



SOBRE A *COMMON LAW*, *CIVIL LAW* E O PRECEDENTE JUDICIAL¹.

Sérgio Gilberto Porto

Doutor em Direito pela PUC-RS

Professor Titular de Direito Processual Civil da PUC-RS

Ex Procurador-Geral de Justiça do RS

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual

Advogado.

SUMÁRIO: 1. Observações Preliminares. 1.1 Noções elementares sobre a origem e formação do sistema da *common law*. 1.2 A circulação de modelos entre famílias jurídicas diversas: uma realidade intensificada, em face da globalização. 2. Compreensão e propósito do precedente vinculante na *Common Law*. 3. Requisitos para a formação e aplicação do precedente vinculante. 4. Sinais do prestígio da idéia de precedente vinculante no Brasil. 5. *Stare Decisis* e *Res Iudicata*: 5.1 Função formativa da *Coisa julgada* na *common Law*. 5.2 Desdobramento da idéia de *coisa julgada* na *common law* americana. 5.3 Observações conclusivas.

1. OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

O estudo analítico entre os sistemas jurídicos da *civil law*, também conhecido como romano germânico, e o da *common law* já foi objeto de preocupação de grandes doutrinadores comparatistas. Muitos, sem sombra de dúvida, através de informações enriquecedoras, demonstraram com erudição as semelhanças e dessemelhanças entre os modelos².

O presente ensaio, contudo, não tem a pretensão de enfrentar a discussão a respeito dos dois grandes sistemas. Antes, pretende instigar os leitores à meditação quanto ao papel de

¹ Estudo em homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão.

² Dentre os vários autores que pesquisaram detidamente sobre ambas as famílias jurídicas, destacam-se, p. ex.: GUSTAV RADBRUCH – *Lo spirito del diritto inglese* -, RENÉ DAVID - *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Direito Comparado* – UGO MATEI - *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti D'America* e MAURO CAPELLETTI – *Il Processo civile italiano nel quadro della contrapposizione 'civil law' – 'common law' (Appunti storico-comparativi)*.

determinados institutos de direito processual que desempenham tarefa de grande importância numa e noutra ordem jurídica.

Assim, com brevíssimas pinceladas históricas, registrar-se-á a formação da *common law*, para em seguida situar o instituto do precedente vinculante neste sistema. O passo seguinte, quase que inevitável, em face do propósito, é a comparação com o instituto estabilizador das demandas do direito processual civil brasileiro.

Portanto, a idéia básica aqui lançada é de estimular o debate acerca do singular papel da decisão judicial em cada sistema, apontando eventuais traços comuns, realçando as diferenças e identificando influências, tudo com o fito de apreciar criticamente a efetividade de uma e outra proposta.

1.1 Noções elementares sobre a origem e formação do sistema da *common law*.

Considerando a obviedade de que o sistema da *civil law* é do domínio dos operadores nacionais, parece oportuno que se introduza tão-somente a matéria referente a origem e formação da *common law*. Com este propósito, pode-se registrar que o direito nascido neste sistema funda-se essencialmente na tradição, a ponto de forjar entre seus operadores um senso histórico que lhe rendeu a adjetivação de direito costumeiro. Como ressalta GUSTAV RADBRUCH, trata-se de um verdadeiro amor dos ingleses pela tradição³, razão pela qual se faz necessário esta breve incursão histórica.

Nesta linha, cumpre destacar que não raras vezes o sistema da *common law* é chamado de direito inglês ou direito anglo-saxão ou, ainda, direito da Grã-Bretanha. Contudo, o uso de tais expressões para designar o direito da *common law* é considerado absurdo por aqueles

³ Segundo RADBRUCH: “*Questo senso inglese della realtà è anche la base Del senso inglese della storia, dell’amore dell’inglese per la tradizione. Antiche usanze, antiche forme di un remoto, ormai pallido passato si sono tramandate fino al iorno d’oggi. L’inglese si è affezionato a queste antiche forme, anche se egli si dà l’aria di non averle in gran conto*”. RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. Trad. Alessandro Baratta. Milão: Giuffrè, 1962, p. 10.



que se dedicaram ao estudo do tema⁴. Na verdade, tais expressões poderiam ser consideradas espécies do gênero *common law*, uma vez que fazem parte deste sistema, assim como demonstram peculiaridades históricas do direito nascido na comunidade britânica.

Com o propósito de elucidar as origens do sistema da *common law*, observa RENÉ DAVID, autor da clássica obra ‘Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo’, que a evolução deste sistema divide-se em períodos distintos. Com efeito, inicialmente foi regido sob a égide do direito anglo-saxônico, expressão cunhada em razão das tribos que dividiam a grande ilha – anglos, saxões e dinamarqueses. Apesar do povo inglês estar submetido a um único soberano, o direito era fracionado, guardando a característica de direito local.

A conquista normanda, de sua parte, como segundo momento, nos idos de 1066, é data marcante para a compreensão do direito da *common law*, pois assinala o término da sociedade tribal, dando lugar para uma sociedade feudalista com base na experiência administrativa da Normandia. É a partir da invasão normanda que se tem os primeiros registros da expressão *common law* ou *comune ley*⁵. Destarte, o desenvolvimento do direito inglês deveu-se, em grande parte, pela atuação dos Tribunais Reais de Westminster, onde o processo tinha seu curso marcado pela forma como a demanda era conduzida. Ainda, nas palavras de RENÉ DAVID, “a cada *writ* corresponde, de fato, um dado processo que determina a seqüência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades da sua administração, e os meios de fazer executar a decisão”⁶.

Neste passo, é importante destacar que fica consagrada a expressão “*remedies precede rights*”. Assim, era patente a presença de um direito formalista, apegado a regras processuais que conduziam a produção jurisprudencial da época.

⁴ DAVID, RENÉ. *Os Grande Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 284.

⁵ RENÉ DAVID infere que “A *comune ley* ou *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Este direito, em 1066, não existe. (...) A elaboração da *comune ley*, direito inglês e comum a toda a Inglaterra, será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente designados pelo nome do lugar onde vão estabelecer-se a partir do século XIII, Tribunais de Westminster.” Op. Cit., p. 286.

⁶ DAVID, RENÉ, *op. Cit.*, p. 289.



O excesso de formalismo da época, contudo, acabou por causar um certo desprestígio ao direito da *common law*, abrindo espaço para o surgimento de uma nova forma de solução dos conflitos. Desse modo, após a grande expansão da *common law*, sentida no século XIII, surge sistema rival, a *equity*, buscando solucionar as injustiças perpetradas pela *common law*. Criou-se, pois, uma forma de recorrer ao soberano quando a decisão dada pelos Tribunais de Westminster não satisfizesse as partes. Este recurso deveria ser apreciado pelo confessor do Rei, chamado Chanceler (Cousellor)⁷. Todavia, os casos excepcionais que deveriam ensejar tal recurso passaram a se tornar tão comuns que possibilitaram o desenvolvimento desta jurisdição paralela a ponto de gerar celeuma na justiça britânica. Esta foi resolvida através de pacto selado entre os Tribunais da *common law* e a jurisdição do Chanceler, fazendo coexistir as duas formas de solução de conflitos no direito inglês.

Por derradeiro, destaca-se o período moderno, marcado sobretudo pelas reformas do século XIX, e, também, pelo triunfo das idéias democráticas e influência de JEREMY BENTHAM. Nada obstante, a organização judiciária sofre profundas alterações nos anos de 1873-1875 pelos *Judicature Acts* que consolidaram o término da cisão entre os tribunais da *common law* e da *equity*⁸, cada qual podendo aplicar regras de uma ou outra jurisdição indistintamente.

Hoje, como sabido, trata-se de sistema consolidado, gozando de largo prestígio no mundo ocidental, presente na comunidade britânica - ressalvada a Escócia que pertence a família romano-germânica - e, modo especial, com adequações, na maioria dos Estados da Federação americana.

1.2 A circulação de modelos entre famílias jurídicas diversas: uma realidade intensificada em face da globalização.

⁷ Chanceler, segundo RENÉ DAVID, era o conselheiro do Rei, encarregado de guiar a consciência do soberano (*op. cit.*, p. 346).

⁸ DAVID, René. *Op. Cit.*, p. 298. Segundo o autor, a *equity* tinha nas suas soluções o significado reconhecido no século XVI, representando a equidade. No entanto, hodiernamente, “para afastar qualquer equívoco, evita-se na Inglaterra o emprego da palavra *equity* para designar equidade; prefere-se falar de *justice*, de *fairness* ou de *good conscience*”.



Apesar, *máxima vênia*, da existência de poucos estudos por parte da doutrina nacional acerca da origem e características da família da *common law*, não traduz, esta realidade, a importância e influência que este sistema desempenha no mundo ocidental e, inclusive, no direito brasileiro.

Com efeito, o que a primeira vista pode parecer uma realidade completamente distante, com um olhar mais centrado no nosso próprio ordenamento jurídico, pode-se afirmar, com segurança, que há circulação de soluções e propostas entre a família romano-germânica, da qual faz parte o direito brasileiro, e a família da *common law*.

Esta afirmação encontra respaldo, p. ex., em MAURO CAPPELLETTI que em excelente trabalho que historia as raízes do processo civil italiano, faz um comparativo entre influências havidas na *common law* e na *civil law* pelo Direito Romano. De fato, voltando-se o olhar para Roma é possível identificar uma intensa aproximação entre as duas famílias já naquele momento e que são realçadas pela pena talentosa de CAPPELLETTI. Refere o mestre peninsular que: “Pode acontecer que seja também esse um dos múltiplos sintomas daquele movimento grandioso de unificação jurídica, ou pelo menos de aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais, que foi na maior parte auspiciado⁹, ou previsto ou assinalado. Desse movimento, de fato, a pesquisa histórico-comparativa que aqui concluímos pôs em luz mais de uma etapa. A própria contraposição, delineada eficaz e autorizadamente por Pringsheim, entre os dois “pares” (direito romano clássico e *common law*, de um lado, e direito justiniano e *civil law* do outro) foi, por força dos desenvolvimentos que a *common law* e a *civil law* tiveram no curso dos séculos XIX e XX, atenuada fortemente. O movimento de aproximação operou, ou está operando, de maneira convergente em ambas as partes. Se posso levar adiante a analogia (que ainda é, obviamente, uma simplificação, que dever ser considerada com bastante cautela!), traçada, entre outros, por Pringsheim, direi que se tem, de um lado, uma mitigação das escritas romanas tardias ou bizantinas nas codificações dos países da Europa continental, correspondente, de outro, a uma atenuação das próprias escritas romanas clássicas na *common law*”¹⁰.

⁹ Sobre o tema me limitarei a assinalar o recente volume da American Bar Association, Special Committee on International Unification of Private Law, intitulado *Unification of International Private Law*, Chicago, 1961 (vide a eficaz recensão de K. H. NADELMANN, in *American Journal of Comparative Law*, 11 [1962], p. 112 ss.). Cf. ainda o meu estudo sobre as *Ideologie nel diritto processuale*, cit., pp. 217-219.

¹⁰ No original: “Può darsi che sai anche questo uno dei molteplici sintomi di quel grandioso movimento di unificazione giuridica, o per lo meno di avvicinamento degli ordinamenti giuridici nazionali, ch'è stato da più parti



Realmente, o diálogo entre famílias jurídicas diversas é de há muito inegável e se existe diálogo, existem influências recíprocas. Inclusive, como demonstra de forma clara CAPPELLETTI, influência nas origens dos sistemas.

Cumpro, outrossim, registrar que, hodiernamente, em face da globalização – a qual para o bem ou para o mal indiscutivelmente facilitou as comunicações - observa-se um diálogo mais intenso entre as famílias romano-germânicas e a da *common law*, onde uma recebe influência direta da outra. Da *common law* para *civil law*, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira "*commonlawlização*" no comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da comunidade jurídica. Realmente, a chamada "*commonlawlização*" do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestígio da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz¹¹.

auspicato o previsto o segnalato. Diquesto movimento, del resto, l'indagine storico-comparativa che qui concludiamo há messo in luce più di una tappa. La contrapposizione stessa, efficacemente ed autorevolmente individuata dal Pringsheim, fra le dua 'copie' – diritto romano classico e *common law*, da un lato, e diritto giustiniano e *civil law* dall'altro lato -, quella stessa contrapposizione si è andata, in forza degli svolgimenti che la *common law* e *civil law* hanno avuto nel corso del XIX e del XX secolo, fortemente attenuando. Il movimento di avvicinamento há oprato o sta operando, da entrambe le parti, in maniera convergente. Se posso portare avanti l'analogia (che è però anche, ovviamente, una semplificazione, da prendersi con molti grani del tradizionale sale!), tracciata fra altri dal Pringsheim, direi che si há, da un lato, un attenuarsi delle impostazioni tardo-romane o bizantine delle codificazioni dei paesi dell'Europa continentale, corrispondente peraltro ad un attenuarsi delle impostazioni stesse romane classiche della *common law*". CAPPELLETTI, Mauro. *Il Processo civile italiano nel quadro della contrapposizione 'civil law' – 'common law' (Appunti storico-comparativi)*. In: *Annali della Università di Macerata*. v. XXVI, 1963, p. 115.

¹¹ V. p. ex., dentre outros CAPPELLETTI, Mauro. *Giudici Legislatori ?* Milano: Giuffrè, 1984; _____. *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, número 3 Milano, Giuffrè, Settembre 1982; CARDOZO, Benjamin N. *A Natureza do Processo e a evolução do Direito*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. 3 ed. Porto Alegre: Coleção Ajuris 9, 1978; CALAMANDREI, Piero. *A Função da Jurisprudência no momento atual*. Trad. Isolde Favaretto. Bari: Gius. Laterza & Figli, 1955; FERNANDEZ, Alberto Vicente. *Funcion Creadora del juez*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1980; LANERI, Fernando Fueyo. *Interpretación y juez*. Santiago do Chile: Universidad de Chile, 1976; LIMA, Francisco Gérson Marques de. *A Jurisprudência como fonte de Direito*. In: *Nomos* n. 11 (1/2), p. 239/248; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Direito Judicial, Jurisprudencial e Sumular*. In: *Revista de Processo* n. 80, p. 208/214; SOUZA, José Guilherme de. *A Criação Judicial do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991; SPOTA, Alberto G. *O Juiz, o Advogado e a formação do Direito através da jurisprudência*. Trad. Jorge Trindade. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editores, 1985; TENÓRIO, Oscar. *A formação judicial do Direito*. In: *Revista Forense*, v. 211, ano 62, jul./ago. 1965

Evidências do aumento do grau de aceitação de tal corrente de pensamento podem ser identificadas na pesquisa acadêmica sobre casos já julgados pelo Poder Judiciário para fundamentar teses, assim como em acórdãos que servem para embasar demandas e, quiçá, o mais eloqüente exemplo de tal influência, constata-se na verificação do valor atribuído à interpretação divergente verificada entre tribunais na aplicação do direito, a qual, é capaz, inclusive, de ensejar Recurso Especial, consoante disposição constitucional (105, III, “c”, CF), muito embora, através dele se busque, ainda que em sede retórica, uniformizar a interpretação e/ou aplicação da lei.

Poder-se-ia, nesta linha, ainda, citar os *efeitos vinculantes* das decisões tomadas na jurisdição constitucional, a qual torna patente a importância do caso julgado em tais situações, bem como o traço de similitude com a *common law*, em face do valor atribuído às decisões jurisdicionais nesta sede.

Cumprе lembrar, - em face da afirmativa de que o crescente valor atribuído à jurisprudência na *civil law* brasileira representa, de certa forma, a influência da *common law* no sistema nacional, em face da globalização - que a fonte primeira do direito da *common law* é a jurisprudência, eis que este sistema é absolutamente pragmático, formando-se o direito através das decisões jurisdicionais. Há nele, pois, um compromisso prévio de prestigiamento do caso antecedente na decisão futura - circunstância operada através do *distinguishing* efetivado pelo magistrado posterior. São cotejados os grupos de casos semelhantes para ao fim decidir qual precedente mais se afeiçoa ao caso concreto. Assim, nos países em que vige o sistema da *common law*, acima da legislação e acima de qualquer outra fonte do direito está o caso julgado pelas cortes e que, portanto, criam precedentes e, por decorrência, verdadeiramente, fazem nascer o direito com base na experiência. Nesse sentido, as decisões jurisdicionais, em tais países, como se vê, desempenham um papel que transcende o caso posto ao crivo judicial.

2. COMPREENSÃO E PROPÓSITO DO PRECEDENTE VINCULANTE NA *COMMON LAW*

Como se pode perceber, a idéia de prestigiamento superlativo das decisões jurisdicionais é da essência da *common law*, em face do direito, nesta família jurídica, se formar preferencialmente com base na experiência e não apenas na lógica abstrata antecedente ao fato. Expressão maiúscula de que o direito neste sistema tem por fonte primordial a experiência está no prestígio adquirido pelo precedente jurisdicional, a ponto deste autorizar vinculação a casos futuros, ou seja, os efeitos da coisa julgada ultrapassam as partes e o objeto discutido em determinada e passam a ser aplicados a um universo em que haja casos de situação jurídica idêntica ou assemelhada. Há, pois, na *common law*, raízes profundamente pragmáticas e desvinculadas de qualquer compromisso com modelos abstratos representados pela existência de lei em tese.

Neste sistema, a idéia de vinculação do julgado precedente às demandas semelhantes surgiu nos idos do século XIX, quando a Câmara dos Lordes admitiu o caráter vinculativo das suas próprias decisões nos casos *Beamish v. Beamish* em 1861, referendado no caso *London Street Tramways v. London County Council*, este último tido como o mais célebre *case*¹². Restou decidido pelo Lord Halsbury que seria mais sensato para a sociedade que fossem estabilizados os litígios com uma solução por vezes, até mesmo, inadequada, do que eternizar as incertezas e inseguranças.

Assim, foram lançadas as bases para o desenvolvimento da idéia do precedente vinculante (*rectius: stare decisis*) que representa, em linhas gerais, a possibilidade jurídica de que o juízo futuro declare-se vinculado a decisão anterior, em face da identidade de casos. De sorte que, ‘Standing by a decision (firmar numa decisão)’, representa a tarefa de decidir uma questão de direito de modo uniforme em casos materialmente idênticos. Na proposta clássica, encerra a idéia: *stare decisis et non quieta movere*, ou, deixe-se a decisão firmada e não altere-se as coisas que foram assim dispostas, ou, ainda, ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso.

¹² ASCENÇÃO, J. Oliveira. *Fontes do Direito no sistema do ‘Common Law’*. In: Revista de Direito Público n. 35-36, p. 12.

A proposta é, pois, de que nos países onde se segue a tradição anglo-saxônica da *commun law*, a decisão jurisdicional assuma a função não apenas de dirimir determinada controvérsia posta à apreciação do juízo, mas, além disto, também desempenhe a tarefa de estabelecer um precedente com força vinculante, de modo a assegurar que no futuro, em caso análogo, venha a ser decidido da mesma forma.

A doutrina norte-americana, de sua parte, elenca uma série de explicações para a utilização da idéia de precedente vinculante. Convém, pois, ressaltar os argumentos apresentados.

(a) Primeiro, em decidindo as demandas, os juízos devem dirimir questões de direito. Na mesma jurisdição, o direito deve dar a mesma resposta para as mesmas questões legais. Para desenvolver o direito uniformemente e através do sistema judicial, as Cortes devem respeitar as resoluções hierarquicamente superiores. Trata-se, pois, do prestígio ao valor 'segurança jurídica'. (b) Em segundo lugar, justiça imparcial e previsível significa que casos semelhantes serão decididos da mesma forma, independentemente das partes envolvidas, numa homenagem ao princípio da isonomia. (c) Em terceiro lugar, se na prática fosse de outra forma, isto é, não fossem as decisões judiciais previsíveis, o planejamento nas demandas iniciais seria de difícil concepção. (d) Em quarto lugar, *stare decisis* representa opiniões razoáveis, consistentes e impessoais, a qual incrementa a credibilidade do poder judicante junto a sociedade. (e) Em quinto lugar, além de servir para unificar o direito, serve para estreitar a imparcialidade e previsibilidade da justiça, facilitando o planejamento dos particulares, em face do padrão pré-fixado de comportamento judicial. Em resumo, a existência da doutrina da *stare decisis* acredita implementar - modo claro - qualidade e segurança na prestação do serviço justiça e, por decorrência, melhorar o convívio social.

Dentre seus propósitos encontra-se a idéia de encorajar os juízes a serem mais cuidadosos e diligentes na formação das decisões precursoras, por fazer com que estes preferencialmente confiem e construam sobre os esforços de seus antecessores; bem como, por induzir os magistrados a aplicação do princípio do julgamento impessoal e fazer com que se distanciem de seus próprios pré-conceitos e, também, para demover os litigantes de retornar ao Judiciário na ilusão de obter uma resposta diferente para o seu caso.

As decisões jurisdicionais, no sistema da *commun law*, portanto, vinculam o juízo futuro. Devem ser seguidas, no por vir, pelo próprio juízo prolator e pelas cortes hierarquicamente inferiores, em havendo reconhecimento pelo juízo posterior da identidade de casos.

Stare decisis aplica-se a todos os casos que apresentam a mesma questão legal, sem apresentar preocupação com a idéia de identidade de partes, mas sim quando revele preocupação com a identidade de demanda, a partir do primado que causas iguais merecem soluções idênticas. O que importa, adotando-se linguagem própria do sistema romano-germânico, especialmente na senda brasileira de tal família jurídica, é a identidade de suporte fático e pretensão. Havendo, pois, identidade de causas, há vínculo a ser seguido e respeitado, como garantia de isonomia de tratamento jurisdicional.

A tal propósito, observa o prof. da faculdade de Direito de Nova York, EDWARD RE: “Conseqüentemente, os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para estabelecer a posição atual da Corte com relação ao caso anterior”. Prossegue, dizendo que: “Logo, a força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas”. Por fim, enfatiza que “Ela (*stare decisis*) não se aplica a um caso onde possa ser demonstrado que o direito foi mal compreendido ou mal aplicado ou onde a decisão anterior seja evidentemente contrária à razão”¹³.

Registre-se, contudo, que tal propósito é princípio e não garantia absoluta e insuperável, não havendo, portanto, obediência cega, vez que possível decisão diversa do precedente, uma vez verificada ausência de razoabilidade e/ou erronia na decisão anterior.

Assim, pode-se afirmar que o precedente representa, em verdade, um ponto de partida para a análise e julgamento do caso concreto e não uma restrição ao poder de julgar,

¹³ RE, Edward. RE, Edward D. *Stare Decisis*. trad. Elle Gracie Northfleet. In: Revista Forense v. 327, p. 38-39.



deixando, desse modo, bem claro a diferença entre o *stare decisis* e a chamada súmula vinculante que, nesta quadra da história, preocupa a comunidade jurídica nacional. Note-se, pois, diferença fundamental entre uma e outra situação. Na espécie *stare decisis* a decisão de adotar o precedente, como já registrado, cabe ao juiz posterior, ou seja, aquele que esta no momento julgando e não se constitui numa imposição do juízo anterior como no caso da edição de súmula, máxime quando e se de caráter vinculante.

3. REQUISITOS PARA A FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE

O *stare decisis*, evidentemente, tem limites e possui requisitos para formação.

Aliás, como refere EDWARD RE: “O que é doutrina do *stare decisis* e quais são suas inerentes limitações? É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um *ponto de partida*. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um *principium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz no sistema do *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão ao caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz para o desenvolvimento e evolução do direito”¹⁴.

Oportuno, ainda que se registre que nas decisões judiciais existem razões que passam a vincular o juízo futuro e outras que apenas são utilizadas como suporte argumentativo. Trata-se da distinção daquilo que compõe - na *common law* - o precedente e, por decorrência, passará a vincular as decisões futuras, daquilo que constou nas razões da decisão, mas que era pertinente somente para aquele caso, naquele momento. Na primeira hipótese, se está referindo a

¹⁴ RE, Edward. *Op. cit.* p. 38.

fundamentação da decisão, *ratio decidendi*¹⁵ ou, ainda, *holding*, já no segundo caso, ao *obiter dictum*.

Consoante lição de UGO MATTEI, a *ratio decidendi* é a verdadeira decisão do Tribunal¹⁶. Valendo-se da doutrina de WAMBAUGH, refere, ainda, que *propositions of law, legal doctrines, rationes decidendi* constituem decisão no caso concreto. Tais hipóteses fazem precedente e são estudados nos bancos das universidades nos chamados *study of cases*. Arremata o mestre italiano, dizendo que "a *ratio decidendi* é uma regra geral sem a qual o caso teria sido decidido diversamente. Não é a decisão do caso particular que a faz precedente, mas a razão jurídica da decisão"¹⁷.

Para a clássica *jurisprudence* de Salmond, citada por UGO MATTEI, "o precedente é uma decisão judicial que contém dentro de si um princípio. O princípio inferior que constitui um elemento de autoridade é frequentemente chamado *ratio decidendi*. A concreta decisão é vinculante entre as partes, mas é a abstrata *ratio decidendi* que tem força de lei"¹⁸.

De outra sorte, tudo aquilo que integrou a decisão, mas não pode ser considerado *ratio decidendi* é relegado para a categoria de *obiter dictum, gratis dictum* ou, simplesmente, *dicta*. O *obiter dictum* refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador

¹⁵ Sobre a expressão *ratio decidendi*: "The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury". Rupert Cross *apud* Rodolfo de Camargo Mancuso. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: RT, 1999.

¹⁶ No escólio de UGO MATTEI: "Il significato di *quell'ultimo termine* (tecnicamente sinonimo di *ratio decidendi*) può essere reso in italiano utilizzando i verbi *asserire, stabilire o ritenere*. L'*holding* di una Corte è dunque quanto asserito dalla Corte medesima in un particolare caso: costituisce, in altre parole, la decisione della Corte medesima (di *Qui il legame intimo cui si accennava poc'anzi fra i due ordini di contrapposizioni concettuali*). Il passaggio ad un esteso utilizzo dottrinario del termine *holding* negli Stati Uniti può forse spiegarsi con le profonde implicazioni 'formalistiche' del concerto, precisamente definito, di *ratio decidendi*". MATTEI, *Stare decisis...*, p. 202.

¹⁷ Interpretação livre do seguinte excerto: "La *ratio decidendi* è così: una regola generale senza la quale il caso sarebbe stato deciso diversamente. Non è la decisione del caso particolare che lo rende precedente ma la ragione giuridica della decisione, la *ratio decidendi*, vale a dire il principio giuridico sottostante che, applicato ai fatti, ha determinato quella particolare decisione". *Idem, ibidem*.

¹⁸ Na íntegra: "Un precedente è una decisione giudiziale che contiene dentro di sé un principio. Il principio sottostante che costituisce l'elemento autoritativo è sovente chiamato *ratio decidendi*. La concreta decisione è vinculante fra le parti ma è l'astratta *ratio decidendi* che sola há forza di legge com riguardo al resto del mondo". *Idem, ibidem*.

disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subseqüentes¹⁹. Referem-se aos argumentos expendidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado. São verdadeiros argumentos acessórios que acompanham o principal - *ratio decidendi*. Neste caso, a supressão do excerto considerado *obiter dictum* não prejudica o comando da decisão, mantendo-a íntegra e inabalada.

Portanto, a formação do precedente leva, como dito, em conta a *ratio decidendi* e não o *obiter dictum*, vez que aquela é que consagra o princípio jurídico prestigiado na decisão concreta.

As declarações de direito ou do significado do direito produzido pela corte fixam um precedente para os casos futuros somente se o juízo fizer a declaração de resolver a questão de direito que era necessária para a decisão do caso. Com efeito, como afirma LEONARDO LIMA, "o precedente só terá força vinculante se houver identidade com base nos fatos ou nas questões de direito suscitadas (*binding ou leading precedents*), caso contrário servirá apenas de elemento persuasivo (*persuasive precedents*)"²⁰. Somente tais declarações são vinculantes. Adicionais considerações de direito constantes da opinião da corte são *dicta* que os casos posteriores poderão ou não seguir. A distinção entre o precedente vinculante e o *dictum* nem sempre se apresentam tarefa fácil de superar, particularmente em casos onde a proposição legal anunciada pela corte, como a base para a sua decisão, é mais difundida do que necessariamente deveria ser.

¹⁹ UGO MATTEI, ainda, nos brinda com uma bela reflexão acerca da distinção: "*Ogni nostra riflessione critica su questa parte della teoria classica, deve prima dar spazio alle principali critiche che le sono state mosse dai giuristi autoctoni. È perciò per il momento sufficiente osservare ancora una volta che il giudice anglo-americano, presta la propria opera sotto giuramento di risolvere i casi applicando il diritto. La ratio decidendi di un caso, dunque, diviene vincolante nei casi successivi in quanto principio di diritto scoperto dalla corte ed applicato alla controversia. L'obiter dictum, viceversa, non è un principio enunciato sotto il vincolo di giuramento di scoprire ed applicare il diritto, e dunque non è vincolante. Anche la contrapposizione classica fra ratio decidendi ed obiter dictum, mi pare, há nella teoria dichiarativa del common law il suo fondamento teorico, e risulta assai meno giustificabile, qualora venga riconosciuto alla Corte in quanto tale il potere di creare diritto, trattare diversamente aspetti del suo stesso operato. Soltanto la teoria dichiarativa, inoltre, appare coerente con il potere conferito soltanto alla Corte successiva di estrapolare la ratio decidendi della Corte precedente, e con la correlativa mancanza, sulla quale ci intratteremo fra un attimo, del potere in capo ad una corte (sempre stando alla teoria classica) di delimitare essa stessa, nell'ambito della propria opinion, la legal rule intende tracciare". MATTEI, *op. cit.*, p. 206.*



A respeito dos requisitos para a formação do precedente, enfatiza LEONARDO D. MOREIRA LIMA que “(a) os precedentes não se devem aplicar de forma automática; ao contrário, devem ser analisados cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para estabelecer a posição atual da Corte com relação ao caso anterior; (b) além disso, a doutrina do *stare decisis* não exige uma obediência cega a decisões passadas, permitindo na verdade que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo”²¹

Ante o exposto, emerge a pergunta: quando se está frente a um precedente? A pergunta é respondida por UGO MATTEI, que descreve o *case in all fours* (case in point). Segundo o eminente doutrinador peninsular, o precedente se manifesta quando há (1) identidade de fato; (2) quando já tenha sido adotado em Corte da mesma jurisdição; (3) quando não tenha o precedente sido modificado ou revisto, isto é, não tenha sido superado por entendimento mais atual e (4) quando a matéria jurídica se apresenta idêntica²².

Por derradeiro, vale referir que a realidade americana é a de que a doutrina do *stare decisis* desenvolveu-se flexivelmente (contrastando com a mais restrita forma apresentada pela doutrina Inglesa), tornando-se, assim, uma distinção mais em graus do que em espécie. Exemplo disso é a *overruling*, que possibilita ao magistrado adotar nova orientação jurisprudencial quando aquela não mais representar a melhor medida de justiça. Também, pode-se elencar o *distinguishing*, que significa a prática adotada pelos Tribunais para não adotar determinados precedentes, porquanto é levada a efeito uma distinção entre o alegado precedente e o caso concreto.

²⁰ LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado*. Disponível em: http://sphere.rdc.puc-rio.br/direito/revista/online/rev14_leonardo.html#_ftnref3, acessado em 12.10.2003, às 23:30

²¹ LIMA, Leonardo D. Moreira. *Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado*. Disponível em: http://sphere.rdc.puc-rio.br/direito/revista/online/rev14_leonardo.html#_ftnref3, acessado em 12.10.2003, às 23:30.

²² Esta é a doutrina do precedent in all fours, desenvolvida COEHN-BERRING na obra *How to find the law* e apresentada por UGO MATTEI, na íntegra: “*Questa natura di regola quotidiana per cui un precedente: (a) il più possibile vicino ai fatti rilevanti; (b) reso nel più alto grado possibile all'interno della medesima giurisdizione; (c) che non sia stato né 'overruled' né 'modified'; (d) che riguardi lo stesso punto didiritto, è vincolante per il fatto stesso di essere stato deciso (bene o male), non può essere assolutamente trascurata*”. MATTEI, *Stare decisis...*, p. 3.

No que diz respeito à aplicação do precedente vinculante, a primeira tarefa a ser enfrentada pelo juízo perante o qual o precedente é oposto, está em estabelecer a identificação do caso.

Esta exigência se impôs com tal força perante o magistrado da *common law* americana que este desenvolveu de forma extraordinária uma fina arte de distinguir um caso de outro e, como decorrência, aguçou os sentidos de percepção de semelhanças e dessemelhanças entre casos aparentemente idênticos.

Isto, também, de alguma forma diz presente no sistema brasileiro, vez que tal exigência não é estranha à ordem jurídica indígena. Realmente, em sede de recurso de natureza extraordinária, p. ex., tem-se obrigado o juiz brasileiro - igualmente ao americano - a voltar seus olhos para as semelhanças e divergências entre causas. Com efeito, um dos fundamentos para admissibilidade do chamado Recurso Especial, que tem natureza extraordinária, está na divergência jurisprudencial (105, III, “c”, CF). Assim, tem exigido o STJ que para a admissibilidade de tal recurso demonstre o recorrente a chamada interpretação divergente, ou seja, a circunstância de que estaria a lei sendo aplicada de forma diversa para casos idênticos.

Dentre as exigências de admissibilidade se impõe ao recorrente à demonstração da divergência pela via de exame analítico entre o paradigma e o caso paragonado, ou seja, a imposição é de que se proceda a identificação de suporte fático e aplicação de lei de forma divergente por tribunais diversos, circunstância que exige um pronunciamento superior aos efeitos de uniformizar a aplicação da lei. Contudo, como sabido, sem eficácia vinculante a qualquer juízo, porém exigida a perfeita identificação de semelhanças e dessemelhanças, aos efeitos de admissibilidade do recurso pelo fundamento da divergência jurisprudencial.

Assim, tanto aqui, como lá, está posta a questão da identificação de demandas. Lá, porém, com intensidade tal que reclama uma superlativa atenção do magistrado, na medida em que se outorga força vinculante a certos precedentes e, por decorrência, faz nascer a idéia, até mesmo, de decisão facilmente previsível ao litígio, eis que, em razão do comportamento do Judiciário, pode-se, com grau elevado de certeza, a partir da identificação das demandas, prever

a solução da causa, daí a importância da perfeita identificação de demandas que no sistema da *common law* vai para além das hipóteses de coisa julgada e litispendência presentes no sistema brasileiro, contempladas aqui a partir de idéias MATEO PESCATORE, corifeu da individualização das ações no sistema romano-germânico, mais especificamente o italiano e recepcionado pelo sistema brasileiro.

Como se vê, pois, há uma intensa atividade de joeiramento desenvolvida pelo magistrado da *common law* americana, aos efeitos de assegurar que efetivamente existe identidade de casos e, por decorrência, salvo erro na origem, o posterior é merecedor de tratamento idêntico ao anterior. Assim, pode-se afirmar que dentre os requisitos para reconhecimento do precedente aparece com intensidade superlativa a atividade de identificação de demandas, pela via da análise do suporte fático e do direito.

4. SINAIS DO PRESTIGIAMENTO DA IDÉIA DE PRECEDENTE VINCULANTE NO BRASIL

Como visto, modo genérico, a grande distinção entre os sistemas da *common law* e da *cível law* está na fonte do direito. Enquanto para o nosso sistema romano-germânico a lei é fonte primeira, para o direito da *common law*, a jurisprudência situa-se no mais alto nível das fontes jurídicas. Dessa forma, quando se afirma que ocorre uma *commonlawlização* do direito nacional, se quer dizer que há uma tendência a valorizar a jurisprudência criativa como fonte de direito.

Nesta linha, cumpre registrar que efetivamente vem ocorrendo um saudável prestigiamento das decisões judiciais no Brasil. Veja-se, nesse sentido, os chamados efeitos vinculantes ou efeitos *erga omnes*, outorgado a certas decisões.

Com efeito, nesta senda, são exemplos de vinculação judicial no Brasil, as decisões tomadas em litígios que versem sobre direitos coletivos *latu sensu*, com forte inspiração nas *class actions* norte americanas. Segundo dispõe o Código de Proteção e Defesa do

Consumidor, em seu artigo 103 e incisos, a coisa julgada será *erga omnes* quando posto em causa interesses difusos: *ultra partes* quando versar sobre interesses coletivos *strictu sensu* e *erga omnes/secundum eventus litis* quando julgar demandas que veiculem interesses individuais homogêneos. Em todos os casos, nota-se uma preocupação em fazer com que as decisões tomadas num litígio, transborde seus efeitos para indivíduos que não fizeram parte do processo, mas que, de uma forma ou de outra, possuem vínculo com o litígio e, portanto, merecem tratamento paritário pelo Judiciário. Aqui, pois, a mesma concepção inspiradora do *stare decisis*.

Poder-se-ia, ainda, citar o exemplo da jurisdição constitucional, quando decisões tomadas pelas cortes superiores, firmando posicionamento a respeito da inconstitucionalidade de atos normativos em abstrato, vinculam as demais instâncias naquela questão específica de direito²³.

²³ A propósito do tema jurisdição constitucional vale esclarecer a matéria referente a coisa julgada. Assim, em sede constitucional o exame do instituto da coisa julgada, pode-se dizer, que merece especial realce, em face de sua particular situação, entendendo-se esta como a atuação do Poder Judiciário na aplicação e interpretação da Constituição ou na palavra abalizada de PAULO BISCARETTI DI RUFFIA (Direito Constitucional..., p. 440) *as funções jurisdicionais exercidas para tutelar direitos e interesses atinentes à matéria constitucional*. Realmente, a jurisdição constitucional que, modo genérico, envolve o controle da adequação de atos normativos e textos legais, em nível federal, à Carta da República e em nível estadual às Cartas Estaduais respectivas, é exercido basicamente de três formas distintas, ou seja, através dos chamados controle difuso e concreto e pelo *iter* do controle positivo de constitucionalidade, operado este último pela via da Ação Declaratória, também, abreviadamente, denominada de ADC. Com efeito, o controle da constitucionalidade é efetivado através de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIn), através de incidente de inconstitucionalidade suscitado no curso de uma demanda ou ainda através de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Mandado de Injunção, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Intervenções. A inconstitucionalidade pode configurar-se por ação ou por omissão e tanto numa como noutra das hipóteses a decisão adquirirá determinada autoridade e certa eficácia. Afora tais circunstâncias, cumpre ressaltar, ainda, que o vício pode configurar-se na elaboração da lei, por violação do devido processo legislativo ou no próprio conteúdo da norma. A presente nota, pois, tem por escopo primordial demonstrar de que maneira projeta-se a autoridade da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, por ação ou omissão, ou ainda a constitucionalidade da lei ou ato, levando em linha de conta a via pela qual estas possam ser deduzidas e reconhecidas. Assim, apenas para dimensionar as dificuldades existentes para perfeita compreensão do problema, oportuno destacar observação de GILMAR FERREIRA MENDES (Jurisdição Constitucional..., p. 282), em torno de um dos ângulos da questão. Diz o eminente jurista: *Independentemente de se considerar a eficácia 'erga omnes' como simples coisa julgada com eficácia geral ou de se entender que se cuida de instituto especial que afasta a incidência da coisa julgada nesses processos especiais, é certo que se cuida de um instituto processual específico do controle abstrato de normas e, portanto, que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam também os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir a orientação fixada pelo próprio guardião da Constituição*. Declaração de inconstitucionalidade. **Controle incidental e difuso.** Como brevemente destacado nas considerações preliminares desta nota, há mais de uma forma de exercício do controle de constitucionalidade. Aqui será tratado do controle difuso e da autoridade que adquire a decisão proferida nesta sede. Assim, prefacialmente, parece adequado destacar que o chamado controle difuso é aquele exercido em qualquer grau de jurisdição e por qualquer órgão do Poder Judiciário. Compete, portanto, a todo e qualquer juiz, em qualquer nível de jurisdição, eis que passível de incidência nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Para que tal ocorra, basta que seja levantada a questão do conflito entre o direito que fundamenta a pretensão deduzida e a Constituição, aos efeitos de que o juízo, reconheça, incidentemente, *incidenter tantum*, naquele caso e nos estreitos



limites daquele caso, se há ou não situação de inconstitucionalidade ou, dito de outro modo, se o juízo nega ou não, no caso concreto, a aplicação de lei considerada inconstitucional. Por ser possível sua ocorrência e acolhimento em qualquer grau de jurisdição como questão prejudicial, entende-se o mesmo como difuso, desconcentrado, eis que verdadeiramente disperso e passível de solução por qualquer juiz que venha do incidente conhecer e não por um único tribunal como no controle abstrato que é concentrado. Sobre a autoridade da decisão proferida em controle incidente observa, corretamente, TEORI ALBINO ZAVASKI. *“Tem-se, portanto, no Brasil, que as decisões judiciais, tomadas em casos concretos, sobre questões constitucionais, inclusive as que dizem respeito à legitimidade dos preceitos normativos, limitam sua força vinculante às partes envolvidas no litígio. A rigor, não fazem sequer coisa julgada entre os litigantes, pois a apreciação da questão constitucional serve apenas como fundamento para o juízo de procedência ou improcedência do pedido deduzido na demanda. E a coisa julgada, sabe-se, não se estende aos fundamentos da decisão (CPC, art. 469)”*(Eficácia das sentenças..., p. 30). Efetivamente, bem examinada a matéria conclui-se que a inconstitucionalidade de determinado preceito, quando apreciada incidentalmente em certa demanda, tem por escopo ensejar as razões de acolhimento ou de rejeição da pretensão deduzida com base no ato ou na lei que apresenta ou não mácula de constitucionalidade. Não tem, pois, como visto, a demanda por escopo principal o reconhecimento do vício de constitucionalidade e sim apenas apresenta-se este como fundamento da decisão ou, dito de outro modo, a inconstitucionalidade não é o objeto da causa, é, em verdade, apenas a fundamento da decisão. Desta forma, rejeição da demanda pelo acolhimento da alegação de vício não importa automaticamente em declaração de inconstitucionalidade, mas tão-somente no reconhecimento da inconstitucionalidade como razão de decidir para aquela causa. Desta forma, consoante destaca com propriedade a lição retro, os fundamentos da decisão, por representarem apenas argumentos de acolhimento ou rejeição, verdadeiras razões de decidir, são incapazes de adquirir o *status* de coisa julgada, frente o que dispõe o artigo 469, III, CPC. Assim, no controle incidente não há que se falar na existência de coisa julgada material em torno de inconstitucionalidade, em concreto, reconhecida. Há, apenas, eficácia *inter partes* (472, CPC). Sem embargo, contudo, dos mecanismos que outorgam à decisão eficácia anexa ou reflexa, quando a matéria vem de ser apreciada pela Corte Suprema. Este é, todavia, outro fenômeno que não se identifica com o instituto da coisa julgada, mas sim tem por fito dar a necessária eficácia expansiva à decisão que reconheceu vício de constitucionalidade na lei ou no ato invocado como suporte da pretensão, uma vez que a Corte Constitucional competente reconheceu a mácula. A eficácia anexa e reflexa das decisões não se constitui em situação privativa da jurisdição constitucional ou das decisões do Supremo Tribunal Federal, haja vista que a processualística de muito identifica este fenômeno, ou seja, a capacidade da sentença atingir relações jurídicas conexas a relação acertada pela decisão e os efeitos legais embutidos numa sentença independente de disposição jurisdicional. O primeiro identifica-se como eficácia reflexa e o segundo como eficácia anexa. Assim, por exemplo, a relação jurídica de sublocação será inexoravelmente - por via reflexa - atingida pela decisão que extinguiu a relação jurídica de locação, bem como, em determinada hipóteses disciplinadas pela lei, será constituída a hipoteca legal de bens em verdadeira consequência anexa a determinada situação jurídica. **Controle abstrato e concentrado.** O controle concentrado e abstrato, contrariamente ao controle difuso que trabalha em cima de uma hipótese determinada, opera com a lei ou o ato normativo sem a incidência de determinado suporte fático. Quer isto dizer que se trata do exame, em tese, frente a ordem jurídica constitucional, se aquela lei ou aquele ato apresenta vício de constitucionalidade. Diz-se, pois, que o controle é abstrato por que tem por causa de pedir não um fato ou um conjunto de fatos como exige a jurisdição ordinária (282,III, CPC), mas está em causa uma lei ou um ato frente a ordem jurídica constitucional, sem que esteja a reger uma certa situação concreta. Há, pois, uma verdadeira causa de pedir aberta. Afirma-se, outrossim, que é concentrado exatamente por que compete apenas a Suprema Corte - no que diz respeito a matéria federal - e aos Tribunais de Justiça - no que diz respeito a matéria estadual e municipal - o controle de constitucionalidade, não cabendo, assim, a nenhum outro órgão do Poder Judiciário deliberar em torno do tema. A via adequada para suscitar o vício constitucional de uma lei ou ato normativo é a chamada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e os legitimados encontram-se arrolados no artigo 103, da Constituição Federal. Aqui, contrariamente a hipótese de controle difuso, a inconstitucionalidade é o objeto principal da causa, é o próprio pedido da demanda, portanto há declaração expressa em torno da constitucionalidade e, por decorrência, coisa julgada material. Assim, a decisão de mérito proferida na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade adquire autoridade de coisa julgada material, e, dir-se-á, até mesmo, na linguagem contemporânea, que adquire autoridade de coisa soberanamente julgada, vez que nem mesmo está sujeita a ação rescisória. Realmente, observa TEORI ALBINO ZAVASKI que *“as sentenças de mérito proferidas em ações de controle abstrato de constitucionalidade das normas fazem coisa julgada formal e material, isto é, tornam-se imutáveis e indiscutíveis, não só no próprio processo, como em qualquer outro. Mais: não estão sujeitas nem mesmo a ação rescisória. É o que prevê o art. 26 da Lei nº9.868, de 10.11.1999. 'A decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não*



podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória” (Eficácia das sentenças..., p. 102). Não bastasse tal circunstância, releva destacar ainda que a decisão proferida em sede de ADIn, além de adquirir autoridade de coisa julgada material, possui eficácia *erga omnes*, em face da natureza - constitucional em tese - do direito posto em causa. **Inconstitucionalidade por omissão.** O vício de constitucionalidade pode configurar-se também por omissão. Esta hipótese não poderia passar despercebida, pena do sistema de controle de constitucionalidade resultar comprometido frente a pretendida eficácia da Constituição. Assim, criou-se o controle da constitucionalidade por omissão que tem por escopo impedir que a inação do poder competente provoque ablação nas garantias oferecidas pela Constituição da República ao cidadão. Constitui-se, pois, numa espécie de ataque à ausência de norma regulamentadora por inércia do poder competente para expedir o ato cuja existência é reclamada. Duas são as medidas disponíveis para ataque a omissão que gera vício de constitucionalidade. A ação de inconstitucionalidade por omissão (103, § 2º, CF) e o mandado de injunção (5º, LXXI, CF). São institutos que não se confundem, vez que possuem diferenças marcantes. Com efeito, lembra UADI LAMMÊGO BULOS que na ação por omissão a matéria é versada tão-somente em abstrato, na injunção, em concreto. “Por isso os efeitos da sentença da primeira dá-se 'erga omnes', enquanto na segunda os efeitos da sentença opera-se 'inter partes', a competência para processar e julgar a omissão é privativa do Supremo Tribunal Federal, ao passo que a injunção poderá ser processada e julgada não apenas pela Corte Suprema, mas também pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais dos Estados; a legitimidade para a propositura da omissão abarca, apenas, os sujeitos enumerados no art. 103; a legitimidade para a propositura do mandado de injunção pertence a qualquer pessoa, indivíduo, grupos, partidos, sindicatos, associações etc; a legitimidade passiva na omissão recai sobre o sujeito inibidor do exercício do direito; o objeto da omissão cinge-se à garantia da Constituição, impedida de ser aplicada por falta de providência legislativa; o objeto da injunção é a satisfação do direito ou liberdade obstaculizada pela inércia do legislador; a omissão visa garantir a efetividade das normas constitucionais de eficácia limitada; a injunção visa defender o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa de índole constitucional” (Constituição Federal Anotada..., p. 315). Consoante se vê, existem diferenças marcantes entre os institutos, muito embora a finalidade de ambos é atacar a omissão existente. No que diz respeito a autoridade da coisa julgada e efeitos da decisão, tudo que foi dito à ADIn aplica-se a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão, eis que também esta se constitui numa espécie do gênero ADIn, inclusive na característica de gerar eficácia *erga omnes*. Já no que se refere ao Mandado de Injunção, a decisão proferida neste também adquire autoridade de coisa julgada material, porém não possui eficácia *erga omnes*, haja vista que decidida a inconstitucionalidade - não em tese - mas em cima de um determinado caso concreto, limitando, pois, sua, autoridade entre as partes que integraram a causa. Declaração de constitucionalidade. A Ação Declaratória de Constitucionalidade, de sua parte, no que diz respeito ao instituto da coisa julgada possui regime jurídico idêntico ao da declaratória de inconstitucionalidade, ou seja, por ser a higidez constitucional da lei ou do ato o objeto principal da demanda, a sentença de mérito que acolhe a declaração de constitucionalidade, na dicção do § 2º, do artigo 102, da Constituição Federal, produz eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo e, mais do que isto, adquire autoridade de coisa julgada material (Nery e Nery. Comentários..., p. 1396), pois contém declaração, reconhecendo o novo estado jurídico de certeza de constitucionalidade, frente aquela Carta, ou na palavra abalizada de CELSO RIBEIRO BASTOS “o que se pretende com a propositura da ação declaratória de constitucionalidade é dar solução ao estado de incerteza que paira sobre a legitimidade de uma lei ou ato normativo federal. Portanto, consoante observa MOREIRA ALVES, com objetividade e precisão, o objeto da tutela constitucional é a certeza e a segurança jurídica” (Comentários à Constituição..., v. IV, t. III, p. 150). A adequação da coisa julgada à jurisdição constitucional. **A adequação da coisa julgada à jurisdição constitucional.** Em arremate conclusivo da presente nota, cumpre registrar que o instituto da coisa julgada, também na jurisdição constitucional não é unívoco, como já demonstrado anteriormente, eis que aqui, em técnica avançada de controle de constitucionalidade ou num verdadeiro controle constitucional *high-tech*, a projeção que se outorga à autoridade do instituto é de que este sofrerá a necessária adequação, em face da natureza do direito posto em causa, ou seja, adquire autoridade de coisa julgada material, com eficácia *erga omnes*, apenas quando é objeto principal da causa (ADIn, ADC e ADIn por omissão), onde não é submetida ao conhecimento do Poder Judiciário uma situação concreta, mas a constitucionalidade - em tese - de uma lei ou ato que compõe a ordem jurídica. Já na via incidente (controle difuso), não há que se falar em coisa julgada, na medida em que a inconstitucionalidade é apenas fundamento de decisão. É o vício, pois, nesta sede, causa de pedir e não pedido. No Mandado de Injunção, de sua parte, há coisa julgada material, porém não com eficácia *erga omnes*, vez que posto à apreciação do Poder Judiciário uma situação concreta, portanto, com partes definidas e identificadas. Assim, nestes estreitos limites adquirirá a decisão autoridade, tal qual quando posto em causa direito individual, onde os limites subjetivos da coisa julgada estendem-se apenas as partes entre as quais a decisão foi proferida. Em resumo, se posta em causa a constitucionalidade de lei ou ato, em tese, a decisão faz coisa julgada material e adquire eficácia *erga*

Outro eloqüente exemplo hodierno da recepção da idéia de precedente vinculante (*stare decisis*) no Brasil é a tramitação no Congresso Nacional da Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 29/2000)²⁴, que, dentre algumas modificações no texto da Constituição, pretende inserir a chamada súmula de efeito vinculante no ordenamento jurídico nacional.

Quer, pois, o projeto, fazer com que as decisões sumuladas, vale dizer, questões de direito que tenham sido julgadas diversas vezes da mesma forma, sejam obedecidas pelas jurisdições inferiores, vinculando os magistrados aos precedentes jurisprudenciais superiores. Este movimento representa, ainda que de maneira criticável, uma verdadeira pitada de *commonlawlização* no direito nacional, pois institui algo similar ao propósito do *stare decisis*. Contudo, se há, de um lado, o saudável desejo de prestigiamto das decisões judiciais dos tribunais superiores, aos efeitos de oferecer segurança jurídica ao cidadão que passa a desfrutar de um Judiciário mais previsível, há também, de outro, a grave preocupação, nos termos em que está posto o projeto, de limitar a capacidade criativa do juízo sujeito à vinculação, circunstância, hoje, intolerável, eis que aquela se constitui também na concepção mais moderna do sistema romano-germânico brasileiro em legítima fonte de direito. Quiçá, o temperamento necessário esteja, na exata fórmula *stare decisis* da *common law*, ou seja, o juízo superior disciplina a matéria, mas ao juízo da causa caberá estabelecer a identificação entre esta (a causa) e aquela (a súmula) aos efeitos de reconhecer ou não a incidência de efeito vinculante, pela via do exame analítico entre os casos, praticando exatamente a atividade de joeiramento presente no *distinguish*.

omnes; se posta em causa a constitucionalidade de lei ou ato, em concreto, a decisão faz coisa julgada material *inter partes* e, finalmente, se posta em causa inconstitucionalidade em concreto, pela via incidente, não há que se falar de coisa julgada material, eis que o vício é apenas fundamento e não objeto da decisão.

²⁴ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores poderão, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, sujeitos à sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. §1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. §2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Tribunal que a houver editado, o qual julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou

Contudo, para efeitos e propósitos do presente ensaio parece inegável a identificação de um movimento claro de reconhecimento da necessidade de atribuir-se, nesta quadra da história, ao menos a certas decisões judiciais, um prestígio superlativo e, nesta medida, passa a existir clara identificação com o propósito da doutrina do *stare decisis*, cujo seu assento principal está - exatamente - no necessário prestigiamento das decisões judiciais. Isto decorre de vários fatores e dentre esses, *máxima vênia*, inclui-se a facilidade de acessos a outras culturas, via globalização, ou seja, a facilidade de comunicação facilitou o diálogo entre famílias jurídicas distintas e, por decorrência, intensificou aquilo que denominamos *commonlawlização* do direito nacional, pois conseqüência das experiências colhidas junto a *common law*.

5. STARE DECISIS E RES IUDICATA.

5.1 Função formativa da coisa julgada na *common law*.

Stare decisis e *res iudicata* em momento algum podem ser confundidos, eis que institutos diversos, sendo, em realidade, esta base para formação daquele. Assim, oportuno que sejam dedicadas algumas linhas à dessemelhança entre os institutos jurídicos.

Nesta senda, cumpre esclarecer que coisa julgada nos países que adotam a orientação da *common law* assume funções de maior projeção do que aquelas que desempenha nos países de tradição romano-germânica. Na *common law*, o caso julgado, ao ser reconhecido como precedente, tem o efeito de também vincular às próximas decisões, isto é, a decisão tomada no caso concreto além de fazer lei entre as partes, tem o condão de vincular as soluções dos conflitos subseqüentes, uma vez presente a identidade jurídica entre estes. Já, no sistema romano-germânico, como sabido, as decisões judiciais têm apenas a função de fazer lei entre as partes envolvidas não interferindo na solução de outras demandas, com partes diversas²⁵.

cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

²⁵ Idéia básica que leva por suporte os chamados conflitos individuais, na medida em que nos conflitos coletivos a coisa julgada poderá adquirir projeção *ultra partes e erga omnes*, aí sim se aproximando dos propósitos presentes na *common law*, vez que regula a situação jurídica de pessoas que não integraram relação jurídica processual. A verdade é que quando à coisa julgada no direito nacional se outorga eficácia *erga omnes* e *ultra partes*, pode ser identificada

Os limites diversos de projeção de uma e outra, basicamente, residem no papel basilar que desempenham num e noutro sistema. Na *common law*, como sabido, a jurisprudência é fonte primeira do direito²⁶, enquanto que na *civil law* – família romano-germânica – a jurisprudência encontra-se - modo ortodoxo - abaixo da lei, esta sim fonte principal de direito.

A Coisa julgada, portanto, nos países da *common law* representa, sob uma perspectiva mais ampla, os efeitos de uma decisão judicial sobre todos os litígios subseqüentes²⁷, não apenas como referência, mas com força de fonte do direito apta a regular o novo caso concreto.

O instituto da coisa julgada, segundo CASAD E CLERMONT, desempenha “um papel essencial para a operação judicial”. Na lição dos referidos professores, “se um litigante pode simplesmente reabrir seus litígios já decididos, não existiria fim para estes, nem nenhum começo de autoridade. Não é apenas uma eficiente medida, é sim uma condição para a existência do judiciário”²⁸.

Nesta linha, pode ser identificada como principal dessemelhança entre os institutos do *stare decisis* e a coisa julgada da *civil law*, a circunstância de que àquele possui força superlativa no sistema da *common law*, gerando um precedente apto a sustentar a formação do direito para casos futuros, uma vez presente a identidade de situação jurídica, ao passo que a coisa julgada da família romano-germânica limita-se a estabilizar a lide entre as partes litigantes, gerando apenas uma referência comportamental para futuros casos.

uma similitude de propósitos entre ambos, qual seja: a idéia de paridade de tratamento àqueles que desfrutam da mesma situação jurídica

²⁶ A respeito do tema, é o escólio de CASAD e CLERMONT: “*Res judicata is a classic common law doctrine. First, responding to felt needs, every legal system has produced a body of res judicata law. The doctrine of res judicata is a principle of universal jurisprudence forming part of the legal systems of all civilized nations*”.

²⁷ CASAD, Robert C. e CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice*. Durham: Caroline Academic Press, 2001, p. 3. Os autores, no mesmo sentido, afirmam que “*At a mundane level, res judicata specifies the effect that any adjudication has on all subsequent litigation*”.

²⁸ CASAD e CLERMONT. *Op. Cit.*, p. 4. Esta é a tradução livre da seguinte passagem da obra citada: “*If disputants could just reopen their adjudicated disputes, there would be no end to litigation, nor any beginning of authority. Finality is not just an efficient policy, it is a necessary condition for the existence of a judiciary*”.

5.2 Desdobramentos da idéia de coisa julgada na *common law* americana.

Na tentativa de sistematizar o estudo da coisa julgada, a doutrina norte-americana tem produzido significativos trabalhos. O Instituto de Direito Americano – *American Law Institute* – adotou, para facilitar a compreensão do tema, uma nova terminologia que divide o termo *res iudicata* em duas dimensões: *claim preclusion* e *issue preclusion*²⁹. Na primeira, aborda-se o problema relativo à rediscussão de uma demanda já julgada, de modo que toda a segunda ação é inviável. Já *issue preclusion* refere-se à rediscussão de assuntos específicos e não propriamente de trazer novamente a demanda já decidida por completo. Neste caso, portanto, a preclusão cinge-se a assunto individualmente considerado.

A premissa da incidência *res iudicata* na *common law* sinaliza, tal qual a idéia universal do tema, que a parte, em regra, não pode trazer novamente a demanda que já foi decidida por um julgamento final e válido³⁰. O julgamento extingue a demanda por completo, fazendo precluir todas as questões pertinentes ao caso que foram ou poderiam ter sido trazidas ao conhecimento do Judiciário através da petição inicial³¹. Estas premissas dizem respeito à doutrina da *claim preclusion*³².

CASAD e CLERMONT dividem *claim preclusion* em *merge* e *bar*. Para os professores, *merge* ocorre se o julgamento na demanda foi em favor do autor. O demandante não pode trazer uma segunda ação na esperança de ganhar um julgamento ainda mais favorável. Todavia, o autor pode buscar reforçar o que já havia sido concedido, por via recursal. De outro lado, o réu não pode acrescentar defesas que foram ou que podiam ter sido argüidas no momento oportuno, uma vez que se não apresentadas estão preclusas.

²⁹ A nova tese defendida pelo *American Law Institute* vem ganhando adeptos, como ALLAN VESTAL e atualmente até a Suprema Corte dos Estados Unidos (*Baker v. General Motors Corp.*, 522 U.S. 222, 233 & n.5 (1998)).

³⁰ Considera-se julgamento válido aquele que deve possuir qualidade suficiente para resistir ao ataque na forma de uma demanda. Um julgamento somente será considerado válido se satisfizer os requisitos de competência em razão da pessoa e do lugar. Por julgamento final entende-se aquele que deu a última palavra em matéria de fato e/ou de direito (CASAD e CLERMONT, *op. cit.*, p. 49 e 50).

³¹ Aqui nota-se semelhança com o instituto jurídico da eficácia preclusiva da coisa julgada material, consagrado no ordenamento pátrio no artigo 474, CPC, vez que consideram-se julgadas implicitamente todas as questões e defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento, quanto a rejeição do pedido.

³² *Idem*, p. 11, 61 e ss. Na tentativa de fazer uma comparação com a estrutura da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro, poder-se-ia dizer que *claim preclusion* seria comparável à coisa julgada material.



Se a demanda, entretanto, é julgada em favor do réu (*bar*), o pedido do autor é considerado obstruído pelo julgamento. Neste caso, o autor não pode trazer uma segunda ação no intuito de obter êxito.

No tocante a *issue preclusion*, pode-se afirmar que independentemente de qual seja a parte vitoriosa, o demandante, em regra, não pode litigar novamente qualquer questão de fato e de direito que efetivamente foi apreciada, se houve um julgamento final e válido. Tal doutrina subdivide-se em *direct estoppel* e *collateral estoppel*. Poder-se dizer que a *direct estoppel* é, verdadeiramente, a preclusão do assunto debatido novamente na mesma ação. No entanto, considera-se tal instituto em desuso, pois a matéria já estaria superada por conta da *claim preclusion*. Já a *collateral estoppel*, comumente confundida com a *res judicata*, refere-se a preclusão aplicável a uma tentativa de rediscutir matéria específica (não se trata de toda a demanda) já julgada em ação antecedente.

5.3 Observações conclusivas

A doutrina do precedente vinculante ou *stare decisis*, como é largamente difundida na *common law*, pode até mesmo em algum momento guardar alguma semelhança de propósito com a *res judicata*.³³ No entanto, difere desta com relação ao modo e ao alcance quanto aos casos futuros. Para os professores norte-americanos CASAD e CLERMONT, p. ex., *stare decisis*, como anteriormente já registrado, “significa que um Tribunal irá estar sujeito pelas suas próprias decisões e pelas decisões tomadas por Cortes superiores. Estar sujeito significa decidir uma questão específica de direito no mesmo sentido em cada caso que apresentar questão semelhante”³⁴.

³³ Quando posto em causa direitos que vão para além dos direitos individuais, percebe-se o propósito, ao menos no sistema brasileiro, de assegurar paridade de tratamento a pessoas que desfrutem da mesma situação jurídica. Esta circunstância, faz assemelhar propósitos dos institutos da coisa julgada e do precedente vinculante no que diz respeito aos efeitos.

³⁴ No original: “Basically *stare decisis* means that a court will stand by its decisions and by those of a higher court in a given judicial hierarchy. Standing by a decision means deciding a particular question of law the same way in each case that presents the question and, moreover, deciding so without serious reconsideration”. *Op. cit.*, p. 13.

Aponta, de sua parte, GUIDO SOARES, que “*stare decisis* é o que sobrou da expressão latina ‘*stare decisis et non quieta movere*’; ao pé da letra: ‘que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões judiciais’ ”³⁵.

Em face do instituto *stare decisis*, as decisões do mesmo Tribunal ou de cortes hierarquicamente inferiores estão vinculadas às decisões previamente firmadas seja através de interpretação da Constituição (no caso dos países que a possuem), seja por meio de interpretação de leis, assim como decisões declarando regras da *common law*³⁶.

Todavia, a doutrina dos precedentes vinculantes tem, como visto, limites, vez que a regra é aplicada somente àqueles casos que realmente se enquadram na moldura já constante de repertório de jurisprudência catalogada³⁷. Os julgados, aos efeitos de fixar precedentes, farão declaração do direito ou do significado do direito.

Sintetizando, a *stare decisis* tende a dar estabilidade ao direito, na medida em que as questões de direito resolvidas pelas Cortes serão, modo ordinário, seguidas nos casos futuros ao passo que a coisa julgada tem por fito básico dar estabilidade a relação concreta que se tornou, por esta ou aquela razão, controvertida.

Resumindo, pois, o *stare decisis* é da essência da *common law* e sua idéia matriz é a de dar estabilidade ao direito, provendo que a jurisprudência nas mesmas questões legais será, em regra, seguida pela mesma corte e por qualquer outra de hierarquia inferior, em qualquer caso futuro que apresente fatos e direito idênticos.

³⁵ SOARES, Guido. *Op. Cit.*, p. 35.

³⁶ CASAD e CLERMONT, ao argumentarem em favor sistemática da *common law*, elencaram os seguintes pontos positivos: “*First, in deciding cases, courts must decide legal questions. Within the same jurisdiction, the law should give but one answer to a given legal question. To develop a law uniform over time and throughout the judicial system, courts must bow to a prior resolution. Second, even-handed and predictable justice means that like cases must be decided alike, regardless of who the parties involved may be. Third, if the practice were otherwise, prediction and planning in primary private ordering would be difficult. Fourth, stare decisis results in the appearance of reasoned, consistent, and impersonal opinions, which increases public support for the judiciary. Fifth, besides serving to unify the law, to foster even-handed and predicatable justice, to facilitate private prediction and planning, and to augment public support, the existence of the doctrine of stare decisis improves the quality of judicial performance itself in a number of ways*”.

³⁷ Neste particular é ilustrativa a lição de René David quando dá notícia sobre a forma de publicação dos precedentes: “Esta publicação está sujeita a uma certa seleção: 75% dos acórdão da Câmara dos Lordes, 25% dos acórdãos do *Court of Appeal* e unicamente 10% das decisões do *High Court of Justice* são publicados. Torna-se



assim possível eliminar um grande número de decisões que não são dignas de se considerarem como precedentes. Evita-se, por outro lado, que os juristas inglesas sejam submersos pela avalanche de precedentes”. *Op. Cit.*, p. 344.