

A TEORIA DOS PRECEDENTES NO DIREITO NORTE-AMERICANO*

Peter J. Messitte**

Senhoras e Senhores,

Estou muito lisonjeado por poder mais uma vez estar com meus muitos amigos do Judiciário brasileiro, agora perto do belíssimo cenário do Pantanal mato-grossense. Desta vez venho juntamente com minha esposa, Suzan, a qual também me acompanhou quando vim morar e trabalhar em São Paulo há 34 anos.

Foi-me pedido que lhes falasse sobre a teoria dos precedentes no Direito norte-americano, tópico que ultimamente tem sido objeto de grande interesse aqui no Brasil. Sei que tramitam no Senado Federal brasileiro propostas de emendas constitucionais que objetivam conceder força vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal de natureza constitucional e, em certas circunstâncias, também às súmulas exaradas por este egrégio Tribunal. Conseqüentemente, mostra-se natural que juízes brasileiros se interessem em conhecer melhor a experiência do Direito norte-americano com a doutrina dos precedentes, vez que esta é uma das pedras basilares do nosso sistema jurídico.

Permitam-me, assim, a fim de introduzi-los ao tema da minha palestra de hoje, brevemente discorrer sobre a experiência brasileira com os precedentes. Para tanto, vou me basear na lúcida síntese elaborada pela Ministra Ellen Gracie Northfleet para um seminário que eu e ela organizamos em Baltimore, Washington, Brasília e Rio de Janeiro há alguns anos.

Ela escreve:

“Não se pode deixar de referir que, inobstante todas as objeções fundamentadas apresentadas por ilustres doutrinadores, representantes da magistratura e da classe dos advogados as decisões dos Tribunais superiores (e, não apenas as do Supremo Tribunal Federal) tradicionalmente têm, em nosso sistema judiciário, força persuasiva prevalecente sobre a formação de convencimento dos magistrados das instâncias inferiores. Isso porque, ao apreciar demanda nova, uma das atitudes mais comuns aos magistrados consiste no saudável estudo da jurisprudência já assentada sobre o tema. Tal exercício, conjugado com a análise detalhada dos fatos da causa, da legislação aplicável e dos subsídios oferecidos pela produção doutrinária, conduz à prolação de sentenças densas de

* Palestra proferida no 8º Ciclo Internacional de Conferências, promovido pela AMATRA XXIII, Cuiabá (MT), de 14 a 18 de agosto de 2001.

** *Juiz Federal de Primeira Instância na Corte do Distrito de Maryland. Membro da Comissão de Relações Internacionais Judiciais para a Conferência Norte Americana de Juizes Federais, presidindo a Subcomissão para América Latina e Caribe.*

conteúdo, em que a decisão do litígio encontra embasamento seguro e as probabilidades de reforma se reduzem consideravelmente.”

Nessa linha de uniformização jurisprudencial vale citar a bem sucedida experiência da edição da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, idealizada pelo Min. Victor Nunes Leal. O acerto da iniciativa pioneira do STF, em 13.12.1963, fez com que ela fosse reproduzida nos demais Tribunais superiores, nas matérias de suas respectivas competências e, hoje, também nos Tribunais Regionais Federais.

Embora sem efeito vinculante, tais súmulas representaram norte seguro para solução de grande número de causas repetitivas, sendo “instrumento de desafogo e desembaraço jurisdicional”. (Marco Antonio de Barros, Anotações sobre o Efeito Vinculante, RT/Fasc. Civ., v. 735, jan. 1997, p.100.) Ellen Gracie Northfleet, em A Força Vinculante do Precedente Judicial: Situação Atual no Sistema Brasileiro, trabalho apresentado perante o primeiro grupo de intercâmbio formado entre magistrados e acadêmicos brasileiros e norte-americanos, junto à Escola de Direito da Universidade de Baltimore, MD. (29 de junho a 3 de julho de 1998). O que a Ministra Northfleet sugere em seu texto é a tese de que no Brasil já existe, pelo menos de fato, uma espécie de experiência com a doutrina dos precedentes. Comparativamente, aliás, é correto afirmar que grande parte do Direito norte-americano, na verdade a maior parte, é composta de leis ordinárias, ou seja, leis oriundas do Poder Legislativo. Nós temos também muitos códigos tanto no sistema federal quanto nos estaduais. No sistema federal, por exemplo, temos o Código de Direito Tributário e nos estaduais temos os códigos criminais e comerciais, apenas para citar alguns. Além disso, é importante frisar que no sistema norte-americano as leis têm precedência sobre os precedentes jurisprudenciais. À exceção dos casos constitucionais, as leis posteriores sempre têm o condão de alterar os precedentes. Por último, é válido lembrar que o dever precípua dos magistrados americanos é exatamente o mesmo dos seus pares brasileiros, qual seja, o de decidir casos concretos.

Como ensinava o saudoso professor Jesse Franklin Brumbaugh:

“As decisões não são proferidas principalmente para que possam servir de precedentes no futuro, mas antes, para solucionar as disputas entre os litigantes. Sua utilização em casos posteriores é um decorrência incidental. Uma decisão, conseqüentemente, extrai suas peculiares qualidades de justiça, solidez e profundidade dos fatos e condições particulares do caso que ela pretendeu adjudicar. Para que essa qualidade possa ser transmitida com absoluta acuidade, torna-se às vezes necessário limitar expressamente sua aplicação ao peculiar conjunto de circunstâncias que lhe deram origem.” (Jesse Franklin Brumbaugh, *Legal Reasoning and Briefing*, 1917, pp.171-172)

O que, então, significa “precedente”? Lembrem-se de que falamos que *case law*, isto é, jurisprudência, não é lei ordinária. *Case law*, assim, é um direito advindo dos casos nos quais se interpreta a Constituição americana, as leis ordinárias ou os costumes. Em seu sentido mais amplo, precedente significa que a decisão de um tribunal

de instância superior, tratando-se de cortes situados em uma mesma linha hierárquica, vinculará o tribunal de instância inferior em casos similares.

Prestem atenção às palavras-chave. O tribunal de instância inferior está vinculado pela decisão de um tribunal de instância superior somente quando ambos estiverem situados em uma mesma linha hierárquica. Ou seja, o tribunal inferior não estará vinculado por um tribunal instância superior pertencente a uma outra hierarquia. Assim, as decisões da Suprema Corte norte-americana sobre questões de natureza constitucional vincularão todos os tribunais norte-americanos, tanto em nível federal como estadual. Entretanto, sentenças de um dos tribunais federais de apelações sobre um tema constitucional ou ainda, sobre uma questão referente a leis federais, somente vincularão as comarcas federais dentro daquela jurisdição. Nos Estados Unidos existem treze tribunais federais regionais de apelação. O Quarto Circuito abrange cinco Estados da Federação Norte-Americana, dentre os quais está Maryland – meu Estado. A menos que a Suprema Corte tenha decidido sobre uma determinada matéria de natureza constitucional ou sobre alguma lei federal, ou ainda, se o Quarto Circuito houver se pronunciado sobre qualquer um dos temas acima, eu não terei a minha atividade decisória vinculada ao que o primeiro, segundo, terceiro ou qualquer outro circuito de apelação houver decidido.

Entretanto, a decisão de um tribunal fora da linha hierárquica, mesmo sem posuir a força vinculante, pode ser persuasiva. Eu posso muito bem ser persuadido pela decisão do Primeiro, Segundo ou Terceiro Circuitos, mesmo se o Quarto Circuito ainda não tiver se pronunciado.

A sentença de um tribunal estadual de instância superior sobre a Constituição estadual ou leis estaduais (a menos que estas conflitem com a Constituição federal ou leis federais) vincula somente os tribunais de instância inferior daquele Estado em particular ou o tribunal federal no caso deste tribunal estar aplicando a lei estadual a uma determinada lide.

De acordo com a sistemática da *Common Law*, a teoria é que somente a parte mais central da sentença dos casos prévios constitui o precedente – isto é, somente o princípio legal que foi absolutamente necessário para decidir a questão naquele caso tem força vinculante, e somente aquela parte pode ser extraída para uso subsequente. O Tribunal subsequente freqüentemente determina qual é a *ratio* do precedente. Ou, como bem ensina o professor E. Allan Farnsworth, os tribunais nos casos subsequentes poderão ter que sintetizar uma linha de decisões divergentes para que se possa extrair o precedente apropriado. E. Allan Farnsworth, *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*, 63 (1963). O princípio vinculante do caso prévio ou dos casos prévios é chamado de *ratio decidendo*. Ao mesmo tempo, o caso em julgamento pode não produzir qualquer *ratio* útil se tal decisão originar-se de um ponto único dos autos ou se a base factual for extremamente peculiar. Ou ainda, se o processo anterior for reportado de maneira incompleta ou o julgamento for tão obscuro que se tornará impossível ao tribunal seguinte descobrir em quais bases o tribunal anterior decidiu a lide toda. Assim, tudo que está no corpo da sentença que não seja o núcleo é considerado *dicta e*,

portanto, não vincula o tribunal de instância inferior. E ainda assim, esta problemática pode ser persuasiva.

Como nos chama a atenção o professor Edward D. Re, a razão pela qual se distingue a *ratio decidendi* de um caso da *dicta* tem a ver com a natureza “adversarial” do sistema do *Common Law*. Edward D. Re, *Stare Decisis*, Revista de Informação Legislativa nº 122, p.283 (1994). Parafrazeando John Marshall, o mais famoso presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos:

“A questão que de fato está submetida ao Juízo é cuidadosamente investigada e considerada em toda sua extensão. Outros princípios que podem servir para ilustrá-la são considerados na sua relação com o caso decidido, mas sua possível influência sobre todos os outros casos é raramente investigada em profundidade.” *Cohens v. Virginia* 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 399 (1821)

Vamos passar a uma outra questão: Onde se encontra a jurisprudência?

Lembrem-se de que os nossos casos são largamente publicados em volumes especiais ou, ainda, encontram-se disponíveis em bancos de dados eletrônicos. No tocante aos tribunais federais, acórdãos tanto dos tribunais de primeira instância como dos de apelação, são cuidadosamente colecionados. Os casos judiciais são catalogados de acordo com a matéria e alguns destes casos têm múltiplas referências. A tarefa básica de cada advogado e, eventualmente para o juiz, é a de determinar se há um precedente para o caso e se este possui força vinculante.

Pode-se afirmar que realmente existem duas doutrinas do precedente. Uma é chamada a “regra estrita do precedente” e a outra é conhecida por “liberal” ou a “regra americana”. De acordo com a primeira - regra estrita do precedente – o tribunal estará vinculado às suas próprias sentenças e por todas as outras decisões dos tribunais de instância superior pertencentes à mesma linha hierárquica. Não há nenhuma provisão no contexto da teoria estrita para a alteração da decisão anterior. A única justificativa válida para a não-aplicação da decisão anterior seria a de que a situação de facto do caso subsequente não se enquadra à lógica ou à política da decisão anterior. A teoria estrita defende a tese de que é apropriado somente às legislaturas sujeitas a um processo eletivo constituírem-se em instrumentos de reforma. Essa teoria estrita encontra-se em vigor na Inglaterra.

Já a chamada teoria liberal ou regra americana manifesta-se distintamente daquela. A regra da *stare decisis* (que significa, literalmente, “permita que a decisão mantenha-se”, e é o mesmo que a doutrina de “precedente”) é mais uma questão de técnica. Espera-se que os tribunais sigam sentenças emitidas em processos anteriores ao do caso em tela. E, de fato, isso acontece. Porque o importante é que valores e verdades objetivas razoáveis obriguem o Judiciário a se comportar desta forma. Por exemplo, ativismo judicial, ou seja, o ato de criar leis, é oficialmente desencorajado. O pensamento dos nossos juristas favorece, como afirma a Prof. Von Mehren, “o desenvolvimento lógico de premissas aceitas”. Há também uma crença profunda na consistência, integridade, e segurança da lei, elementos os quais causaram o surgimento da doutrina do precedente em primeiro lugar. Quase sempre, não há nenhuma necessidade de

“fazer”, *i.e.*, produzir novas leis, e tal não ocorre. Mas temos que reconhecer que sob a regra liberal do precedente, em certas circunstâncias, os precedentes nem sempre são seguidos.

Na grande maioria de casos, desde logo, o precedente é respeitado. O precedente é adotado se cada faceta da porção factual do caso subsequente é considerada parecida com aquelas do caso anterior. Além disso, o pronunciamento anterior pode ser percebido como “bom direito”. Mesmo que haja dúvidas sobre a decisão anterior, tal decisão pode estar tão firmemente estabelecida que a mudar causaria transtorno. O julgamento prévio poderia ser seguido porque seu arrazoado continua ser aplicável ou ainda, se o corolário lógico originário da decisão anterior resolve o caso subsequente. O que é a dicta do caso anterior pode ser citado e consagrado como regra autoritária no caso subsequente e por si tornar-se precedente. Por outro lado, com o fim de evitar a decisão anterior, o caso subsequente pode encontrar-se confinado à sua porção factual particularizada ou, ainda, o caso prévio pode distinguir-se com base em seus próprios fatos ou arrazoado. Algumas vezes o caso anterior é desconsiderado sem menção (entretanto, essa é uma técnica considerada ilegítima). Outras vezes o tribunal subsequente simplesmente rejeita a linguagem do caso anterior porque a dicta, por exemplo, não constitui o núcleo da sentença. Ou ainda o tribunal subsequente deseja limitar o alcance do julgamento prévio. Finalmente o tribunal, particularmente a Suprema Corte, pode explicitamente anular ou rejeitar o precedente.

Como é que a doutrina do precedente “pegou” nos Estados Unidos? Já que nós a “pegamos emprestadas” da Inglaterra, então a questão realmente seria a de “como é que tudo começou naquele país?”

Não há registros de uma data específica para tal evento na Inglaterra. Devemos nos lembrar, como observa o professor Re, que quando a doutrina dos precedentes começou a se desenvolver na Inglaterra, no tempo do rei Henrique I (século XII), o número de leis editadas era extremamente exíguo e geralmente limitado ao campo do direito público. Desta maneira, a maioria das leis era originada pelos tribunais, os quais, com o passar do tempo, começaram a defender a idéia de se observarem as decisões judiciais anteriores. Assim, desde os idos tempos de Henrique I os tribunais ingleses falam em seguir decisões prévias.

A teoria original parece ter sido a de que, ao seguirem e aplicarem precedentes, os juízes estariam simplesmente declarando qual era a lei. A lei era considerada “uma onipresença pairando nos céus,” como o Ministro Oliver Wendell Holmes disse mais tarde. Em outras palavras, os juízes eram considerados “oráculos da lei” porque simplesmente declaravam qual era a lei.

Em decorrência do fato de essas decisões terem sido devidamente escritas e estudadas por advogados e juízes, elas começaram a ser citadas em outros casos perante os juízes dos tribunais. Daí por diante, a tradição do respeito aos casos anteriores passou a popularizar-se cada vez mais. Tanto que Blackstone, em seus “Comentários” no século XVIII, rezava que era o “dever do juiz vincular-se a precedentes anteriores” já se achavam plenamente estabelecidos.

Hoje em dia é mais comumente reconhecido que juízes sob o sistema do *Common Law*, quando decidem casos e aplicam, estendem, ou restringem o precedente, estão na verdade produzindo leis. Mas está claro também que os juízes tendem a “legislar” somente de maneira bastante restrita. Eles preenchem lacunas. O Poder Legislativo pode criar uma nova lei e sempre existe a possibilidade de os legisladores corrigirem uma sentença judicial que considerem imprópria, com exceção das sentenças de natureza constitucional, porque tais requerem um procedimento de emenda mais formal.

É a doutrina do precedente própria ou imprópria? Os senhores devem estar bastante familiarizados com este debate. Nos Estados Unidos nós somos da opinião que esta doutrina tem as seguintes características e vantagens:

- a) A aplicação da mesma regra em casos análogos e subseqüentes resulta em igualdade no tratamento de todos os que buscam justiça;
- b) Saber que o caso subseqüente será decidido de maneira consistente a um caso anterior contribui para a antecipação e visualização prévia de resultado e resolve muito do possível futuro litígio;
- c) O uso do critério estabelecido para a solução dos casos economiza tempo e energia;
- d) A aderência às decisões anteriores demonstra um respeito bastante apropriado à sabedoria e experiência dos advogados e juízes os quais vieram primeiro.

Nós achamos que a doutrina do precedente também oferece uma certa flexibilidade ao juiz norte-americano. Talvez nossa jurisprudência não seja arrumada tão logicamente como em um sistema de códigos. Mas o nosso é um sistema sob o qual a justiça pode ser realizada. E eu devo fazer notar aos senhores que as leis nos Estados Unidos – até mesmo aquelas largamente baseadas na jurisprudência – não se encontram desorganizadas. Através das centenas de anos da tradição da *Common Law*, tratadistas têm organizado e sistematizado um todo composto de informações de natureza legal. Excelentes tratados e compêndios, além de enciclopédias, apresentam o Direito, seja ele constitucional, ordinário, *on case law*, em forma bastante lógica e sistemática. Nós podemos ler os nossos tratados e enciclopédias para estabelecer uma visão coordenada da lei e do Direito, e depois, se necessário for, nós podemos nos dirigir aos relatórios dos casos em separado e lê-los.

Eu poderia talvez continuar discorrendo muito mais sobre a doutrina dos precedentes no sistema jurídico dos Estados Unidos, mas o tempo que me foi alocado já se esauriu. Eu espero que minhas observações lhes tenham interessado e que tenham sido de alguma maneira úteis nesta salutar discussão sobre os precedentes no Brasil. Qualquer que seja o resultado do debate aqui, tenham certeza que estarei atentamente acompanhando o seu desenrolar com o mais profundo interesse.

Muito obrigado!