididos de forma parecida (*decided alike*) por cortes de uma mesma jurisdição, e

39. LAWLOR, Reed. Excerpts from Fact Content of Cases and Precedent: A Modern Theory of Precedent. *Jurimetrics Journal*, vol. 12, p. 245-270, 1971.

40. São teorias como os Testes de Wambaugh, o Método de Goodhart, a Doutrina de Cross, reafirmada por Duxbury, entre outras.

41. DUXBURY, Neil. *The Nature...* cit., p. 67-92.

42. Cf. MARINONI, *Precedentes obrigatórios* cit., p. 223-239 e tópicos seguintes.

43. Cf. FRIEDENTHAL, Jack; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. *Civil Procedure: hornbook*, 4. ed. St. Paul: West, 2005. p. 648.

aderir ao precedente seria fundamental para a doutrina jurídica anglo-americana. Tal qual a coisa julgada, a doutrina do precedente assegura estabilidade e consistência nas decisões judiciais, permitindo às pessoas que planejem sua conduta. Mas a coisa julgada diferencia-se do precedente (a) pela distinção entre os sujeitos a que vincula (no primeiro caso, as próprias partes, e no segundo terceiros alheios ao processo) e (b) pela aplicabilidade do precedente apenas a questões de direito, enquanto a coisa julgada engloba os fatos também. O precedente, embora de escopo mais amplo que a coisa julgada, possui uma aplicação muito menos restrita, pois ao contrário da coisa julgada que só extraordinariamente é reformada, os precedentes podem e até costumam ser reformados, alterados, repensados, e às vezes o são para até mesmo corrigir injustiças.⁴⁴

No Reino Unido, fala-se em *binding precedent*, que é a força natural das decisões judiciais. Todavia, lá não há um controle judicial da constitucionalidade das leis emanadas do parlamento, mas apenas um controle de conformidade de leis secundárias em relação às leis primárias que as permitiram.⁴⁵ Isso se dá pois existe um princípio denominado de *soberania do parlamento*, que impede os juízes de afastarem a aplicação das leis emanadas do Parlamento Inglês.⁴⁶ A competência da Suprema Corte do Reino Unido é meramente recursal, não detendo a guarda da Constituição, como ocorre em muitos outros países. A seção 40⁴⁷ da Parte 3 do Capítulo 4 da Emenda Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act 2005, Chapter 4*),⁴⁸ de 24.03.2005, cria e define a competência da Suprema Corte como sendo exclusivamente o julgamento de recursos, composta por 12 Justices, encerrando assim a função jurisdicional da *House of Lords* (a primeira composição da Suprema Corte, com início em 01.10.2009, foi

44. Idem, p. 649.

45. Cf. Britain's new Supreme Court. *The Times Literary Supplement*, [s.L.], 02.09.2009.

46. Na clássica obra de 1885, Albert Venn Dicey ensina que o Parlamento significa o Rei, a Casa de Lordes e a Casa dos Comuns, e esses três corpos, atuando em conjunto, podem ser designados adequadamente de Rei em Parlamento (*King in Parliament*), que constitui o Parlamento britânico (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.)

47. Em tradução livre: "40 – Jurisdição: (1) A Suprema Corte é um tribunal superior cartorial. (2) Um recurso é direcionado à Corte a partir de qualquer ordem ou julgamento do Tribunal de Recursos da Inglaterra ou do País de Gales em processos civis. (3) Um recurso é direcionado à Corte a partir de qualquer ordem ou julgamento da Escócia se couber recurso a partir de tal tribunal para a Casa de Lordes a partir ou imediatamente antes do início da vigência dessa seção. (4) (...) (5) A Corte tem poderes para tornar definitivas quaisquer questões que precisarem ser definidas para os fins de fazer justiça em um recurso de sua competência por meio de qualquer norma. (6) Um recurso sob a subseção '2' será direcionado somente com a permissão do Tribunal de Recursos ou da Suprema Corte; mas isso está sujeito a disposições sob qualquer outra norma que restrinja tal recurso."

48. Disponível em: [www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents]. Acesso em: 09.07.2011.

preenchida com os mesmos 12 *Law Lords* – a rigor chamados de *Lords of Appeal in Ordinary* – que compunham a *Appellate Committee of The House of Lords*).⁴⁹

Há países em que o precedente judicial, apesar de vinculante, não produz a sua plena eficácia caso proferido *per incuriam*, isto é, caso a corte não tenha considerado todos os precedentes anteriores e aplicáveis ao caso. Assim, se um julgado não afastar os precedentes anteriores e que podiam ser aplicáveis, o julgado é proferido *per incuriam* e não pode ser considerado plenamente (na verdade, ele sequer se torna um precedente em sentido estrito).⁵⁰

Países de *civil law* adotam também, especialmente no controle direto de constitucionalidade das leis, precedentes judiciais com força obrigatória.⁵¹ Nos países de tradição europeia continental, por exemplo, possuem força obrigatória as decisões (a) da *Assemblée Plénière* da *Cour de Cassation* francesa,⁵² (b) do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*, *BVerfG*) no controle de constitucionalidade das leis,⁵³ (c) do Tribunal Constitucional espanhol,⁵⁴ (d) em Portugal, que mesmo após os assentos perderem força vinculante, permanecem outros três casos de decisões vinculantes proferidas pelo Tribunal Constitucional.⁵⁵

No Brasil, são precedentes vinculantes as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF), assim como as súmulas vinculantes. A esse tema voltaremos outras vezes, ao longo do trabalho.

49. Idem, art. 24.

50. Assim ocorre na jurisdição da Inglaterra e País de Gales. Veja: PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting precedents...* cit., p. 461-479, esp. p. 475-478.

51. CRUZ E TUCCI. *Precedente judicial...* cit., p. 250.

52. Cf. MAHAURIE, Philippe. *Les précédents et le droit*. [s.l.]: [s.n.], 2006. Cf. TROPER, Michel; GRAZGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting precedents...* cit., p. 103-140.

53. CRUZ E TUCCI. *Precedente judicial...* cit., TUCCI, *Precedente judicial...* ob. cit., p. 251-252. Cf. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting precedents...* cit., p. 17-64, esp. p. 26-31 e 36-39.

54. Nos termos do art. 5.º da Lei Orgânica do Poder Judiciário espanhol: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes e los reglamentos según los preceptos y principios de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Cf. CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial...* cit., TUCCI, *Precedente judicial...* cit., p. 253, cf, também, TUCCI, *Precedente judicial...* cit., p. 252-253. Cf. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting precedents...* cit., p. 259-291, especialmente p. 270-275.

55. Arts. 281, I; 281, 3; e 119, I. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito, introdução e teoria geral – Uma perspectiva luso-brasileira*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 322.

Há em alguns casos um sistema misto, como no Estado da Luisiana, nos EUA, o qual adota tradição jurídica francesa, e portanto diversos institutos são muito mais afetos ao sistema francês do que ao dos demais Estados norte-americanos.⁵⁶ O Código Civil da Luisiana se apoia grandemente no respeito aos precedentes, como se infere de seus arts. 3.º e 21.⁵⁷ “Art. 3.º Os costumes resultam de uma longa série de ações constantemente repetidas, as quais adquiriram em razão dessa repetição, e por aquiescência ininterrupta, a força de tácito e comum consenso”;⁵⁸ e “Art. 21. Em todas as questões civis, quando não houver lei expressa, o juiz está obrigado a proceder e decidir de acordo com a equidade. Para decidir equitativamente, recorrer-se-á ao direito natural e à razão, ou aos usos e costumes, quando a lei positiva silenciar-se”.⁵⁹

Tête teoriza que a combinação desses artigos faz com que o art. 21 permita ao juiz julgar por equidade (segundo seu íntimo convencimento, motivando a falta de expressa disposição de lei a respeito) e o art. 3.º dá força de lei a tais decisões. Para o autor, os artigos nada mais fazem que positivar os costumes como fonte de direito, mas não obstante isso, a inserção da Luisiana em um país de tradição jurídica calcada no *stare decisis* demonstra que a filiação política da doutrina jurisdicional continua a ser a norte-americana, independentemente da disposição fazer um importante elo para a unificação das tradições de *civil law* e *common law*, ao atribuir força obrigatória a uma decisão judicial sobre os usos e costumes.⁶⁰

O Código Civil da Luisiana influenciou diversas outras codificações, como os Códigos Cíveis da região caribenha, como os de Puerto Rico e de Santa Lúcia, e até mesmo os artigos iniciais do Código Civil espanhol. Aliás, quanto a este último, trata-se de uma retribuição intelectual, pois o próprio direito da Luisiana foi grandemente influenciado pelo ordenamento espanhol do período colonial.⁶¹

56. Cf. TÊTE, William Thomas. The code, custom and the courts: notes toward a Louisiana theory of precedent. *Tulane Law Review*, vol. 48, n. 1, p. 1-24, 1973.

57. Tradução livre a partir do Código de 1870, que reproduz as disposições dos dois Códigos anteriores. Esse Código ainda se encontra em vigor, embora com sua redação modernizada na década de 1990, sem alterações substanciais. Cf. LOUISIANA. Louisiana State Legislature. Disponível em: [www.legis.state.la.us]. Acesso em: 25.08.2012.

58. Nova redação, em vigor desde 01.01.1988, em tradução livre: “O costume resulta da prática reiterada por um longo período de tempo e coletivamente aceita como tendo adquirido força de lei. O costume não ab-roga legislação.” Redação dada pela Lei 124 de 1987, § 1, com efeitos a partir de 01.01.1988.

59. Este artigo aparentemente foi revogado nas reformas da década de 1990, pois ele não existe mais no sítio da legislatura da Louisiana, referido acima. Todavia, não encontramos em nossa pesquisa trabalhos recentes que comentem a revogação ou supressão desse artigo.

60. TÊTE, *The code...* cit., passim e p. 23.

61. Cf. YIANNPOULOS. A.N. The Civil Codes of Louisiana. *Civil Law Commentaries*, vol. 1, n. 1, 2008. Disponível em: [www.civil-law.org/]. Acesso em: 25.08.2008.

Pode-se mencionar ainda outros trabalhos a respeito dos precedentes vinculantes, como os de (a) Müller, sobre o papel dos precedentes na Europa continental,⁶² (b) de Lindquist e Cross, sobre testar empiricamente a metafórica *novela em cadeia* de Dworkin⁶³ sobre o desenvolvimento de precedentes,⁶⁴ (c) de Weidemaier, sobre a criação de precedentes em arbitragem,⁶⁵ (d) de Strang, sobre o papel dos precedentes em uma teoria constitucional originalista (movimento que prega a busca da *mens legislatoris* do constituinte originário),⁶⁶ ou ainda (e) especificamente sobre o processo civil brasileiro, em perspectiva econômica, os trabalhos de Timm⁶⁷ e Salama⁶⁸.

2.4 Superprecedentes

Outro conceito importante é o de *superprecedentes*, muito debatido nos EUA.⁶⁹⁻⁷⁰ A noção de um *superprecedente* é que ele seja tão completo e tão bem elaborado que previna discussões a respeito do seu *thema decidendum*. Hayward explica que a ex-

62. MÜLLER, Friedrich. Observations on the Role of Precedent in Modern Continental European Law from the Perspective of Structuring Legal Theory. *Stellenbosch Law Review*, vol. 11, p. 426-436, 2000.

63. Teoria muito bem resumida por Posner: a melhor forma de entender o precedente do *common law* (embora Dworkin não tenha se limitado ao direito consuetudinário) é imaginá-lo como uma novela em cadeia, na qual o capítulo 1 é escrito por um autor, sem limites, e o capítulo 2, escrito por outro, que não está realmente adstrito ao primeiro, mas com ele precisa ser compatível, para haver uma suave transição de um capítulo para o outro, e assim sucessivamente. Cf. POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. p. 258-259, sugerindo a leitura de DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, 1986, p. 225-250.

64. LINDQUIST, Stefanie; CROSS, Frank. Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent. *New York University Law Review*, vol. 80, p. 1156-1206, 2005.

65. WEIDEMAIER, W Mark. Toward a theory of precedent in arbitration. *William & Mary Law Review*, vol. 51, p. 1895-1958, 2010.

66. STRANG, Lee. An Originalist Theory of Precedent: the privileged place of originalist precedent. *Brigham Young University Law Review*, vol. 2010, p. 1729-1794, 2010.

67. TIMM, Luciano Benetti. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. *RePro* 178.

68. SALAMA, Bruno. O que é "direito e economia"? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

69. Cf. HAYWARD, Allison. The Per Curiam Opinion of Steel: *Buckley vs. Valeo* as Superprecedent? Clues from Wisconsin and Vermont. *Cato Supreme Court Review*, p. 195-216. Disponível em: [www.cato.org/pubs/scr/2006/hayward.pdf]. Acesso em: 09.07.2011.

70. ROSEN, Jeffrey. So Do You Believe in "Superprecedent"? *N.Y. Times Week in Review*, § 4, n. 1, 30.10.2005.

pressão *superprecedente* não é nova, mas seu significado tem variado com o tempo. Seu uso inicial aparece em 1976 no trabalho de Landes e Posner⁷¹ que especula a respeito de sua existência. Como esses dois autores viram, o *superprecedente* seria algo tão efetivo na definição dos seus pressupostos e parâmetros legais que isso preveniria disputas jurídicas a seu respeito ou, caso essas surjam, elas seriam induzidas a um acordo antes mesmo de se jurisdicionalizar a questão.⁷²

Um dos primeiros acadêmicos recentes a tentar teorizar os *superprecedentes* foi Gerhardt, primeiro em um artigo de 2006,⁷³ depois revisitando o tema em seu livro de 2008.⁷⁴ Aos precedentes tão profundamente embutidos no Direito e na cultura, Gerhardt dá o nome de *superprecedentes*. Alguns precedentes são tão bem reconhecidos e remotos que as próprias cortes se recusam a modificá-los. Em matéria constitucional, há decisões tão antigas que governo após governo investiram na criação e manutenção de instituições apoiadas em tais ideais, de um modo tal que há uma rede tão intrincada de decisões e ações administrativas, apoiadas naquela decisão, que é praticamente impossível modificar o, agora, *superprecedente*. Isso não significa que o precedente não seja invocado constantemente, apenas quer dizer que quando invocado, há um reforço do precedente.⁷⁵

Comentando as sete décadas de vigência do precedente estabelecido em *United States vs. Miller*,⁷⁶ e sugerindo que ele tenha atingido o *status* de *superprecedente*, Reese indica que para tanto basta analisar se o precedente passa pelos seguintes testes: se a decisão envolve interpretação de legislação ou da Constituição, o quórum deliberativo, a idade da decisão, se a sociedade nos anos seguintes se apoiou no precedente ou não e, por fim, se as cortes inferiores mostraram que é possível trabalhar com o precedente.⁷⁷ O comentário discute se a interpretação da segunda

71. LANDES, William; POSNER, Richard. Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis. *The Journal of Law and Economics*, vol. 19, p. 249-308, 1976.

72. HAYWARD, The Per Curiam Opinion of Steel... cit., p. 202.

73. GERHARDT, Michael. Super Precedent. *Minnesota Law Journal*, vol. 90, p. 1.204-1.231, 2006.

74. GERHARDT, Michael. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008. 350 p.

75. Idem, p. 177-187.

76. 307 U.S. 174 (1939), i.e.: United States of America. Supreme Court of the United States. "United States vs. Miller, n. 696, argued March 30, 1939, decided May 15, 1939". *United States Reports*, vol. 307, p. 174 s., 1939. O caso diz respeito ao direito de portar armas, especialmente espingardas com canos de 18 ou menos polegadas, diante da garantia estabelecida pela Segunda Emenda à Constituição norte-americana, que autoriza o porte e uso de armas para preservar ou manter uma milícia estadual devidamente organizada.

77. REESE, Jessica. The lone second amendment interpretation: has it reached the status of "superprecedent"? *Illinois University Law Journal*, v. 32, p. 211-229, 2007. Cf. esp. p. 211-212.

emenda constitucional norte-americana⁷⁸ foi bem realizada, embora no precedente não fique claro se o direito de portar armas (*the right to bear arms*) é individualmente assegurado ou se apenas uma milícia devidamente organizada é que tem, coletivamente, tal direito.

Sem entrar no mérito do precedente em questão, o importante é que, na espécie, para se tornar um superprecedente, Reese resume os tais testes. Primeiro, a respeito da natureza do direito debatido, entende-se que um caso de mera interpretação constitucional merece mais atenção e potencial revogação, pois do contrário, para corrigi-lo, somente uma emenda constitucional seria suficiente; tratando-se de interpretação de lei, é possível que o precedente vigore por mais tempo, ou não sendo esse o caso, cabe ao congresso emitir uma legislação em sentido diverso (o que é muito mais fácil e provável); portanto, só poderia se tornar um superprecedente aquele que tenha interpretado a legislação diante da Constituição. Além disso, não faria muito sentido um *superprecedente* que tenha sido aprovado por maioria simples de votos, pois é o próprio consenso geral que dá tal *status* a uma decisão; assim, decisões não unânimes não teriam propensão a se tornar *superprecedentes* (apesar disso, decisões unânimes também são revogadas (*overruled*), então o critério não é muito útil). Quanto à idade, é provável que quanto mais antigo um precedente, maior as chances de a sociedade ter se apoiado com confiança nele e, passados anos do debate sobre o precedente, se o mesmo ainda não foi revogado, então é um indicativo sobre o seu acerto e a sua aceitação geral. Quanto ao apoio geral da sociedade, é cada vez mais difícil revogar um precedente à medida em que novas leis sejam emitidas com base nele, e que agências reguladoras, processos judiciais, comportamentos pela sociedade, tudo isso tenham pressuposto a validade e confiado na permanência do quanto assentado pelo potencial *superprecedente*. Por fim, a praticabilidade de se trabalhar com o precedente, embora pouco tangível, resume-se à completude quanto aos critérios nele estabelecidos, à precisão de seus conceitos, ao fornecimento de parâmetros objetivos que permitam que as cortes inferiores, e a sociedade de um modo geral, possam aplicá-lo sem receios. Dito tudo isso, a autora conclui que o caso *U.S. vs. Miller* não é um *superprecedente*, por não ter passado por vários desses testes.⁷⁹

Depois da publicação do trabalho de Reese, surge um novo precedente sobre a questão do direito de portar armas, previsto na segunda emenda constitucional norte-americana, o caso *District of Columbia vs. Heller*.⁸⁰ Esse precedente estabe-

78. A segunda emenda, adotada em 15.12.1791, assim dispõe, em tradução livre: "Uma devidamente organizada milícia, sendo necessária para a segurança de um Estado livre, o direito do povo de manter e portar armas não será transgredido."

79. REESE, *The lone second amendment interpretation...* cit., p. 213-229.

80. 554 U.S. 570 (2008). United States of America. Supreme Court of the United States. "District of Columbia [et al] vs. Heller, decided June 26th, 2008". *United States Reports*, vol. 554, p. 570, 2008.

lece que os indivíduos possuem sim o direito de possuir e portar armas fora do contexto miliciano, mas desde que o façam dentro das garantias constitucionais, como para a legítima defesa dentro do lar, dentre outros usos consagrados pelos costumes, mas reconhecendo que a segunda emenda não é absoluta nem ilimitada. A edição desse precedente foi marcada por debates políticos e jurídicos, tanto com relação ao mérito (direito de portar armas) quanto com relação à doutrina de precedentes, justamente em razão de diversos casos reiterados a respeito e principalmente por força do precedente estabelecido em *United States vs. Miller*, já mencionado acima.⁸¹

Alguns autores elencam como “perfeitos” *superprecedentes* os casos de *Marbury vs. Madison*, *Brown vs. Board of Education*, *Miranda vs. Arizona* e *Erie Railroad vs. Tompkins*, como Sinclair, que reconhece neles pilares fundamentais da sociedade norte-americana, mas admitindo que possam ser revogados no futuro tais precedentes; apenas haverá maior dificuldade para tanto, ou melhor, serão necessárias grandes transformações sociais.⁸²

Os precedentes citados são estudados em todo o mundo por sua importância histórica e social, o primeiro⁸³ porque reconhece a supremacia da competência da Suprema Corte como guardião da Constituição norte-americana; o segundo⁸⁴ porque foi crucial na dessegregação das escolas norte-americanas; o terceiro⁸⁵ porque foi incorporado à rotina policial em todas as prisões, ao determinar os direitos que devem ser lidos em voz alta ao acusado; e, finalmente, o quarto⁸⁶ porque definiu uma doutrina até hoje utilizada na determinação do direito aplicável em demandas na jurisdição federal com aplicação do direito das unidades federativas norte-americanas.

81. Sobre ambos os aspectos, político e jurídico, cf., passim, o já citado Akhil Reed AMAR, Heller, HLR and Holistic Legal Reasoning, *Harv. L. Rev.*, vol. 122, p. 145.

82. Cf. SINCLAIR, Michael. Precedent, super-precedent. *George Mason Law Review*, vol. 14, p. 363-412, 2007.

83. 5 U.S. 137 (1803). United States of America. Supreme Court of the United States. “Marbury vs. Madison, decided February 24th, 1803”. *United States Reports*, vol. 5, p. 137, 1803.

84. 347 U.S. 483 (1954). United States of America. Supreme Court of the United States. “Brown vs. Board of Education of Topeka, argued December 9th, 1952, reargued December 8th, 1953, decided May 17th, 1954”. *United States Reports*, vol. 347, p. 483, 1954.

85. 384 U.S. 436 (1966). United States of America. Supreme Court of the United States. “Miranda vs. Arizona, n. 759, argued February 28th to March 1st, decided June 13rd, 1966”. *United States Reports*, vol. 384, p. 436, 1966. É o famoso *borlão*: “Você tem o direito de permanecer em silêncio...”.

86. 304 U.S. 64 (1938). United States of America. Supreme Court of the United States. “Erie Railroad Co. vs. Tompkins, no. 367, argued January 31st, decided April 25th, 1938”. *United States Reports*, vol. 304, p. 64, 1938.

Outro autor questiona também se o precedente estabelecido em *Buckley vs. Valeo*, sobre os limites de financiamento das campanhas eleitorais,⁸⁷ já não teria atingido o status de *superprecedente*, mas conclui que não, uma vez que, pela concepção de Landes e Posner, esse precedente nem de longe evitou conflitos a seu respeito e tampouco oferece um todo coerente em torno da regra ou do princípio aplicável.⁸⁸

Outros tantos (quase todos os trabalhos aqui mencionados) debatem o precedente de *Roe vs. Wade*, sobre o direito ao aborto,⁸⁹ precedente esse que, embora confirmado 38 vezes pela Suprema Corte dos EUA, sempre foi motivo de debate, propostas legislativas em sentido contrário, legislações estaduais conflitantes etc. Por esse motivo, os autores geralmente não o reconhecem como um *superprecedente*.⁹⁰

Negando a existência e desejabilidade dos superprecedentes, Barnett acredita que quem os defende incorre em duas falácias: confusão entre *ser* e *dever-ser*, e confusão entre *atual* com *necessário*. Explica o autor que pode ser um fato sociológico a irreversibilidade de alguns precedentes. Por exemplo, os 200 anos de racismo e discriminação dos EUA pós-independência eram um fato socialmente embutido nas instituições e em tudo o mais, mas mesmo assim não foram um obstáculo suficiente para que um precedente discriminatório e racista fosse revogado pelo caso *Brown vs. Board of Education*; são fatores que não podem ser confundidos com a correção da decisão de tais casos precedentes por uma decisão posterior.

Vale dizer, um caso só *deve-ser* revertido quando ele deixar de ser constitucional ou contemporâneo, em razão de mudanças sociais e legislativas; o juízo sobre um precedente *ser* "super" é completamente descolado da discussão sobre a correção ou não da decisão, e por isso deve-se abandonar tal análise. A segunda falácia diz respeito à confusão entre aquilo que *atualmente* deve ser mantido e aquilo que *necessariamente* deverá ser mantido no futuro. Dizer que um precedente está correto é uma coisa, mas dizer que ele necessariamente continuará a ser correto no futuro, aí já é um avanço desmedido sobre as coisas e esse juízo deve ser evitado também. De tal sorte, tanto quanto um precedente possa ser revogado no futuro se as condições sociais, políticas, jurídicas etc. se modificarem, um superprecedente não deve estar imune às transformações sociais, indepen-

87. 424 U.S. 1 (1976). United States of America. Supreme Court of the United States. "Buckley vs. Valeo, no. 75-436, argued November 10th, 1975, decided January 30th, 1976". *United States Reports*, vol. 424, p. 1, 1976.

88. HAYWARD, The Per Curiam Opinion of Steel... cit., passim.

89. 410 U.S. 113 (1973). United States of America. Supreme Court of the United States. "Roe vs. Wade, n. 70-18, argued December 13rd, 1971, reargued October 11st, 1972, decided January 22nd, 1973". *United States Reports*, vol. 410, p. 113, 1973.

90. Por todos, cf. o primeiro a abordar o tema: GERHARDT, *Super precedent*... cit., passim.

dentemente da dificuldade de se o reverter, até mesmo no caso das instituições mais arraigadas na sociedade.⁹¹

Apesar dessa ideia de superprecedente, pode-se falar ainda em precedentes *provisoriais*, que fornecem um padrão de decisão, um critério amplo, a ser aplicado inúmeras vezes em casos diferentes. Em alguns casos, aquilo que se diria ser um superprecedente, na verdade, seria melhor referido como um *precedente provisional*, na medida em que esse não prevenirá litígios (como um *superprecedente* de Landes-Posner), mas provê parâmetros abrangentes para a análise e julgamento de diversos outros casos diferentes, baseados na intuição de juízes que possuem as mesmas limitações humanas que todos os jurisdicionados.⁹² Seriam precedentes que fornecem padrões de julgamento e cláusulas gerais, ou mesmo um ferramental de julgamento útil para casos seguintes; contudo, em nenhuma dessas hipóteses tratar-se-ia de um *superprecedente* propriamente dito.

2.5 Doutrina inglesa

Duxbury⁹³ relembra que a força vinculante das normas jurídicas, na teoria positivista clássica, decorre das sanções que emanam de uma fonte autoritativa habitualmente obedecida, de tal modo que a força vinculante decorre exatamente da existência de uma sanção aplicável à sua desobediência. Mas a doutrina do precedente (inglesa) não se compatibiliza facilmente com essa ideia, ante à dificuldade de se determinar quais casos são materialmente similares. Isto é, uma decisão, exceto se recorrida, vincula as cortes futuras.

Cross e Harris observam que uma característica peculiar da doutrina inglesa é a natureza fortemente coercitiva dos precedentes. Os juízes ingleses devem obedecer ao precedente das cortes superiores, a despeito de intimamente terem um entendimento diverso.

Segundo Duxbury, a perspectiva do juspositivismo clássico impõe sérias dificuldades a essa ideia, pois o precedente vinculante corresponderia à ideia de que o juiz se considerará vinculado pelo precedente. Mas então qual a sanção aplicável ao juiz que desobedecer a essa norma? Para Duxbury, quando um juiz segue um precedente, ele o faz não por medo à imposição de uma sanção, mas em razão do ato de seguir precedentes ser considerado entre eles como uma prática correta, desvio da qual provavelmente o fará ser visto negativamente.⁹⁴⁻⁹⁵

91. BARNETT, Randy. It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: A Response to Farber and Gerhardt. *Minnesota Law Journal*, vol. 90, p. 1232-1251, 2006.

92. HAYWARD, The Per Curiam Opinion of Steel... cit., p. 211.

93. DUXBURY, *The nature...* cit., p. 14-22.

94. *Idem*, p. 21.

95. Na inusitada metáfora de Stephen Sedley, os precedentes são uma mãe; não é preciso fazer o que ela lhe manda, mas não fazê-lo o faz se sentir terrivelmente mal ("Never do anything

Segundo Cross e Harris, a regra segundo a qual um magistrado deve seguir o precedente é uma norma prática, uma máxima de experiência, e apesar de se entender que é desejável que haja uma sanção contra sua desobediência, é suficiente dizer que sua desobediência irá invocar nos demais juízes muitos comentários adversos, e por isso só já se pode dizer que a regra precedente é obedecida com um alto grau de uniformidade.

Mas essa não é a razão principal pela qual os juízes seguem o precedente. Os juízes aceitam seu encargo e reputam que o seu ofício requer, como uma prática correta, que o precedente seja seguido, independentemente de uma sanção aplicável pela desobediência dessa regra. Hart expõe que os precedentes não se revelam em regras, mas a cada caso o magistrado extrai uma regra a partir de um precedente, sem que este contivesse expressamente uma única regra sequer. Os precedentes são a fonte material da qual as regras serão extraídas, e apenas isso.

Com similar problemática, Bobbio constata que potencialmente todos os ordenamentos jurídicos possuem normas sem sanção. Mesmo na lógica positivista, nem todas as normas precisam de uma sanção clara e imediata para serem consideradas normas jurídicas, bastando que a maior parte delas possua sanção e que aquelas que não as possuírem tenham pertinência dentro do sistema. Ademais, a sanção não guarda relação com a validade da norma, mas com sua eficácia. A conclusão então é que as normas sem sanção só podem ter duas causas: (a) ou são normas cuja eficácia é consentida, ou dada a sua justiça considera-se inútil uma sanção; ou (b) trata-se de norma estabelecida por uma autoridade tão elevada na hierarquia que se torna impossível ou pouco eficiente aplicar-lhe sanção.⁹⁶

Blackstone declara que é um costume estabelecido seguir os precedentes, aonde os mesmos pontos vierem novamente em litígio; também manter a balança da justiça nivelada e estável, e não sujeita a balançar a cada opinião de um novo juiz; mas também porque o Direito nesse caso é solenemente declarado e determinado, o que antes fora incerto, e quicá indiferente, agora se torna uma regra permanente, a qual não está no peito de um juiz subsequente para alterá-la ou dela se variar, de acordo com seu sentimento privado; tendo ele jurado a determinar, não de acordo com seu particular julgamento, mas de acordo com as normas conhecidas, e os costumes da terra; a quem não foi delegado pronunciar novas normas, mas guardar e aclarar as antigas.⁹⁷ Tal regra admite exceção, quando a determinação anterior for evidentemente contrária à razão,

for the first time". *Ashes and Sparks: Essays On Law and Justice*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 203).

96. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apres. Allaor Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2008. p. 166-167, n. 44.

97. BLACKSTONE, (Sir) William; CHRISTIAN, Edward (eds.). *Commentaries on the Laws of England, in four volumes*. 15. ed. Com comentários do editor Edward Christian. London: A. Strahan, 1809. vol. 1. p. 69.

ou mais ainda se for contrária à lei divina. Se for descoberto que a decisão anterior é manifestamente absurda ou injusta, declara-se que não é tal uma sentença de *mal direito*, mas que era *não direito*, ou seja, que tal não é o costume estabelecido no reino, como foi erroneamente afirmado.⁹⁸ Mas as regras injustas e absurdas, fundadas em princípios imemoriais, são sim direito e devem ser respeitadas, exceto se a união do rei, dos lordes e dos comuns, reunidos no parlamento, em sentido diverso decidirem.⁹⁹

Mas os *costumes*, como ensina Blackstone, precisam superar alguns testes para serem considerados válidos e passíveis de ser objeto de uma decisão judicial: (a) o costume precisa ser *imemorial*, e ninguém deve se lembrar quando a prática se tornou costumeira. O costume: (b) precisa ser *continuado*, e a prática não pode ter sido interrompida, ou se o for, deve voltar a ser reiterada para ser costumeira; (c) deve ser *pacífico*, e não pode ter sido objeto de discussões ou litígios em torno da sua prática, pois isso lhe retiraria o necessário consenso; (d) deve ser *razoável*, ou ao menos não pode ser desarrazoado, o que é um critério difícil de se determinar, não quanto à justificação da razão das coisas, mas quanto a princípios que são manifestamente injustos sem uma razão de fundo; (e) deve ser *certo*, no sentido de determinação dos seus critérios quantitativos ou qualitativos, ou ao menos sua determinabilidade; (f) embora fruto do consenso, deve ser *compulsório*, e não ter seu cumprimento sujeito ao arbitrário de cada indivíduo; e (g) deve ser *consistentes* entre si, ou seja, não pode haver costumes opostos entre si.¹⁰⁰

Os costumes eram, portanto, reconhecidos pela decisão judicial, e o princípio por trás do costume é que seria estabelecido como precedente. Trata-se de um sistema muito rígido, mas que admite moderação.¹⁰¹ A questão é que o próprio hábito de observar os precedentes tornou-se um *costume* na forma dos sete testes acima, ou seja, observar um precedente, na jurisdição inglesa, é um costume imemorial, continuado, pacífico, razoável, certo, compulsório e consistente.

A respeito da rigidez desse costume de obedecer aos precedentes, Holdsworth esclarece que a partir do começo do século XX parece que a doutrina foi caminhando na direção de se admitir as moderações dos precedentes, não porque não fossem *direito* os precedentes inconvenientes (técnica ou substancialmente), mas porque, apesar disso, há casos em que o precedente aplica uma regra que é claramente contrária a uma lei (*statute*) ou contrária a um princípio muito bem estabelecido (*well established principle*), quando se autoriza o afastamento do precedente.¹⁰²

98. Idem, p. 70.

99. Idem, ibidem, nota (4) do editor, Edward Christian.

100. Idem, p. 76-78.

101. Cf. GOODHART, A. Case Law – a short replication. *Law Quarterly Review*, vol. 50, p. 196-200, abr. 1934.

102. Cf. HOLDSWORTH, W. S. Case Law. *Law Quarterly Review*, vol. 50, p. 180-195, 1934. Cf. esp. p. 185-187.

A partir de dois trabalhos de Pollock, debruçando-se sobre o tema da natureza do Direito¹⁰³ e sobre o que seria exatamente o *common law* inglês,¹⁰⁴ podemos inferir que o ordenamento jurídico da Inglaterra não decorre logicamente da estrutura formal sancionatória a que estamos acostumados no estudo de tradição europeia continental. A sanção não depende necessariamente de uma norma específica, mas um Estado deve estar preparado para fazer valer o seu Direito (*enforce the law*), compelindo seus membros ou punindo-os na maioria dos casos, ainda que escape um ou outro desrespeito ou transgressor.¹⁰⁵ A própria noção de função judicial difere entre os sistemas de origem romana e os de origem anglo-saxã.¹⁰⁶

Goodhart é assertivo e afirma que não é necessário uma doutrina de precedentes exigente e rígida como a inglesa para que juízes respeitáveis e competentes tenham suas soluções reproduzidas e obedecidas pelos demais magistrados quando apropriado; o resultado é que o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota do futuro, vinculado pelas decisões de seus predecessores mortos e vinculante às decisões daqueles que o sucederão nas futuras gerações.¹⁰⁷ Goodhart atribui a causa desse fenômeno a uma necessidade dos juízes ingleses de buscar sempre a *certeza*, para se saber qual a regra definida e fixa que vincula os magistrados.¹⁰⁸ Com a evolução do ordenamento inglês passou-se a admitir moderações e exceções, inclusive a completa reversão de precedentes imemoriais, caso eles deixem de apresentar aquelas características que um costume deve deter.¹⁰⁹

Importante relatar que a House of Lords (que foi por mais de 600 anos a corte máxima do Reino Unido¹¹⁰) está sujeita a respeitar os seus próprios precedentes, exceto se um ato do parlamento futuro vier a mudar o entendimento. O mesmo

103. POLLOCK, Frederick. Nature and Meaning of Law. *Law Quarterly Review*, vol. 10, p. 228-239, jul. 1894.

104. POLLOCK, Frederick. Vocation of the Common Law. *Law Quarterly Review*, vol. 11, p. 323-336, oct. 1895.

105. POLLOCK, Nature... cit., p. 236.

106. POLLOCK, Vocation... cit., passim, e esp. p. 331 e 334.

107. GOODHART, A. L. Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*, vol. 50, p. 40-65, abr. 1934. Cf. p. 61.

108. Idem, p. 62.

109. CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial*... cit., p. 162-164.

110. Com competência sobre casos provenientes das três jurisdições existentes em seus quatro países (Inglaterra & País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte). Cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orient. e Rev. da Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 35-61. Ainda, cf. *Structure of the Courts System*. Disponível em: [www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/introduction-to-justice-system/court-structure]. Acesso em: 20.09.2012.

ocorre com as cortes inferiores, que estão vinculadas por suas próprias decisões anteriores ou pelas cortes acima de si.¹¹¹ Essa autovinculação foi estabelecida pelo caso *Beamish vs. Beamish* [1861]¹¹² e reforçada pelo caso *London Street Tramways Co. Ltd. vs. London County Council* [1898],¹¹³ de modo que a mais alta corte do Reino Unido está adstrita aos seus próprios julgamentos, a fim de produzir definitividade e certeza (*finality and certainty*) ao seu direito. Isso visa a prevenir dois problemas: (a) que as cortes subordinadas não saibam qual precedente seguir, e (b) que os advogados não consigam indicar aos seus clientes com segurança o comportamento adequado.¹¹⁴

Todavia, há exceções a essa autovinculação, no caso da House of Lords, quando: (a) o direito, no todo, puder ser melhorado com a reformulação; (b) as peculiaridades do caso não foram consideradas no precedente; (c) a reformulação da regra não puder prejudicar as decisões que se apoiaram no precedente ora revogado; (d) a nova decisão não implicar conflito com uma decisão anterior confirmada pelo parlamento; e (e), nos casos civis, revogar o precedente puder afetar o resultado do atual recurso.¹¹⁵ As demais cortes inferiores possuem regras próprias de revogação dos precedentes.¹¹⁶

Por essas razões, torna-se imprescindível saber distinguir os precedentes (*distinguishing*). O julgamento de uma causa pode receber a aplicação do precedente ou o seu afastamento, de modo que a distinção pode ser feita para ampliar a regra ou princípio anteriormente estabelecido (*ampliative distinguishing*), ou pode limitar ou restringir tais regras e princípios, de modo a não incidir na espécie o precedente mencionado (*restrictive distinguishing*). Por um aspecto fortemente analógico de *encontrar o direito*, nota-se que uma doutrina de precedente possui um constante diálogo entre os precedentes, seja para confirmá-los, seja para superá-los.¹¹⁷ Esses

111. Cf. CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial...* cit., p.158-162 e 170-172.

112. Citação original: 9 H.L.C. 274 [1859-61] (*Clark and Finnelly's House of Lords Reports New Series*, vol. IX, p. 274-360, 1859-1861). Citação do repertório: 11 E.R. 735 (*English Reports*, vol. 11, p. 735). *United Kingdom House of Lords*, 22.04.1861. Cf. CommonLII (*Commonwealth Legal Information Institute*). Disponível em [www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1861/475.pdf]. Acesso em: 13.09.2012.

113. Citação original: [1898] A.C. 375 (*Law Reports, Appeal Cases, House of Lords*, v. 1898, p. 375). *United Kingdom House of Lords*, 25.04.1898. Cf. BAILII (*British and Irish Legal Information Institute*). Disponível em: [www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1898/1.html]. Acesso em: 13.09.2012.

114. Cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Clarendon, 1991, p. 102-103.

115. Idem, p. 104.

116. Idem, p. 104-105, cap. 4, n. 8.

117. Cf. CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial...* cit., p. 170-175.

sistemas são autorreferenciais, pois as decisões judiciais reportam-se a elas mesmas. A autoridade do precedente encontra limite nos seus próprios julgados.¹¹⁸

2.6 Doutrina norte-americana

A doutrina norte-americana é bastante mais relaxada quanto à aderência aos precedentes, a ponto de a Suprema Corte ser reconhecida como uma corte que costuma revogar (*overrule*) seus próprios precedentes.¹¹⁹ Não obstante, a obediência aos precedentes é igualmente vinculante nos EUA, vertical e horizontalmente, na forma já exposta. A diferença é apenas a frequência com que se revogam os precedentes e a maior flexibilidade no afastamento e na distinção entre precedentes e casos presentes.

O Justice Cardozo, ainda em 1921, estatui que o trabalho dos juízes seria aumentado até o ponto de quebrá-los se as decisões passadas pudessem ser reabertas em todos os casos, e ninguém poderia trilhar o seu caminho de tijolos sobre a segura fundação dos caminhos trilhados dantes por aqueles que lhe tenha precedido.¹²⁰ O mesmo autor alerta que em algum lugar entre a adoração do passado e a exaltação do presente, o caminho para a segurança será encontrado.¹²¹

Summers noticia que na jurisdição norte-americana há uma flexibilidade na constrição pelo precedente (*constraint by precedent*), para evitar o *nonsense* intelectual. Se o *common law* for concebido como o direito feito pelos juízes, não faz qualquer sentido não permitir que os próprios juízes revoguem os precedentes.¹²²

A doutrina norte-americana associa os precedentes com valores tais como eficiência, continuidade do direito, justiça, legitimidade e incremento das decisões da corte. Alguns chegam a colocar justiça e legitimidade em segundo plano, em prol da continuidade e da segurança, ou estabilidade. Outros atribuem à eficiência a sua maior importância. Pode-se desejar a continuidade, mas ela costuma aumentar os custos, o que não é muito eficiente. A previsibilidade e justiça são necessárias para que situações similares sejam tratadas de forma idêntica, e casos distintos sejam tratados na medida de suas diferenças (vale revisitar a epígrafe deste trabalho).

118. Cf. DUNBURY, *The nature...* cit., p. 111-113 e seções seguintes, nas quais o autor expõe com bastante extensão as técnicas de distinção (*distinguishing*) e revogação (*overruling*) de julgados.

119. Cf. BRENNER, Saul; SPAETH, Harold. *Stare indecis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. New York: Cambridge University Press, 1995. 151 p.

120. CARDOZO, Benjamin. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921, p. 149-150 (*Lecture IV: Adherence to Precedent*).

121. *Idem*, p. 160.

122. SUMMERS, Robert. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds.). *Interpreting precedents...* cit., p. 355-405. Cf. esp. p. 380-382.

E a legitimidade, que seria preservada em casos de manutenção do precedente, é justamente o que atribui a um tribunal a autorização para revogar os próprios precedentes que tenham perdido sua legitimidade. Enfim, com um efeito de *free rider*, é possível que um juiz conte com o respeito aos seus próprios precedentes para desconsiderar os precedentes passados, na esperança de que assim suas visões sejam respeitadas no futuro, mas se houver muitos *free riders*, o sistema como um todo ruiria.¹²³

Na jurisdição norte-americana, Kmiec explica que os precedentes vinculantes não são absolutos, mas é comum que aqueles que os desobedecem sejam taxados de ativistas judiciais e essas decisões sejam frequentemente reformadas.¹²⁴

A origem dessa doutrina e de tais valores certamente pode ser atribuída à época em que se desenvolveram as instituições jurídicas norte-americanas, as quais, apesar de advindas do modelo inglês, foram marcadas pelas ideias utilitaristas de Bentham e John Stuart Mill que não foram suficientes para transformar as instituições jurídicas inglesas. Como já demonstramos em outra oportunidade,¹²⁵ surgiram nos EUA movimentos como o *Code Pleading* e a unificação das *common law actions* com os *suits in equity*, distanciando-se cada vez mais do modelo inglês de processo civil. Com o início desse movimento no Estado de Nova Iorque, com a adoção do *Field Code* em 1848, passando pela proliferação desses movimentos às várias jurisdições dos Estados dos EUA, o ponto alto desses movimentos ocorre em 1938 quando a jurisdição federal adota o seu código processual (as *Federal Rules of Civil Procedure*). Essa evolução das instituições judiciais norte-americanas distancia a prática forense nos EUA daquela que se verifica na Inglaterra.

Isso tem a consequência de distinguir o *stare decisis* desses dois países, com uma natural rejeição pelos juizes norte-americanos ao formalismo da doutrina inglesa de precedentes. Isso foi levado ao extremo de não se considerar nos EUA a *ratio decidendi* de um caso como relevante, mas reputando-se como vinculante apenas a *holding* de um julgado, isto é, a parte do julgado que efetivamente decide as questões relevantes (e não as razões pelas quais se decide).¹²⁶ A *holding* do caso não só é diferente das *rationes decidendi* e da fundamentação (*rationale*) como também não se confunde com a regra geral ou o princípio que deriva de tal *holding*.¹²⁷

123. Cf. BRENNER e SPAETH, *Stare indecisis...* cit., p. 2-6.

124. Cf. KMEIC, Keenan, The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". *California Law Review*, p. 1441-1477, oct. 2004.

125. Vide o nosso: ROSA, *Cooperação entre as partes...* cit., p. 267-302.

126. Cf. SUMMERS, *Precedent in the United States...* cit., p. 378-383 (n. "III") e esp. p. 384-385 (n. "IV.1"), onde se explica que os *obiter dicta* não recebem dos juizes tanta atenção quanto as *holdings* e que as partes não costumam centrar esforços nas questões laterais ao litígio.

127. Idem, p. 386-387.

2.7 *Precedente persuasivo*

Há precedentes que, por outro lado, possuem força meramente persuasiva sobre outras decisões, servindo de fonte material de direito, mas não como fonte formal, obrigatória.¹²⁸

Na jurisdição inglesa, Bentham relata que a jurisprudência é uma entidade fictícia. Para ele, não há qualquer significado a essa palavra, mas colocá-la ao lado de outra pode lhe dar um a acepção que corresponda a um verdadeiro órgão. E ele então menciona os livros de jurisprudência, que podem ter dois conteúdos: os que dizem o que é a lei e aqueles que dizem o que deveria ser a lei. O primeiro adota a forma de *jurisprudência expositiva* e o segundo a de *jurisprudência censorial*.¹²⁹

Mas esses relatórios logo foram se tornando fontes formais de direito e assim abandonaram essa acepção antiga. Nos países de tradição europeia continental, embora haja precedentes vinculantes, especialmente no controle de constitucionalidade, a regra, para a imensidão de julgados, é a força meramente persuasiva, isto é, servem apenas como reforço ao argumento, e não como fator determinante no resultado do julgamento.

No Brasil, os precedentes persuasivos frequentemente são compilados em anais, ementários ou chegam a ser sistematizados em enunciados sumulares. Nos tribunais superiores essa técnica é muito frequente, e as súmulas dos tribunais acabam sendo abrangentes e eficientes fontes do entendimento jurisprudencial da respectiva corte. Victor Nunes Leal, traçando um panorama geral sobre as primeiras décadas de vigência da *Súmula da Jurisprudência Predominante do STF*, mas abordando também outras medidas similares, anota que os enunciados desse método de trabalho não deve ser interpretado nem esclarecido quanto ao seu correto entendimento.¹³⁰ A profilática lição de Leal estatui que “o que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal”.¹³¹

Na República Federal da Alemanha, a regra é a eficácia persuasiva, todavia com exceções. O Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*, *BVerfG*), ao

128. TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LARREA, Arturo Z. I. (coords.). *La Ciencia...* cit. p. 795-810.

129. BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principals of morals and legislation*. Oxford: Clarendon, 1907, p. 323-325 (Ch. XVII, § 2). Também publicado em Indianapolis: Liberty Fund, 2011. Disponível em: [http://oll.libertyfund.org/title/278]. Acesso em: 23.07.2012. Cf. esp. p. 184.

130. LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, n. 145, p. 19, jul.-set. 1981.

131. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ)*, n. 45, jul. 1968, p. 73-76. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/]. Acesso em: 23.07.2012.

controlar a constitucionalidade em modo preventivo (*Vorlageverfahren*) ou difuso no recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), decide com eficácia de lei sobre a questão debatida, inclusive com efeitos para todos os casos futuros. Já o Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*, *BGH*), ao decidir os recursos a ele submetidos, é dotado de função de uniformizar o direito infraconstitucional e, como tal, emite precedentes verticais que a despeito de sua mera persuasividade costumam ser respeitados pelos tribunais inferiores.¹³²

Na Itália, tem-se mais um exemplo de precedentes persuasivos, onde a autoridade dos julgados é, se muito, apenas de fato, moral, cultural, política. Todavia, com o passar do tempo, e até mesmo por força da função nomofilática legalmente prevista no Real Dec. 12/1941, a doutrina italiana passou a entender que a Corte de Cassação italiana projeto eficácia vinculante a todos os juízos inferiores.¹³³

Em Portugal, os *assentos* (art. 2.º do Código Civil) foram considerados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, por meio do acórdão 810/93, restando assim com eficácia vinculante apenas os julgados em controle abstrato e concreto de constitucionalidade.¹³⁴ Os *assentos* têm origem histórica remota no direito português, desde as primeiras ordenações, e vinham anotados no Livro da Relação, quando prolatados pela Casa da Suplicação, que possuíam efeito vinculante e deviam ser observados pelos juízes.

Os *assentos* continuaram a vigorar no Brasil inclusive após a Declaração de Independência, de acordo com o Decreto Imperial de 20.10.1823.¹³⁵ No Brasil República, os *assentos* influenciaram os códigos estaduais durante a vigência da primeira Constituição, quando adotaram o nome de *prejulgados*, instituto que posteriormente veio a se tornar o *incidente de uniformização de jurisprudência*.¹³⁶

3. ANÁLISE ECONÔMICA DOS PRECEDENTES

A escola analítica de *Law and Economics*, desde a década de 1930, influencia diversos segmentos jurídicos acadêmicos nos EUA e no mundo, mas foi desde a década de 1960 que esses estudos realmente tomaram a forma moderna, nos estudos mais variados do direito privado ou público, notadamente a partir dos trabalhos de Calabresi¹³⁷

132. CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial...* cit., p. 251-252.

133. *Idem* p. 254-257.

134. *Idem*, p. 253-254.

135. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 220-225.

136. *Idem*, p. 230-231.

137. CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal*, vol. 70, p. 499 e s., 1961.

e de Coase,¹³⁸ demonstrando como o comportamento humano segue modelos econômicos, racional que foi expandido para mais setores jurídicos, com os estudos de Ehrlich, Landes e Komesar.¹³⁹ Na verdade, a escola de *Law and Economics* se parte em duas correntes, uma que analisa economicamente as situações de mercado reguladas pelo Direito, e a outra é sobre a análise econômica de todas as normas e leis que não envolvem situações de mercado, tais como responsabilidade civil, conduta criminosa, casamento, contratos privados, políticas públicas, custo social, respeito à ordem pública, e assim por diante.¹⁴⁰

No direito público, seguiram-se diversos trabalhos aplicando modelos da teoria econômica ao estudo dos precedentes judiciais ou sobre a atividade judicial de produção de normas. De grande relevância foi a teoria a respeito dos precedentes judiciais sob uma perspectiva econômica para o ordenamento jurídico em que se inserem (Richard Posner e William Landes).¹⁴¹⁻¹⁴²

Em recente trabalho, Thomas Lee explica que quando um juiz escolhe obedecer a um precedente, diversas questões de políticas públicas são levantadas, contrapondo-se os custos de uma decisão injusta com os custos de um litígio mais prolongado (justiça vs. celeridade). Portanto, a aderência a um precedente é uma decisão de redução de custos, mediante diversas análises das várias opções, até se escolher aquela que oferece os menores custos transacionais (estudo da tomada de decisões; *decision-making*). Entende-se, pois, que o respeito ao precedente desencoraja os futuros litígios; não obedecê-los incentiva os futuros litígios e aumenta o risco de erros. Corrigir os riscos envolve um grande custo; não corrigi-los, um custo social maior ainda. Enfim, são questões diretamente envolvidas a uma análise econômica da função judicial associada ao sistema de respeito aos precedentes.¹⁴³

Ainda a respeito dos juízes seguirem ou não o precedente, relevante apontar que Rasmusen, dentro da lógica de análise econômica, elaborou trabalho no qual, com base em modelos estatísticos conhecidos, foi possível calcular que há uma

138. COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, vol. 3, p. 1 e s., 1960.

139. Cf. POSNER, Richard. Economic approach to law. *Texas Law Review*, vol. 53, p. 757-782, 1974. Ver, esp., p. 759-761.

140. Cf. POSNER, Richard. Some Uses and Abuses of Economics in Law. *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, n. 2, p. 281-306, 1979.

141. LANDES, William; POSNER, Richard. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. *NBER Working Paper Series*. n. 146. aug. 1976.

142. LANDES, William; POSNER, Richard. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *Journal of Law and Economics*. vol. 19, p. 249-308.

143. LEE, Thomas. Stare Decisis in Economic Perspective: An Economic Analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent. *North Carolina Law Review*, vol. 78, p. 643-706, 1999. Passim e esp. p. 647-648, 654 e 661.

tendência, de contracorrente, segundo a qual um aumento no número de juízes que seguem cegamente os precedentes induz o aumento dos juízes que começam a não gostar mais de segui-los. Por esse motivo, e na opinião do autor, não se deve ter como solução, para a falta de obediência aos precedentes, um aumento na força obrigatória dos mesmos ou uma *campanha* dentre os magistrados para que os precedentes sejam mais respeitados. Essa investida fatalmente levaria a um menor respeito aos precedentes.¹⁴⁴

É possível ainda se elencar diversos trabalhos a respeito da análise econômica de um litígio,¹⁴⁵ sobre litígios entre empresas e consumidores,¹⁴⁶ acerca dos custos materiais e intangíveis do litígio (inclusive fatores como assimetria de informações),¹⁴⁷ cogitando que o direito possa ser criado conscientemente pelos juízes e legisladores,¹⁴⁸ ou até mesmo sobre as tentativas de conciliação em 1.º grau, em São Paulo/SP.¹⁴⁹

Outros trabalhos têm como foco justamente o papel dos precedentes no resultado das demandas, e como eles afetam as tomadas de decisão ao longo do litígio, por exemplo, os custos de se litigar contra um precedente estabelecido,¹⁵⁰ ou o ato de levar um caso a julgamento, sem transação prévia, como fator necessário para a construção dos precedentes.¹⁵¹ Enfim, são aspectos afetos a uma interpretação econômica das ações e escolhas dos litigantes

144. RASMUSEN, Eric. Judicial Legitimacy as a Repeated Game. *The Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 10, p. 63-83, 1994.

145. Cf., por exemplo, POLINSKY, A Mitchell; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. SSRN (Social Science Research Network). Abstract ID n. 859406, 42 p., nov. 2005. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=859406]. Acesso em: 13.09.2012.

146. MILLER, Geoffrey P. Unmanifested harm in business-to-consumer transactions. SSRN (Social Science Research Network). Abstract ID n. 1659817, aug. 2010. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1659817]. Acesso em: 11.09.2012.

147. KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. SSRN (Social Science Research Network), 96 p., fev. 1999. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=150860]. Acesso em: 14.09.2012. Cf. esp. p. 43-66, n. 5 ss.

148. ZYWICKI, Todd J.; SANDERS, Anthony. Posner, Hayek & the economic analysis of law. *Iowa Law Review*, vol. 93, n. 2, p. 559-603, fev. 2008.

149. SILVA, Fernando César Nimer Moreira da. Conciliação Cível em Primeira Instância em São Paulo: Perspectiva da Análise Econômica do Direito. *EALR (Economic Analysis of Law Review)*, vol. 2, n. 1, p. 65-94, Brasília, jan.-jun. 2011.

150. SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Litigation and the Legal Process. SSRN (Social Science Research Network), Abstract ID n. 382060, 66 p., fev. 2003. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=382060]. Acesso em: 15.09.2012. Cf., *passim* e esp. p. 17.

151. Cf. CHE, Yeon-Koo; YI, Jong Goo. The Role of Precedents in Repeated Litigation. *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 9, p. 399-424, 1993.

3.1 A teoria de Landes e Posner sobre precedentes e função judicial

Landes e Posner, em seu clássico *paper*,¹⁵² explicam que o uso de precedentes para criar regras de obrigações jurídicas recebeu pouca análise empírica, razão pela qual decidiram se debruçar sobre o tema, aplicando um enfoque econômico sobre os precedentes legais baseado em análise da formação do capital e dos investimentos. Os autores tratam os precedentes criados por decisões judiciais em um período anterior como um capital social que fornece serviços de informações que depreciam ao longo do tempo conforme novas condições vão surgindo e que não haviam sido previstas por precedentes existentes. Novo capital (e sua substituição) é criado pelo investimento na produção de mais precedentes.

Com mais vagar, explicam que as regras jurídicas que provêm de litígios não são regras explícitas, mas devem ser extraídas de um julgamento e que, por isso mesmo, costumam ser bastante limitadas no seu escopo de atuação. Uma regra mais abrangente só vem com um número maior de litígios, em uma mesma linha de julgamento. Quando um tribunal pronuncia seu julgamento se apoiando em um precedente de uma corte inferior, essa força é meramente persuasiva. Mas quando há diversos precedentes em um mesmo sentido, a força é incrementada e, se o número de precedentes em um mesmo sentido for tanto, é possível que sua força, na prática, equivalha à de uma lei. Por isso, os precedentes são o *input* (a entrada) em um sistema de normas feitas pelos juízes. E a forma de averiguar o uso dessas entradas é a análise empírica de uma certa base de julgamentos, levantando-se as citações a casos anteriores, excluindo-se as óbvias invocações a título exemplificativo, em sentido contrário ao do julgamento, ou a citação de julgados de cortes inferiores.¹⁵³

Para desenvolver o seu trabalho empírico, Landes e Posner levantaram, da *U.S. Court of Appeals*, 658 acórdãos do exercício 1974-1975 e 223 acórdãos de 1960, e da Suprema Corte norte-americana, 156 acórdãos do exercício 1960. Com essa base de dados, constataram que os precedentes da Suprema Corte são citados pelo dobro do tempo, em média (por até 20 anos) e os precedentes das cortes inferiores recebem referência média por apenas 10 anos. Ademais constataram que, na *Court of Appeals*, cada precedente da Suprema Corte é citado, na média, com a metade da frequência com que são citados precedentes das demais cortes inferiores. Já na Suprema Corte, seus precedentes são citados com o dobro da frequência com que se citam os precedentes das cortes inferiores. Já com relação ao número de vezes que um precedente é citado, na Suprema Corte, cada um de seus próprios precedentes é citado cerca de 15.000 vezes ao longo dos seus 20 anos de vida, enquanto que os precedentes das cortes inferiores são citados em média por cerca de 7.700 vezes. Na

152. Cf. LANDES e POSNER, *Legal Precedent...* (19 *JL & Econ* 249) cit. Cf. p. 250.

153. *Idem*, p. 250-252.

U.S. Court of Appeals, os precedentes da Suprema Corte são citados com metade da frequência com se citam os precedentes das demais cortes.¹⁵⁴

Após levantar tais dados, Landes e Posner colocam à prova a sua tese, e explicam o seu modelo teórico segundo o qual os precedentes são investimentos de capital, que se depreciam ao longo do tempo (perdendo seu valor prático, à medida em que vão deixando de ser usados nas decisões posteriores). Com isso, é possível dizer que a eficiência ótima é aquela que aumenta a vida útil dos precedentes, sendo desnecessário continuar a criar novos precedentes quando os anteriores ainda deveriam ter valor. Isto é, deve-se reduzir a taxa de depreciação dos precedentes, passando-se a valorizá-los cada vez mais.¹⁵⁵

A partir dessas constatações analíticas, Landes e Posner propõe algumas hipóteses que influenciam diretamente no valor e na taxa de depreciação dos precedentes. 1.º) Os precedentes gerais são mais eficientes que os específicos, pois, *ceteris paribus*, atingem um maior número de pessoas e englobam um maior número de casos, além de os mais gerais estarem mais imunes a mudanças legislativas ou sociais. 2.º) Os precedentes que versem sobre áreas que costumam ter uma maior inovação legislativa estão sujeitos a uma maior taxa de depreciação (isto é, depreciam mais rápido), devendo-se apenas tomar cuidado com a causalidade invertida (ou seja, talvez a legislação seja alterada com frequência em áreas em que os precedentes são insuficientemente editados, sendo esta insuficiência a causa daquela). 3.º) Em contraposição aos precedentes substantivos, os precedentes procedimentais devem ter, tudo o mais constante, uma menor taxa de depreciação (continuando a ser citados por mais tempo), pois não dizem respeito a situações materiais específicas, as quais possuem maior propensão a modificação. 4.º) Em caso de grandes modificações sociais ou legislativas, que tornem obsoletos muitos precedentes de uma vez só, cria-se insegurança e dúvida, incentivando os litígios, mas passado um certo período e estabilizados os precedentes determinantes, surge uma grande taxa de depreciação daqueles precedentes não determinantes e criados durante o período de insegurança.¹⁵⁶

Os autores não atribuem ao valor dos precedentes uma relação direta (ou inversa) com a sua taxa de depreciação, apesar de, nos casos estudados, os precedentes da Suprema Corte terem manifestado uma frequência alta de citação individual do caso e possuírem uma vida útil duas vezes maior que os demais precedentes.¹⁵⁷

Por fim, concluem que na verdade o processo (econômico) de criação de precedentes recebe duas entradas (*inputs*), os recursos das partes litigando e os magistra-

154. *Idem*, p. 252-261.

155. *Idem*, p. 262-267.

156. *Idem*, p. 267-270.

157. *Idem*, p. 268-269.

dos que escrevem as decisões que se tornarão precedentes. Por isso, aparentemente, não há qualquer incentivos mercadológico cabível a essas duas entradas no sistema, mas, não obstante, são criados precedentes o tempo todo, alguns notabilíssimos, como os casos *Marbury vs. Madison* ou *Brown vs. Board of Education*, ambos da Suprema Corte norte-americana, e nenhuma das partes recebe qualquer remuneração ou *royalty* pelo uso de “sua” decisão. De tal sorte, é possível se falar que há uma demanda (econômica) pela criação de precedentes, quando há grande insegurança. Uma vez assentada a jurisprudência, torna-se previsível o resultado de um litígio e portanto as partes transigem seus conflitos, sem levá-los a julgamento.¹⁵⁸

Após tais hipóteses, Landes e Posner tentam demonstrar a validade de suas proposições a partir do estudo de sua base de dados levantada pelo estudo, e concluem que as decisões da Suprema Corte dos EUA possuem uma menor taxa de depreciação em razão de sua maior generalidade, e não em função de seu valor ou prestígio.¹⁵⁹

A partir de tais regras, podemos inferir que os precedentes devem ser gerais, preferencialmente estatuinto princípios ou cláusulas genéricas (descoladas da legislação em vigor, ou ao menos devem se abster de analisar pontualmente um dispositivo legal), para que eles possam ser invocados por mais tempo e tornem assim mais eficiente o método estatal de adjudicação de conflitos. Além disso, podemos inferir que quando houver grandes modificações legislativas (como a edição de um novo código) surgirão muitos precedentes dissonantes. Ademais, precedentes sobre questões processuais deveriam em tese se prolongar no tempo, pacificando melhor as questões, mas é preciso que eles não sejam dissonantes nem que sejam editados de maneira específica. Enfim, são vários instrumentos e várias proposições que podem auxiliar o estudioso e principalmente o magistrado a analisar a criação de precedentes cada vez mais “eficientes”, os quais evitam o desperdício de recursos estatais (bastantes escassos) e previnem o desgaste social (que somente incentiva a ida ao judiciário).

3.2 Adjudicação como um bem privado e outras teorias

Em trabalho posterior, os mesmos autores analisam a adjudicação de conflitos como um bem privado, a partir de modelos não estatais de resolução de conflitos.¹⁶⁰ Para tanto, adotam a premissa de que todo tribunal, ou órgão de resolução de conflitos, exerce duas funções primordiais, que são (a) a resolução dos conflitos em si e (b) a produção de normas (por exemplo, precedentes). Mas essas duas funções

158. LANDES e POSNER, *Legal Precedent...* (19 *JL & Econ* 249), cit., p. 271.

159. *Idem*, p. 279-294.

160. Cf. LANDES, William; POSNER, Richard. *Adjudication as a Private Good*. *Journal of Legal Studies*, vol. 8, p. 235-284, 1979.

seriam apenas bens intermediários, e não produtos finais; já o fim almejado seria a conduta correta, consentânea com o Direito (ou com o grupo de regras a serem obedecidas). Todavia, os autores presumem para os fins do estudo que resolução de conflitos e produção de normas seriam sim produtos finais.¹⁶¹

Os autores propõe um mercado livre de adjudicação, para fins teóricos. Nesse mercado, a escolha do juiz, embora pudesse estar a cargo das partes, não é viável, pois em caso de ilícitos extracontratuais ou criminais não seria justo o sistema, o que só torna viável o total e livre sorteio do magistrado. Mas mesmo nesse caso a dúvida e o temor de um juiz imparcial existem, o que pode ser solucionado por um sistema que expulse os magistrados parciais do rol de juízes que podem ser sorteados.¹⁶²

Mas quanto à produção de normas nesse sistema privado, dois problemas surgem: (a) a falta de incentivo aos magistrados para que criem precedentes (substituindo-se por decisões que só são úteis para o caso que estão decidindo) e (b) os precedentes podem ser inconsistentes, o que ruína todo o sistema de precedentes, não havendo uma óbvia maneira de harmonizá-los. O primeiro problema pode ser solucionado com a criação de um incentivo, como o prestígio e a reputação pela sua imparcialidade. O segundo problema pode ser solucionado com o monopólio do sistema de adjudicação (como ocorre com a jurisdição estatal na maioria dos países) ou então com o incentivo a que pessoas se submetam a essa jurisdição privada. Todavia, nesse caso, e com a criação de regras bem claras, nenhuma pessoa que seria prejudicada pela regra iria se sujeitar a tal jurisdição. O resultado disso é que os juízes passariam a editar precedentes abertos, para que as partes não saibam com razoável certeza qual seria o resultado do litígio submetido a essa jurisdição e, assim, aceitassem a ela se submeter. A prejudicialidade disso é evidente e a única solução é o acordo prévio entre as partes pela submissão a essa jurisdição privada hipoteticamente proposta, ou então a mencionada jurisdição monopolista.¹⁶³

Todavia, dizer que um mercado adjudicatório infinitamente competitivo é ineficiente não equivale a dizer que o monopólio estatal o seria. Isso influencia o financiamento do sistema de adjudicação. Ao contrário de outras situações em que o pagamento de tributos indiscriminadamente é cabível (como os impostos cujos benefícios não são aproveitados por todos), é possível que parte das custas sejam direcionados ao próprio magistrado (como já ocorrera na Inglaterra, embora isso tenha sido depois abandonado). Mas isso tampouco é eficiente. Outra possibilidade é criar um incentivo ao magistrado, de modo que os seus precedentes, quando invocados, rendam dividendos ao magistrado prolator do precedente. Isso evitaria,

161. Idem, p. 236.

162. Idem, p. 237-238.

163. Idem, p. 238-240.

por exemplo, que as decisões fossem incompreensíveis e pessimamente formuladas. O que não se pode é incentivar o aumento das decisões, pois isso incentivaria os juízes a proferir muitas decisões, inclusive algumas que incentivassem litígios futuros, e aumentando a sua renda portanto. Mas mesmo em todos esses casos, é extremamente difícil avaliar o valor de um precedente e pesá-lo diante dos casos decididos, das custas recebidas, e do bem geral proporcionado pelo sistema. Por isso, não é possível se falar em um salário variável para os magistrados, em nenhuma hipótese prática considerada.¹⁶⁴

Após analisar as sociedades primitivas e o sistema da arbitragem comercial, os autores imaginam possíveis soluções aos problemas levantados. O primeiro, obviamente, é incentivar e tornar viável sistemas não jurisdicionais de solução de controvérsias. Outro é criar poucos sistemas adjudicatórios que compitam entre si, como já ocorre em países com tribunais de competência concorrente; se nesses sistemas o juiz tiver um interesse financeiro nas causas (como o recebimento de uma fatia das custas processuais), evidente será que os magistrados terão a indesejável tendência a favorecer os autores das ações, pois são eles que escolhem onde ajuizar a demanda. A solução a isso é apenas permitir às partes que se recusem a litigar em tal tribunal ou que possam escolher, em comum acordo, a jurisdição competente. Com isso voltamos ao problema inicial, o qual vai ao encontro da tendência moderna de uma jurisdição una e monopolista no país, exceto se as partes livremente concordarem com uma jurisdição diversa.¹⁶⁵

É útil ao nosso estudo notarmos que a completa falta de incentivos aos magistrados (para produzirem os precedentes) é, talvez, uma causa para que os precedentes sejam tão pouco respeitados. No entanto, e pelas várias hipóteses levantadas no trabalho de Landes e Posner, entendemos que há vários outros fatores que influenciam essa questão, e pagar os juízes por cada precedente invocado ou para cada decisão proferida não é a solução.¹⁶⁶

É possível observar a adjudicação dos conflitos, estatal, por ainda outro prisma econômico. James Buchanan admite que se deve diferenciar a atividade judicial quando há uma regra prévia e quando não há. No segundo caso, ele entende que a tarefa do juiz é eminentemente política, na criação de uma nova regra, abandonando sua função de julgador e assumindo a de legislador. Já quando regras existem, a função é estritamente jurídica e o processo se desenvolve conforme o modelo tradicional, baseado nas fontes formais, costumes, precedentes etc. Essa segunda função respeita o que advém do comércio e dos processos de

164. *Idem*, p. 240-242.

165. *Idem*, p. 253-259.

166. Aliás, no Brasil, é vedado aos juízes “receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo” (art. 95, parágrafo único, II, da CF/1988).

troca (econômicos), ou seja, o Judiciário deve estabilizar e manter o que já é, e não o que *pode ser*.¹⁶⁷

Além disso, Buchanan identifica três tipos de normas, resumidas por Marciano:¹⁶⁸ a constituição, as instituições do Direito, e a coleção de decisões do processo legislativo que regulam o *bem público*; devendo-se fazer uma separação conceitual entre elas e uma distinção categórica. O Direito (normas jurídicas) e a legislação ou regulação (normas políticas) são estritamente separações que existem entre dois estágios do processo decisório, que são as decisões sobre as regras e as decisões dentro das regras. As normas constitucionais enquadram o comportamento seguinte, e as normas legislativas ou regulamentares são pós-constitucionais, nível no qual elas decorrem do comportamento de oficiais eleitos e burocratas. Essas regras são produzidas e desenhadas dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelo contrato social.¹⁶⁹

Por essa análise, os juízes não deveriam criar normas novas. Analisando economicamente a estrutura federal de legislatura em níveis (federal, estadual etc.), Buchanan vê a criação de normas jurídicas como uma decorrência da competição entre as unidades federativas. Trata-se de um federalismo competitivo.¹⁷⁰ Nessa estrutura, as instituições políticas é que devem ficar responsáveis pela criação de regras novas, enquanto que aos magistrados deve caber apenas interpretá-las, modificá-las, atualizá-las, enfim, abster-se de criar novas regras.

Em resumo, Buchanan distingue claramente os aplicadores do direito (magistrados) e os criadores das políticas públicas (membros do Poder Legislativo e burocratas do Poder Executivo), entendendo como políticas públicas inclusive as normas jurídicas em geral, a respeito do comportamento da sociedade e de suas instituições. Para ele, essas funções não devem ser misturadas. E o papel da doutrina, sem função legislativa, não é sugerir as alterações, mas estudar os problemas, levantar hipóteses de melhoria, testá-las ao máximo, e fornecer esses dados aos legisladores. Esse é o papel político positivista, pois assim se analisa o estado das coisas (*ser*), sem que se passe à atividade normativa (*dever-ser*).

4. CONCLUSÃO

4.1 Precedentes e argumentação jurídica

Expusemos acima que o uso de decisões anteriores como precedente é uma atividade a ser exercida pelo magistrado. E a questão que se coloca diz respeito à

167. Cf. MARCIANO, Alain. Value and exchange in law and economics: Buchanan versus Posner. *Review of Austrian Economics*, 2007, n. 20. p. 9-10.

168. Idem, p. 7-8.

169. Idem, ibidem.

170. BUCHANAN, James. Federalism and Individual Sovereignty. *Cato Journal*, vol. 15, p. 259-286, 1995.

natureza dessa atividade: trata-se de analogia entre casos similares, ou a questão é meramente argumentativa? O uso de uma decisão anterior como fonte de direito é caso de analogia entre o caso anterior e o caso presente? Ou é mero recurso retórico-argumentativo para emprestar autoridade à decisão presente? Cremos que a questão envolve problemas maiores, dentre os quais certamente o mais importante é a legitimidade da jurisdição estatal para adjudicar conflitos, com o monopólio do exercício dessa atividade.

Por suposto que seja cediço o dever de motivar as decisões, e que a regra do *livre convencimento motivado* seja um dever inafastável (como ocorre no Brasil), o uso de uma decisão precedente para *justificar* ou para *fundamentar* a decisão atual é medida que certamente se coloca na perspectiva argumentativa, e não exegética, como seria o caso da analogia. Isso fica claro quando demonstramos acima que existem técnicas para extrair os elementos determinantes de um caso e de outro, para compará-los. Esse confronto entre situações sempre será feito sob a ótica da argumentação jurídica, e a motivação dessa comparação se dirige à escolha dos fatores determinantes, e não à escolha da decisão propriamente dita. Com isso queremos dizer que o que se motiva (em uma decisão que invoca um precedente) é a escolha dos critérios de comparação, e não a escolha da decisão precedente. De tal sorte, não estamos diante da analogia, mas da argumentação jurídica e do dever de motivar as decisões. Por fim, é de se dizer que não fosse necessária a motivação, sequer seria preciso invocar um precedente – bastaria o magistrado julgar como melhor sentisse a questão.

De igual sorte, a técnica chamada de *distinguishing* (o método distintivo pelo qual se extrai de um precedente os seus fatores determinantes) e a extração da *ratio decidendi*, na perspectiva jurídica tradicional brasileira, são duas formas diferentes de interpretação jurídica, mas, não obstante, de mera interpretação. Isso não esvazia a importância desse estudo, mas o que se deve ter claro é que ler um texto e dele extrair a regra aplicável é, tal qual ocorre com o texto de lei publicado no diário oficial, uma forma de interpretação jurídica. Estudos sob a corrente chamada de *giro linguístico* detêm-se justamente sobre essas questões linguísticas (semióticas, semânticas, sintáticas, pragmáticas etc.), sobre as quais não é aqui oportuno tratar, mas que são absolutamente capazes de explicar a forma pela qual os signos constantes do suporte físico do direito são interpretados e como a regra aplicável é construída na mente do intérprete autêntico (no caso dos precedentes, o magistrado). Extrair a regra de um julgado e ou de uma lei é atividade idêntica, sob o ponto de vista da aplicação do direito. Basta que a norma seja construída mentalmente. Trata-se da moderna hermenêutica jurídica.

O discurso judicial vê os precedentes como um dos seus elementos constitutivos, sua matéria-prima. Se o julgador deve motivar suas decisões, então todos os recursos retóricos lícitos podem e devem ser utilizados. E para motivar, os precedentes judiciais representam inegável fonte: ora para confirmar o argumento ex-

posto, ora para ser negado, ao se decidir de modo diverso. Na segunda hipótese, o julgador deve expor justificadamente o motivo pelo qual afasta o precedente judicial, e é por isso que se trata de seu ônus argumentativo. Deve o magistrado trazer outros argumentos, caso deseje afastar a aplicação do precedente. É assim que invocar precedentes se torna ora *argumento de autoridade*, ora elemento de confronto ou comparação, do qual se distancia o julgador. Ou se concorda com o precedente, ou se motiva a discordância: logo, concordar com o precedente alivia o ônus argumentativo do julgador.

4.2 *Súmulas vinculantes são superprecedentes?*

Com relação ao debate sobre os *superprecedentes* (ou *superprecedentes*), acreditamos que alguns valores precisam ser acrescentados. Não temos dúvidas de que pode haver uma norma muito respeitada, de origem em uma decisão judicial precedente. Mas é útil criar-se essa distinção? Por suposto que estejamos diante de tal superprecedente, qual a consequência pragmática desse encontro? Poderá a norma ser revogada, apesar de muito respeitada e arraigada nas instituições da nação?

É bem possível que haja superprecedentes no Brasil, que inclusive evitam os litígios futuros justamente porque a matéria foi assentada. Não obstante, não terá tal precedente força vinculante própria. Tomemos as súmulas vinculantes, por exemplo. Uma vez publicada no diário oficial, a norma deve ser tida como uma *supernorma*, uma vez que ela não apenas se dirige aos cidadãos, como também aos magistrados. Aquilo que a súmula vinculante fixa não poderá ser sequer decidido em sentido contrário. Mas apenas isso não é suficiente. O *engessamento* não é absoluto, e a súmula vinculante pode ser revogada a qualquer tempo, pelo próprio órgão que a prolatou.

De tal sorte, a súmula vinculante não é um *superprecedente*, mas apenas um julgado que, enquanto vigente, vincula os julgadores. Modificada a situação fática, pode a súmula ser revogada. Assim, para ser um *superprecedente*, a decisão judicial precisa representar algo que permanece sem alterações por longos períodos de tempo. Mas e quando os fatos mudam (as condições sociais etc.), faz diferença ter classificado aquela decisão precedente como *super*? A resposta é um sonoro não.

De mesmo modo, no Brasil, não faz sentido se falar em *superleis* ou *supernormas*, que são respeitadas por tudo e por todos, pois é exatamente esse o objetivo das normas: serem respeitadas e obedecidas enquanto válidas e vigentes. A classificação em torno da superlativação do precedente (ou das normas) adquire então uma outra conotação: trata-se da busca por normas *supereficazes*. Todavia, mais uma vez, não vemos utilidade nessa classificação, já que sempre que perder a sua *supereficácia*, a norma poderá ser revogada ou derogada. Se uma lei é eficaz até hoje, nada a impede de ser revogada ou derogada amanhã. São planos distintos. A eficácia se localiza no plano fático (*ser*) e a validade e vigência no plano do ordenamento jurídico (*dever-ser*).

4.3 *Análise econômica dos precedentes*

Do trabalho de Landes e Posner, podemos inferir que a eficácia dos precedentes judiciais pode ser mensurada quantitativamente, em estudo empírico, a partir do número de citações de um precedente específico pelos casos seguintes, nos quais se invoca essa decisão anterior como fundamento determinante do julgamento.¹⁷¹ Essa mensuração quantitativa permite inúmeras outras análises e dá, na prática, uma medida a respeito da eficácia de um precedente específico. Essa análise empírica é, portanto, uma apuração da eficácia de precedentes judiciais determinados.

A partir disso, nota-se que existe uma dimensão temporal ao lado dos planos de validade e eficácia. Se os precedentes são mensuráveis quantitativamente por meio de seu número de citações, e se por meio de um estudo empírico foi verificado que os precedentes se “depreciam” ao longo do tempo, então é importantíssimo acrescentar ao estudo da validade e da eficácia a medida temporal dessas duas variáveis. O plano de validade já costuma ser avaliado em sua dimensão temporal, em trabalhos de direito intertemporal, mas o plano da eficácia, projetado no tempo (dimensão temporal) não é amplamente debatido no Brasil (e mesmo onde ela é estudada, o é de maneira incipiente¹⁷²).

É de suma importância observar que os precedentes devem ser o mais geral possível, preferencialmente estatuinto princípios ou cláusulas genéricas. Sempre que possível, devem os precedentes se abster de mencionar uma legislação em vigor específica, pois quando o fazem, sua depreciação (queda no seu uso como fator determinante para decidir) se dá muito mais depressa que nos casos em que o precedente estatui um princípio geral, aplicável a leis diferentes (que venham a suceder a lei que vigorava ao tempo da edição do precedente). Com isso, os precedentes passam a ser invocados por mais tempo e tornam assim mais eficiente o método estatal de adjudicação de conflitos.

Com relação à função adjudicatória,¹⁷³ é bastante curioso que os autores tenham colocado à prova a hipótese de que a falta de incentivos aos magistrados (para produzirem os precedentes) seja, talvez, a grande causa para que os precedentes sejam tão pouco respeitados. Sem colocar em dúvida essa causa à falta de respeito aos precedentes, podemos imaginar outras que igualmente prejudicam, tais como a desconfiança que um magistrado possa ter nos precedentes de outros magistrados;

171. Cf. LANDES, William; POSNER, Richard. Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis. *The Journal of Law and Economics*, vol. 19, p. 249-308, 1976.

172. Essa análise empírica foi abordada com profundidade, por exemplo, nos já citados trabalhos de Landes e Posner (Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis) e Brenner e Spaeth (*Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*).

173. Cf. LANDES, William; POSNER, Richard. Adjudication as a Private Good. *Journal of Legal Studies*, vol. 8, p. 235-284, 1979.

a completa falta de reconhecimento a respeito da autoridade de um magistrado de hierarquia superior, causa essa, sem dúvida, uma patologia de ordem sociológica. A autoridade sociológica de um magistrado não advém do ordenamento jurídico, e portanto não pode ser corrigida por meio do Direito.

Mas se esse fenômeno que é a falta de autoridade puder ser corrigido, será por meio de um movimento de acreditação do Poder Judiciário como um todo. Se o método estatal de solução de controvérsias receber mais a confiança dos cidadãos, aí talvez voltarão os juízes a serem vistos como uma autoridade moral, portadora de um melhor conhecimento específico das normas e do ordenamento e portanto digna de receber a confiança para julgar os litígios. Por não ser um problema propriamente jurídico (mas localizado nas instituições judiciárias), não há que se corrigi-lo por meio de lei. Deve-se buscar e esperar que as condições sociais permitam um maior respeito ao magistrado, e assim volte a deter a autoridade moral que o sistema presume que possua para poder julgar os conflitos.

Por fim, outro trabalho digno de menção é o de Rasmusen, que apurou uma tendência, segundo modelos estatísticos, de que um aumento no número de juízes que seguem cegamente os precedentes induz um aumento no número de juízes que começam a não gostar mais de segui-los.¹⁷⁴ A importância desse trabalho reside justamente na conclusão de que a falta de obediência aos precedentes seja corrigida com um aumento na força obrigatória dos mesmos ou uma campanha dentre os magistrados para que os precedentes sejam mais respeitados. Essa investida fatalmente levaria a um menor respeito aos precedentes. Assim, no Brasil, não vemos como produtivas as tentativas de forçadamente obrigar magistrados a seguir os precedentes. O que se deve buscar, isso sim, é criar técnicas que permitem que o precedente seja seguido, e não técnicas que obrigam a essa obediência.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAR, Akhil Reed. Heller, HLR, and holistic legal reasoning. *Harvard Law Review*. vol. 122. p. 145-190. 2008.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orient. e Rev. da Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2010. 351 p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito, introdução e teoria geral – Uma perspectiva luso-brasileira*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual, sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Temas de direito processual, terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

174. RASMUSEN, Eric. Judicial Legitimacy as a Repeated Game. *The Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 10, p. 63-83, 1994.

- _____. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. vol. 105. p. 181-190. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2002.
- BARNETT, Randy. It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: A Response to Farber and Gerhardt. *Minnesota Law Journal*. vol. 90. p. 1232-1251 2006.
- BARTLUM, Ian. The constitutional canon as argumentative metonymy. *William and Mary Bill of Rights Journal*. vol. 18. p. 327-394. 2009.
- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principals of morals and legislation*. Oxford: Clarendon, 1907. 379 p.
- _____; BOWRING, John (eds.). *The works of Jeremy Bentham, vs. V: Scotch Reform, Real Property, Codification Petitions*. Edinburgh: William Tait, 1843. 621 p.
- _____; _____. *The works of Jeremy Bentham, vs. VI: introductory view of the rationale of evidence; for the use of non-lawyers as well as lawyers*. Edinburgh: William Tait, 1843. 580 p.
- BIN, Marino. *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*. Padova: Cedam, 1995.
- BLACKSTONE, (Sir) William; CHRISTIAN, Edward (eds.). *Commentaries on the Laws of England, in four volumes*. 15. ed. London: A. Strahan, 1809. 4 vol.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apres. Allaor Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2008. 192 p.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ)*. n. 45. jul. 1968. p. 73-76. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/]. Acesso em: 23.07.2012.
- BRENNER, Saul; SPAETH, Harold. *Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. New York: Cambridge University Press, 1995. 151 p.
- BRYCE, Viscount James. *Studies in history and jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1901. 2 vol.
- BUCHANAN, James. Federalism and Individual Sovereignty. *Cato Journal*. vol. 15. p. 259-286. 1995.
- _____. Politics, Property, and the Law: An Alternative Interpretation of Miller et al., vs. Schoene. *The Journal of Law & Economics*. vol. 15. p. 439-452. 1972.
- _____. Positive economics, Welfare Economics, and Political Economy. *Journal of Law and Economics*. vol. 2. p. 124-138. 1959.
- _____. The justice of natural liberty. *The Journal of Legal Studies*. vol. 5. p. 1-16. 1976.
- _____; BRENNAN, Geoffrey. *The Collected Works of James M. Buchanan, vs. 10: The Reason of Rules – Constitutional Political Economy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000. 194 p.
- BUENO VIDIGAL, Luís Eulálio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1976. vol. VI.
- CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *Yale Law Journal*. vol. 70. p. 499. 1961.
- CARDOZO, Benjamin. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

- CHIE, Yeon-Koo; YI, Jong Goo. The Role of Precedents in Repeated Litigation. *Journal of Law, Economics, & Organization*. vol. 9. p. 399-424. 1993.
- COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*. vol. 3. p. 1. 1960.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in english law*. 4. ed. Oxford: Clarendon, 1991. 246 p.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. *Revista do Advogado*. vol. 24. n. 78. p. 43-48. São Paulo, set. 2004.
- _____. Garantia do processo civil sem dilações indevidas. In: _____ (coord.). *Garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- _____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004. 350 p.
- DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.
- FRIEDENTHAL, Jack; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. *Civil Procedure: hornbook*. 4. ed. St. Paul: West, 2005. 964 p.
- GARNER, Bryan (ed.). *Black's Law Dictionary*. 9. ed. (deluxe). St. Paul: West, 2009.
- GERHARDT, Michael. Super Precedent. *Minnesota Law Journal*. vol. 90. p. 1204-1231. 2006.
- _____. The irrepressibility of precedent. *North Carolina Law Review*, vol. 86. p. 1279-1298. 2008.
- _____. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008. 350 p.
- GOODHART, A. L. Case Law – a short replication. *Law Quarterly Review*. vol. 50. p. 196-200. abr. 1934.
- _____. Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*. vol. 50. p. 40-65. abr. 1934.
- HAYWARD, Allison. The Per Curiam Opinion of Steel: Buckley vs. Valeo as Super-precedent? Clues from Wisconsin and Vermont. *Cato Supreme Court Review*. p. 195-216. Disponível em: [www.cato.org/pubs/scr/2006/hayward.pdf]. Acesso em: 09.07.2011.
- HAZARD Jr., Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993. 230 p.
- HOLDSWORTH, W. S. Case Law. *Law Quarterly Review*. vol. 50. p. 180-195. 1934.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. SSRN. 96 p. fev. 1999. Disponível em: [http://papers.ssrn.com]. Acesso em: 14.09.2012.
- KMIEC, Keenan. The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'. *California Law Review*. p. 1441-1477. oct. 2004.
- LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. *Revista de Processo*. vol. 120. p. 112-137. São Paulo: Ed. RT, fev. 2005.
- LANDES, William; POSNER, Richard. Adjudication as a Private Good. *The Journal of Legal Studies*. vol. 8. p. 235-284. 1979.

- _____. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *The Journal of Law and Economics*. vol. 19. p. 249-308. 1976.
- _____. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. *NBER Working Paper Series*. n. 146. p. 1-95. aug. 1976.
- LAWLOR, Reed. Excerpts from Fact Content of Cases and Precedent: A Modern Theory of Precedent. *Jurimetrics Journal*. vol. 12. p. 245-270. 1971.
- LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*. n. 145. p. 19. jul.-set. 1981.
- LEE, Thomas. Stare Decisis in Economic Perspective: An Economic Analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent. *North Carolina Law Review*. vol. 78. p. 643-706. 1999.
- LINDQUIST, Stefanie; CROSS, Frank. Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory. *NYU Law Review*. vol. 80. p. 1156-1206. 2005.
- LOUISIANA. Louisiana State Legislature. Disponível em: [www.legis.state.la.us]. Acesso em: 25.08.2012.
- MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents: a Comparative Study*. Surrey: Ashgate, 1997. 585 p. Classic Reprint Series.
- MALAUURIE, Philippe. *Les précédents et le droit*. [s.L.]: [s.n.], 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- _____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MARCIANO, Alain. Value and exchange in Law and Economics: Buchanan versus Posner. *Review of Austrian Economics*. n. 20. p. 187-200. 2007.
- 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 de Processo*. vol. 172. p. 175. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009.
- _____. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. *Revista de Processo*. vol. 184. p. 9. São Paulo: Ed. RT, jun. 2010.
- _____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MCGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael. Reconciling originalism and precedent. *Northwestern University Law Review*. vol. 103. n. 2. p. 803-856. 2009.
- MILL, John Stuart. Austin on Jurisprudence [1863]. In: ROBSON, John (ed.). *The Collected Works of John Stuart Mill*. Toronto: University of Toronto Press, 1984. vol. 21, p. 165-205.
- MILLER, Geoffrey P. Unmanifested harm in business-to-consumer transactions. SSRN. Abstract ID n. 1659817, aug. 2010. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1659817]. Acesso em: 11.09.2012.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. vol. 206. p. 61. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.
- MULLER, Friedrich. Observations on the Role of Precedent in Modern Continental European Law from the Perspective of Structuring Legal Theory. *Stellenbosch Law Review*. vol. 11. p. 426-436. 2000.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*. vol. 836. p. 29. São Paulo: Ed. RT, jul. 2005.
- POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. SSRN. Abstract ID n. 859406, 42 p., nov. 2005. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=859406]. Acesso em: 13.09.2012.
- POLLOCK, Frederick. Nature and Meaning of Law. *Law Quarterly Review* vol. 10. p. 228-239. jul. 1894.
- _____. Vocation of the Common Law. *Law Quarterly Review*. vol. 11. p. 323-336. oct. 1895.
- POSNER, Richard. Economic approach to law. *Texas Law Review*. vol. 53. p. 757-782. 1974.
- _____. Some Uses and Abuses of Economics in Law. *The University of Chicago Law Review* vol. 46. n. 2. p. 281-306. 1979.
- _____. *The problems of jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. 485 p.
- _____. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. *The Journal of Legal Studies*. vol. 8. p. 103-140. 1979.
- RASMUSEN, Eric. Judicial Legitimacy as a Repeated Game. *The Journal of Law, Economics & Organization*. vol. 10. p. 63-83. 1994.
- REDISH, Martin; MARCUS, Richard; SHERMAN, Edward. *Civil procedure: a modern approach*. 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1995. 1181 p.
- REESE, Jessica. The lone second amendment interpretation: has it reached the status of "superprecedent"? *Illinois University Law Journal*. vol. 32. p. 211-229. 2007.
- ROSA, Renato Xavier da Silveira. Cooperação entre as partes na definição do objeto litigioso: sistemas de instrução processual nos Estados Unidos e na França. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. vol. 15 (nova série). n. 29. p. 267-302. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.
- ROSEN, Jeffrey. So Do You Believe in 'Superprecedent'? *N.Y. Times Week in Review*. 30.10.2005, § 4, n. 1.
- SALAMA, BRUNO M. O que é "direito e economia"? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review* vol. 39. n. 3. p. 571-606. 1987.
- _____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- _____. Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy. In: JOHN F. KENNEDY SCHOOL OF GOVERNMENT, HARVARD UNIVERSITY. *KSG Faculty Research Working Paper Series*. 13.08.2007.
- SEDLEY, Stephen. *Ashes and Sparks: Essays On Law and Justice*. New York: Cambridge University Press, 2011. 425 p.
- SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Litigation and the Legal Process. SSRN (Social Science Research Network), Abstract ID n. 382060, 66 p., fev. 2003. Disponível em: [http://papers.ssrn.com]. Acesso em: 13.09.2012.

- SINCLAIR, Michael. Precedent, super-precedent. *George Mason Law Review*. vol. 14. p. 363-412. 2007.
- SILVA, Fernando César Nimer Moreira da. Conciliação cível em primeira instância em São Paulo: perspectiva da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review (EALR)*. vol. 2. n. 1. p. 65-94. Brasília, jan.-jun. 2011.
- STRANG, Lee. An Originalist Theory of Precedent: the privileged place of originalist precedent. *Brigham Young University Law Review*. vol. 2010. p. 1729-1794. 2010.
- TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LARREA, Arturo Z. L. (coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, t. V, *Juez y Sentencia Constitucional*. p. 795-810. Disponível em: [www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/39.pdf]. Acesso em: 21.01.2011.
- _____. *Precedente e giurisprudenza*. [s.L.]: Scientifica, 2007. Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Facoltà di Giurisprudenza.
- TEISEN, Axel. False theory of the binding force of precedent. *Central Law Journal*. vol. 76. p. 147-153. 1913.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista de Processo*. vol. 78. p. 85. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1995.
- TÉTÉ, William Thomas. The code, custom and the courts: notes toward a Louisiana theory of precedent. *Tulane Law Review*. vol. 48. n. 1. p. 1-24, 1973.
- TIMM, Luciano Benetti. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. *Revista de Processo*. vol. 178. São Paulo: Ed. RT, dez. 2009.
- TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an International Conference dedicated to Mauro Cappelletti*. Torino: G. Giappichelli, 2005. 275 p.
- UNITED KINGDOM. Judiciary of England and Wales. *Structure of the Courts System*. Disponível em: [www.judiciary.gov.uk]. Acesso em: 20.09.2012.
- _____. Parliament. *Constitutional Reform Act 2005*. London, 24.03.2005. Disponível em: [www.legislation.gov.uk]. Acesso em: 09.07.2011.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*. vol. 814. p. 63. São Paulo: Ed. RT, ago. 2003.
- WEIDEMAIER, W. Mark. Toward a theory of precedent in arbitration. *William & Mary Law Review*. vol. 51. p. 1895-1958. 2010.
- YIANNPOULIOS, A.N. The Civil Codes of Louisiana. *Civil Law Commentaries*. vol. 1. n. 1. 2008. Disponível em: [www.civil-law.org]. Acesso em: 25.08.2012.
- ZYWICKI, Todd J.; SANDERS, Anthony. Posner, Hayek & the economic analysis of law. *Iowa Law Review*. vol. 93. n. 2. p. 559-603. fev. 2008.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As súmulas são precedentes judiciais, de Mauricio Martins Reis – *RePro* 230/417 (DTR\2014\1077);
- Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro, de Igor Raatz – *RePro* 199/159 (DTR\2011\2451); e
- Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"?, de Lenio Luiz Streck – *RBCCrim* 78/284 (DTR\2009\312).