

FERNANDA ANTUNES MARQUES JUNQUEIRA

**A FORÇA PRECEDENCIAL DOS ACÓRDÃOS
FRACIONÁRIOS NA ORDEM PROCESSUAL
TRABALHISTA:
DILEMAS E PERSPECTIVAS**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. DR. ESTÊVÃO MALLET

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo/SP
2022**

FERNANDA ANTUNES MARQUES JUNQUEIRA

**A FORÇA PRECEDENCIAL DOS ACÓRDÃOS
FRACIONÁRIOS NA ORDEM PROCESSUAL
TRABALHISTA:
DILEMAS E PERSPECTIVAS**

Tese de doutoramento apresentada à Banca Examinadora de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e Processual Contemporâneo, sob a orientação do Prof. Dr. Estêvão Mallet.

Versão corrigida.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo/SP
2022**

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Tese intitulada “*A força precedencial dos acórdãos fracionários na ordem processual trabalhista: dilemas e perspectivas*”, de autoria da doutoranda Fernanda Antunes Marques Junqueira, avaliada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Estêvão Mallet – Orientador

Prof. Dr. Luciano Martinez

Prof. Dr. Eduardo Adamovich

Prof. Dr. Augusto César Leite de Carvalho

Prof. Dr. Homero Batista

São Paulo, 02 de maio de 2022.

*Para André, amado esposo e melhor amigo e
para meu filho, Theo, luz de minha estrada.*

“Law never is, but is always about to be”.

BENJAMIN CARDOZO

*“What land is that where there are men,
With noble blood in every vein,
With heads most wise and noble mein,
Whose hearts all fraud and guile condemn;
Who charitably would explain
The Constitution unto men,
And spare the toil of thought to them?”*

POET'S CORNER

AGRADECIMENTOS

William Shakespeare afirmava ser a gratidão o único tesouro dos humildes. Sábia constatação, a considerar que “nenhum homem é uma ilha isolada”¹, suficiente em si mesmo.

Ao longo de minha seleção e do curso de doutoramento, deparei-me com pessoas que guardam seus nomes grafados em cada linha e parágrafo. Não conseguirei nominar todos, mas, de modo breve, externo minha gratidão aos anjos sem asas que me acompanharam nessa jornada.

Em primeiro lugar, minha gratidão à Deus pelo dom da vida. Ao conceder-me o milagre da existência material, possibilitou-me enveredar pelos caminhos da academia e, nas linhas ditas e não ditas, minha singela retribuição.

À minha família, André e Theo, pelo apoio e inigualável compreensão. Enquanto me via ausente por semanas a fio, na longínqua cidade de São Paulo, tinha a certeza de que aguardavam ansiosamente pela minha chegada, sempre com doces sorrisos e apertados abraços.

Aos meus pais, Kenderson e Maria Tereza, a quem devo a minha formação, enquanto ser humano e enquanto profissional, resultado da altruísta abnegação.

Às minhas irmãs, Fabiana e Luciana, por alegrarem-se comigo em cada conquista e por dividirem meu pranto nas batalhas vencidas.

À minha amada afilhada, Gabriela, pelo compartilhamento de seu espaço ao tempo de minha estada em São Paulo.

Ao estimado e amigo Professor Estêvão Mallet, pela lhanza e incontestável sabedoria, a demonstrar que, mesmo sendo incomparavelmente grande, mais vale a humildade, fundamento e base de todas as demais virtudes.

Ao querido amigo Flávio da Costa Higa, pelo companheirismo e genuína amizade, por quem guardo profunda admiração.

Ao querido amigo Marcus Onodera, pela amizade e por ter sido a ponte a conduzir-me a mundos distantes.

Ao estimado Judge Peter Messitte, pela confiança em mim depositada, a abraçar-me em terras forasteiras e conceder-me a oportunidade de estagiar perante a *U. S. District Court of Maryland*.

¹ DONNE, John. *Devotions upon Emergent Occasions*. [S.l., s.n], 1624. Disponível em: <<http://triggs.djvu.org/djvu-editions.com/DONNE/DEVOTIONS/Download.pdf>>. Acesso em: 5 de out. de 2021.

À *American University Washington College of Law*, pela oportunidade de aprendizado, possibilitando a imersão na cultura jurídica de *common law* na condição de *visiting researcher*.

À Desembargadora Maria Cesarineide, pelo incentivo e especial candura.

Ao Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quarta Região, pelo apoio materializado na concessão de meu licenciamento, confiante no propósito de que os frutos serão revertidos em benefício da sociedade pelo aprimoramento da prestação jurisdicional.

Aos Professores e Professoras da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelo ato de compartilhar conhecimento, na esperança de tornar-me uma centelha ética no projeto de humanidade que se auspícia deixar para as presentes e futuras gerações.

Aos amigos e amigas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com quem pude dividir as angústias e alegrias dessa incrível e única experiência.

Muito obrigada!

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 resgatou, entre tantos outros aspectos, como vetor axiológico, a necessidade de o Poder Judiciário tratar de forma isonômica casos análogos, conferindo maior legitimidade às decisões judiciais e imprimindo ao sistema jurídico maior racionalidade, em atenção aos princípios da coerência, da estabilidade e da segurança jurídica. Assim o fez adotando, expressamente, o sistema de precedentes, numa clara tentativa de aproximação com as balizas orientadoras dos países de tradição de *common law*. Aparece, em destaque, o art. 927, concebido como o cânone da doutrina precedencial brasileira. Pese a catalogação das decisões com aptidão precedencial, a disposição normativa não encerra *numerus clausus*. Se exemplificativo o rol enumerado, toda e qualquer decisão pode se tornar um precedente, a despeito dos diferentes graus de vinculação e persuasão. À semelhança do que ocorre na ordem jurídica estadunidense, onde sedimentada a doutrina de *stare decisis* e cujas bases serviram de inspiração ao modelo adotado pelo Brasil, a decisão pronunciada, monocrática ou colegiamente, carrega, em si, aptidão precedencial. Sempre que similares as circunstâncias e situações fáticas, o resultado jurídico deve ser o mesmo, se se espera e confia em uma atividade jurisdicional estável, legítima e justa. Aludido construto impõe, por corolário, uma conclusão: os acórdãos fracionários podem se qualificar como precedentes e, nessa condição, vincular o próprio tribunal, na dimensão horizontal e os demais juízes, na dimensão vertical. A *praxis* dos países de *common law* apontam para essa direção. Nos Estados Unidos, as decisões proferidas pelos tribunais intermediários têm o condão de vincular os painéis julgadores subsequentes, quando análogas as premissas fáticas. O mesmo se constata na Inglaterra, Escócia, Canadá e Austrália. Nesse ponto, à propósito, se acha o objeto central da pesquisa científica, a propor um diálogo com os demais sistemas jurídicos do globo com vistas a aprimorar a ordem processual brasileira. Propõe-se, portanto, a aplicação da dimensão horizontal da doutrina de *stare decisis* pelos tribunais intermediários brasileiros, à luz da cláusula geral consubstanciada no art. 926 do CPC/2015. Em seus termos conclusivos, sugere a criação de um incidente de uniformização, espelhado na experiência estadunidense, a ter em mira a expectativa ética do projeto constitucional de consolidação de uma ordem jurídica íntegra, coesa e justa.

SUMMARY

The 2015 Code of Civil Procedure rescued, among many other aspects, as an axiological vector, the need for the Judiciary to treat similar cases on an equal basis, giving greater legitimacy to judicial decisions and giving the legal system greater rationality, in accordance with the principles of consistency, stability and legal certainty. It did so by expressly adopting the system of precedents, in a clear attempt to bring it closer to the guiding principles of countries with a common law tradition. The article 927, conceived as the canon of the precedent Brazilian doctrine, appears in prominence. Despite the cataloging of decisions that qualifies as precedents, the normative disposition does not contain *numerus clausus*. If the enumerated list is an example, any decision can become a precedent, despite the different degrees of binding and persuasion. Similar to what happens in the US legal system, where the doctrine of *stare decisis* was established and whose bases served as inspiration to the model adopted by Brazil, the opinion, whether monocratic or collegially, carries, in itself, precedent aptitude. Whenever the circumstances and factual situations are similar, the legal result must be the same, if it is expected and relied on a stable, legitimate and fair jurisdictional role. The aforementioned construct imposes, as a corollary, a conclusion: panel judgments can qualify as precedents and, in this condition, bind the court itself, in the horizontal dimension, and the other judges, in the vertical dimension. The *praxis* of common law countries points in this direction. In the United States, decisions rendered by intermediary courts have the power to bind subsequent judges, when analogous to the factual premises. The same is true in England, Scotland, Canada and Australia. That is, by the way, the central object of the scientific research, proposing a dialogue with other legal systems around the world so as to improve the Brazilian procedural order. Therefore, the application of the horizontal dimension of the *stare decisis* doctrine by Brazilian intermediate courts is proposed, in light of the general clause embodied in article 926 of CPC/2015. In its conclusive terms, it suggests the creation of an incident of standardization, mirrored in the US experience, aiming at the ethical expectation of the constitutional project to consolidate a cohesive and fair legal order.

ASTRATTO

Il Codice di procedura civile del 2015 ha riscattato, tra molti altri aspetti, come vettore assiologico, la necessità per la Magistratura di trattare in modo paritario casi analoghi, conferendo maggiore legittimità alle decisioni giudiziarie e conferendo maggiore razionalità all'ordinamento giuridico, in ossequio alla principi di coerenza, stabilità e certezza del diritto. Lo ha fatto adottando espressamente il sistema dei precedenti, nel chiaro tentativo di avvicinarlo ai principi guida dei paesi di tradizione di *common law*. Appare in risalto l'articolo 927, concepito come canone della precedente dottrina brasiliana. Nonostante la catalogazione delle decisioni con attitudine precedente, la disposizione normativa non contiene il *numerus clausus*. Se l'elenco enumerato è un esempio, qualsiasi decisione può diventare un precedente, nonostante i diversi gradi di attaccamento e persuasione. Analogamente a quanto avviene nell'ordinamento statunitense, dove si è affermata la dottrina dello *stare decisis* e le cui basi hanno ispirato il modello adottato dal Brasile, la decisione pronunciata, monocratica o collegiale, porta, di per sé, attitudine precedente. Qualora le circostanze e le situazioni di fatto siano simili, il risultato giuridico deve essere lo stesso, se ci si aspetta e si fa affidamento su un'attività giurisdizionale stabile, legittima e giusta. Il suddetto costruito impone, come corollario, una conclusione: le sentenze frazionarie possono qualificarsi come precedenti e, in questa condizione, collegare il tribunale stesso, nella dimensione orizzontale, e gli altri giudici, nella dimensione verticale. La prassi dei paesi di *common law* va in questa direzione. Negli Stati Uniti, le decisioni rese da tribunali intermedi hanno il potere di vincolare i giudici successivi, quando analoghe alle premesse di fatto. Lo stesso vale in Inghilterra, Scozia, Canada e Australia. A questo punto, tra l'altro, si trova l'oggetto centrale della ricerca scientifica, proponendo un dialogo con altri ordinamenti giuridici di tutto il mondo al fine di migliorare l'ordinamento procedurale brasiliano. Si propone, pertanto, l'applicazione della dimensione orizzontale della dottrina dello *stare decisis* da parte dei tribunali intermedi brasiliani, alla luce della clausola generale contenuta nell'articolo 926 del CPC/2015. Nei suoi termini lusivi, suggerisce la creazione di un incidente di standardizzazione, rispecchiato nell'esperienza statunitense, che mira all'aspettativa etica del progetto costituzionale di consolidare un ordinamento giuridico integrale, coeso e giusto.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR	Agravo Regimental
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CPC/1939	Código de Processo Civil de 1939
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CR/1988	Constituição da República de 1988
CLSA	<i>Courts and Legal Services Act</i>
EC	Emenda Constitucional
EResp	Embargos de Divergência no Recurso Especial
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
IPCA-E	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial
MC	Medida Cautelar
Rcl	Reclamação
RPV	Requisição de pequeno valor
SDC	Seção Especializada de Dissídios Coletivos
SDI	Seção Especializada de Dissídios Individuais
STF	Supremo Tribunal Federal
BVerfGG	Tribunal Constitucional Federal alemão
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. O SISTEMA DE PRECEDENTES NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO DE COMMON LAW	20
1.1. A doutrina das fontes do direito	20
1.1.1. Os precedentes como fonte do direito: evolução no tempo	22
1.2. Apontamentos históricos: do sistema de <i>common law</i> à doutrina de <i>stare decisis</i>	26
1.2.1. O positivismo jurídico e sua relação com a doutrina de <i>stare decisis</i> ...	33
1.3. A consolidação da doutrina de <i>stare decisis</i> em solo estadunidense	38
2. PRECEDENTE EM UMA PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA: CONCEITO E MÉTODOS	41
2.1. Noções conceituais	41
2.1.1. A <i>ratio decidendi</i> e o <i>obiter dictum</i>	47
2.1.1.1. O <i>obiter dictum</i>	47
2.1.1.2. A <i>ratio decidendi</i>	52
2.2. Os métodos de extração da <i>ratio decidendi</i>	54
2.2.1. Wambaugh e o teste de inversão	55
2.2.2. Oliphant e seu realismo jurídico	57
2.2.3. Goodhart e a distinção entre fatos materiais e imateriais	60
2.2.4. MacCormick e sua teoria sobre a identificação da <i>ratio decidendi</i>	67
2.2.5. A relevância dos fatos na identificação da <i>ratio decidendi</i>	67
2.2.6. Afinal, há um único método válido de extração da <i>ratio decidendi</i> ?	69
3. O LEGADO LUSITANO E SUA INFLUÊNCIA NA CONFORMAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIROS	73
3.1. A influência portuguesa na construção conceitual do sistema de precedentes brasileiro: a figura dos assentos	73
3.1.1. A recepção dos assentos pela ordem processual brasileira	77
3.2. As súmulas e os assentos portugueses: qualquer comparação não é mera coincidência	78
3.3. Os precedentes e o risco da pureza de sentidos	83
4. A FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA COMO GARANTIA DA INTEGRIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES	86
4.1. A fundamentação das decisões nas perspectivas do processo civil brasileiro e comparado	86
4.1.1. Breves considerações evolutivas.....	86
4.1.2. Funções do dever de motivação: uma análise à luz do art. 489 do CPC/2015	90
4.2. A importância da fundamentação para a determinação da <i>ratio decidendi</i> em Cross e Harris	93

4.2.1.	A vinculatividade dos fundamentos e sua relevância no processo hermenêutico de compreensão do sistema de precedentes.....	94
4.2.2.	Os motivos determinantes e a <i>ratio decidendi</i>	102
5.	A EXPERIÊNCIA NOMOFILÁQUICA DAS CORTES DE <i>COMMON LAW</i>: REINO UNIDO, ESCÓCIA, AUSTRÁLIA E CANADÁ.....	104
5.1.	Breve panorama do dever de nomofilaquia pelas cortes judiciais	104
5.2.	A estrutura judiciária do Reino Unido	107
5.2.1.A	<i>High Court of Justice</i> e o dever nomofiláquico da instância revisora.....	109
5.2.2.A	Corte de Apelação Britânica.....	110
5.2.3.A	Suprema Corte do Reino Unido: um tributo ao dever nomofiláquico	114
5.3.	A estrutura judiciária escocesa: história e organização	117
5.3.1.	A <i>Court of Session</i>	120
5.4.	A organização judiciária federal australiana: gênese e estrutura.....	122
5.4.1.	A <i>High Court of Australia</i>	125
5.4.2.	A Corte Federal da Austrália	128
5.5.	O sistema de justiça do Canadá: história e organização.....	130
5.5.1.	As <i>Superior Courts</i>: uma excentricidade particular da ordem jurídica canadense.....	132
5.5.2.	Sobre as Cortes de Apelação canadenses	135
5.5.3.	A Suprema Corte do Canadá.....	139
6.	AS CORTES INTERMEDIÁRIAS ESTADUNIDENSES E A FUNÇÃO NOMOFILÁQUICA PELA VIA PRECEDENCIAL	142
6.1.	As Cortes de Apelação Estadunidenses: organização e constituição...142	
6.1.1.	Sobre as Cortes Federais de Apelação	142
6.1.2.	Sobre as Cortes Estaduais de Apelação.....	145
6.2.	Efeito horizontal da doutrina de <i>stare decisis</i> no âmbito dos Circuitos Federais de Apelação Estadunidenses	148
6.2.1.	Gênese e evolução: <i>law of the circuit</i>	148
6.2.1.1.	<i>Aumento substancial de demandas e magistrados</i>	151
6.2.1.2.	<i>Published e Unpublished Opinions</i>	151
6.3.	Sessão <i>en banc</i>: desafios e proposições.....	153
6.3.1.	Conceito	153
6.3.2.	O procedimento <i>en banc</i>	155
6.3.3.	Hipóteses de cabimento	157
6.3.3.1.	<i>Conflitos intracircuitos</i>	157
6.3.3.2.	<i>Questões de Excepcional Relevância (Questions of Exceptional Importance)</i>	158
6.3.4.	Conflitos intercircuitos	159
6.4.	Efeito horizontal da doutrina de <i>stare decisis</i> no âmbito das Cortes de Apelação Estaduais estadunidenses.....	160
6.5.	Conclusões preliminares	163

7. OS TRIBUNAIS BRASILEIROS E O DEVER NOMOFILÁQUICO PELA VIA PRECEDENCIAL: UMA SUGESTÃO PROPOSITIVA	164
7.1. O art. 927 do CPC/2015: rol exemplificativo ou taxativo?	164
7.2. Os acórdãos turmários e sua aptidão precedencial.....	167
7.2.1. Os Tribunais Regionais do Trabalho Brasileiros: estrutura e composição	167
7.2.2. Os acórdãos turmários e sua força vinculante: “a lei do tribunal”	169
7.3. Os conflitos intraturmas: o adeus ao incidente de uniformização de jurisprudência	172
7.4. O incidente de uniformização <i>en banc</i> (IUBanc).....	174
7.4.1. Definição do instituto	175
7.4.2. Procedimento	176
7.4.2.1. <i>Da capacidade subjetiva</i>	176
7.4.2.2. <i>Da instauração do procedimento</i>	176
7.4.2.3. <i>Do julgamento en banc</i>	177
7.5. O <i>modus</i> de introdução do incidente de uniformização <i>en banc</i> pela via regimental.....	178
7.6. Conclusões preliminares	180
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	181
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	187

INTRODUÇÃO

Existing rules and principles can give us our present location, our bearings, our latitude and longitude. The inn that shelters for the night is not the journey's end. The law, like the traveler, must be ready for the morrow. It must have a principle of growth.

BENJAMIN CARDOZO

Verter palavras em ofício é uma arte. Transformá-las em pontes de conhecimento, uma virtude. “Rasgar o tutano do verbo”² e colocá-lo em movimento é uma sinfonia. Escrever acerca das agruras do legado trágico da crise pandêmica é um desafio. Zaratustra também tinha uma missão – conhecia bem as deficiências do mundo material –, mas, ainda assim, enfastiado de sua sabedoria, como “a abelha que acumula demasiado mel”, entregou-se ao mundo dos vivos, com o objetivo de levar luz onde a escuridão reina.³ Desceu às profundezas e à uma multidão cativa despejou suas “palavras indevassáveis”.⁴ Porém, ninguém o compreendera. Teve, então, de principiar por lhes destruir os ouvidos para que aprendessem a ouvir com os olhos?⁵ Diferente dos que ali estavam, Zaratustra via mais longe; mais longe que o Tzar. Viu-se, pois, forçado a lançar uma vista de olhos às coisas próximas, às *circunvizinhas*. Reflexivo, pôs-se a dizer: “— Devo ser mais judicioso [...]. Peço, porém, o impossível; rogo, portanto, a minha altivez que me acompanhe sempre a prudência”.⁶

O Direito muito se assemelha à figura de Nietzsche. Tal como Zaratustra precisa redirecionar seu olhar para que o mundo dos vivos, deficiente e incompleto, possa lhe prestar adequada escuta. De nada adianta o lápis e seu canhenho se pouco ou nada se sabe sobre o mundo dos viventes. A partir da troca de linguagens e linhagens, passa a conhecer e ser reconhecido. Essa perene transformação acerca-o de uma imposição que pode parecer um oximoro: manter-se estável. Zaratustra suplica pela companhia da prudência. A ciência jurídica roga pela estabilidade das decisões, a gerar expectativas legítimas no mundo dos vivos.

² Expressão cunhada pela poetisa Conceição Evaristo em *Da calma e do silêncio*. Disponível em: <<https://www.revistaprosaversoarte.com/conceicao-evaristo-poemas/>>. Acesso em: 16 de jul. de 2021.

³ NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 11.

⁴ Expressão de Carlos Drummond de Andrade em *Consideração do Poema* (ANDRADE, Carlos Drummond de. *A rosa do povo*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 9).

⁵ NIETZSCHE, *op. cit.*, 2011, p. 17.

⁶ NIETZSCHE, *op. cit.*, 2011, p. 33.

Não à toa que a teoria geral do processo sempre se debruçou sobre a necessidade de se imprimir maior racionalidade ao sistema, de modo a conferir tratamento isonômico a casos idênticos, em atenção aos princípios da coerência, estabilidade, integridade das decisões e da segurança jurídica. Simultaneamente, promover o fortalecimento da legitimidade do Poder Judiciário, enquanto instituição, seja em sua dimensão endógena - porque fomenta a concertação de fundamentos entre o seu corpo de juízes -, seja em sua dimensão exógena – porque reflete a imagem de rjeza necessária para se gerar um estado de confiança entre os jurisdicionados e o respectivo órgão.

A partir dessa diagnose, foram, em diferentes épocas, introduzidos inúmeros mecanismos para se retificar as distorções do sistema *weberiano* de processo, mais apegado à forma que à essência. Não sem razão, na medida em que o direito processual – porque não se acha *in res natura* – constitui-se como produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura. Por consequência, reflete os aspectos políticos, sociais, culturais e os estratagemas de poder de determinada sociedade, com notas específicas de cada tempo e espaço.

Em um primeiro momento, o processo foi concebido como um desdobramento do direito material, cuja existência era condicionada à procedência do pedido.⁷ Com o desenvolvimento de formas racionais de organização social e de pensamento – imbuído das promessas de libertação das irracionalidades do mito, da religião, da superstição –, o processo passou a ser apreendido como ciência e, nessa condição, autônomo, estando sua existência desvinculada do direito material conflituoso.⁸ O Código de Processo Civil de 1973 – CPC/1973 refletiu bem esse espírito, apresentando-se como um verdadeiro monumento à concepção científica do direito processual. Esse cientificismo narcísico, aliás, foi a nota de regência da crise do saber instrumental, apoiado estritamente no *logos poiético*, sendo a ciência processual, tal como estruturada, diminuta para abarcar a complexidade do mundo fenomenológico, dinâmico e vivaz por excelência. Mais complexa a sociedade, mais intrincados os conflitos, os quais, em princípio, de contornos atomizados, ganharam dimensões moleculares. Alijado na sua essência, o Código de Processo Civil de 1973 – CPC/1973 – foi arrebatado por inúmeras

⁷ “Logo, não há ação sem direito, nem direito sem ação. E a ação segue a natureza do direito” (CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 268).

⁸ WACH, Adolf. *La pretension de declaracion: un aporte a la teoria de la pretension de proteccion del derecho*. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1962. Sugere-se, ainda: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

alterações legislativas, todas com vistas a garantir a aproximação da ciência processual e do direito material, vendo-se na primeira o instrumento necessário e útil para se garantir a concreção deste último. Sem perder a sua autonomia, o processo passou a ser concebido como mecanismo de salvaguarda dos direitos fundamentais, dentro de um espaço técnico, coordenado, dialógico e democrático.⁹

Tantas foram as alterações legislativas que a unidade codicista de 1973 se perdera, assemelhando-se a um conjunto de fragmentos, os quais não mantinham sintonia tampouco conexão. O ambiente, desde então, era propício à estruturação de um novo alicerce científico, a culminar na edição do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015. Logo de partida, sintetiza a batuta de regência de sua estruturação, a prestigiar o princípio da segurança jurídica, de veste constitucional, “pois que se hospeda dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas”.¹⁰ Introduce, dessa feita, o sistema de precedentes, a fomentar o estreitamento de laços com os países de *common law*, como *standard* de racionalidade. O art. 926 fixa a medida dessa irmandade, ao dispor que “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” De igual forma e por ocasião de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal – STF, o MINISTRO LUIZ FUX enfatizou esse dever geral, como medida de gerenciamento dos processos e, sobretudo, como ferramenta a serviço da igualdade, da proteção à confiança e da segurança jurídica.¹¹ Todavia, pese sua relevância na atual atmosfera processual, ainda é mal compreendido e mal-empregado.

Nesse encaixe, tem a presente pesquisa três principais propósitos:

- (i) o primeiro de dissecar a cultura precedencial, sob uma perspectiva comparada, a resgatar o conceito de decisão do caso concreto;
- (ii) o segundo de estender seu campo de abrangência para outras categorias não catalogadas no rol esquadrihado pelo art. 927 do CPC/2015, concebido como o cânon normativo do sistema de precedentes da ordem processual brasileira; e

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 22.

¹⁰ Exposição de motivos do CPC/2015.

¹¹ FUX, Luiz. *Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: [s.n.], 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>>. Acesso em: 27 de jan. de 2021.

- (iii) o terceiro, talvez o mais controvertido, de sugerir a aplicação da dimensão horizontal da doutrina de *stare decisis* pelos tribunais intermediários brasileiros (segundo a experiência estadunidense), como desdobramento da função nomofiláquica pela via precedencial.

Para isso, no primeiro capítulo, dedica especial atenção ao processo histórico de conformação da doutrina de *stare decisis* nos países de tradição de *common law*, cujo resgate é essencial para a compreensão do precedente, como fonte de direito, produzida pelos tribunais, e cujas balizas podem servir de inspiração para uma adequada recepção da cultura precedencial, mais próxima possível de seu rizoma de origem.

A partir do segundo capítulo, perscruta extrair o conceito de precedente, em sua significação *in natura*, como decisão do caso concreto, a ter, no seu núcleo normativo, a força de universalização, sempre que similares circunstâncias fáticas se fizerem presentes. Analisa, desse modo, amiúde, os elementos integradores do precedente, como a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* e os métodos cimentados pelos bancos acadêmicos – sequiosos em criar critérios objetivos de identificação do núcleo normativo, mas cujo empenho restou obstado pela dificuldade de parametrização. A resposta ainda está guardada na fundamentação, pese embora com ela não se confunda.

Como contraponto, no terceiro capítulo, apresenta a definição conceitual de precedente costurada pela ordem processual brasileira – muito em razão da forte influência da cultura jurídica lusitana, a remeter o leitor, ainda que de passagem, ao tempo dos assentos, com alto poder de abstração e de efeitos *erga omnes*. Tais e quais os assentos, os precedentes são concebidos como prescrições normativas abstratas, de cumprimento geral e obrigatório, a perder, por corolário, o elo que o aproximava de sua raiz estrangeira. O distanciamento é reforçado pelo catálogo inserto no art. 927 do CPC/2015, de modo que a lei diz o que é precedente – e não a decisão em si, independentemente da posição hierárquica do órgão prolator.

Escoimada a inferência fetichista de que o precedente se equipara, em tudo, a prescrições normativas, abstratas e gerais, traz o quarto capítulo a importância da fundamentação para a extração da *ratio decidendi*, em um processo heurístico-comparativo entre a decisão pretérita e o caso presente.

Já no quinto capítulo, investiga a função nomofiláquica dos tribunais de *common law*, tendo como referência o Reino Unido, a Escócia, a Austrália e o Canadá,

todos com raízes coloniais comuns, preservadas, claro, as significativas particularidades associadas ao processo evolutivo de cada nação. O panorama comparativo que se desenvolve serve de subsídio para identificar a importância do sistema de precedentes e como ele se conforma na estatura intermediária da organização judiciária, tanto no seu aspecto vertical, quanto em sua dimensão horizontal.

Em seguida, no sexto capítulo, a análise se volta aos tribunais de apelação estadunidenses – os quais têm em mira a garantia da integridade da doutrina de *stare decisis*, a resolver grande parte das ações ajuizadas. A Suprema Corte estadunidense, pelo número reduzido de processos que avoca, não tem o poder de fomentar, isoladamente, a cultura precedencial. Os tribunais, do contrário, são o protagonista por excelência na conformação do sistema de precedentes. Isso significa que as decisões proferidas pelos painéis, federais e estaduais, têm aptidão precedencial a vincular o painel seguinte, sempre que haja identidade ou similitude fática.

Aludido construto teórico representa um modelo que pode ser adotado pela ordem processual brasileira e, por conta dessa necessária interface, imiscui o sétimo capítulo no dever outorgado pelo art. 926 do CPC/2015 aos tribunais, com vistas a imprimir aptidão precedencial aos acórdãos fracionários, semelhante ao que sucede no país de tradição de *common law*. Conclui por criar um procedimento simples de uniformização de jurisprudência – *incidente de uniformização en banc* – sem perder o elo conceitual de precedente como decisão do caso concreto.

Não são, que fique claro, sugestões prontas e cerradas. “O solo é ainda bastante rico, mas será pobre, e nele já não poderá medrar árvore alta”.¹² Antes do perecimento, há possibilidade de criação e expansão da doutrina de observância compulsória dos precedentes. Ao descer às profundezas do mundo dos vivos, teve início a história de Zaratustra. Ao fomentar novos mecanismos de compreensão do sistema de *stare decisis*, a escachar seu campo de visão, tem início a história desse texto, que desce das montanhas, para resgatar o que se perdera com o cientificismo desvairado.

Aderência ao precedente deve ser a regra e não a exceção se se espera que haja confiança no sistema de justiça. Definitivamente, não é uma empreitada fácil. Mas é justamente este o desafio a que se propõe o trabalho: fornecer alguns subsídios para auxiliar o Poder Judiciário na conformação da cultura precedencial. Se, em certo tempo, afirmava-se que o juiz “ne peut intervenir que par suppléer les sources formelles, mais il

¹² NIETZSCHE, *op. cit.*, 2011, p. 20.

n'a pas, dans cette mesure même, toute latitude pour créer des règles de droit",¹³ bem verdade que, na atual quadratura da ciência processual, é possível dizer que "the Law is what the Judges declare; that statutes, precedents, the opinions of learned experts, customs and morality are the sources of the Law".¹⁴

“E se um dia a prudência me abandonar – ai! Agrada-lhe tanto fugir – possa sequer a minha altivez voar com a minha loucura!”¹⁵

¹³ CHARMONT, J. *La renaissance du droit naturel*. 10^a ed. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927, p. 181). Tradução livre: “apenas pode[ria] intervir para complementar as fontes formais, mas não te[ria], nesse passo, nenhuma latitude para criar normas jurídicas”.

¹⁴ GRAY, John Chipman Gray. *The nature and sources of the Law*. Londres: Quid Pro, 1997, p. 201. Tradução livre: “o Direito é o que os juizes declaram; tais estatutos, precedentes, opiniões de especialistas, costumes e moralidade são as fontes do Direito”.

¹⁵ NIETZSCHE, *op. cit.*, 2011, p. 20.

1. O SISTEMA DE PRECEDENTES NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO DE *COMMON LAW*

The doctrine of precedent hits the golden mean between too much flexibility, and too much rigidity, for it gives to the legal system the rigidity which it must have if it is to possess a definite body of principle, and the flexibility which it must have if it is to adapt itself to the needs of a changing society.

WILLIAM HOLDSWORTH

1.1. A doutrina das fontes do direito

Em uma constante – e tão longe quanto o investigador mergulhe no passado –, onde quer que se encontre um agrupamento social, onde quer que haja coexistência humana, seja em célula de menor dimensão (tal como a unidade familiar ou uma comunidade tribal), seja em organismos mais complexos (a exemplo da entidade estatal), há sempre o fenômeno jurídico, por vezes, mais rudimentar; em outros espaços, mais evoluído. Por isso a insistência de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA em dizer que “há e sempre houve uma norma, uma regra de conduta, pautando a atuação do indivíduo, nas suas relações com os outros indivíduos”.¹⁶ Algumas intimamente ligadas às ordens religiosas, outras condensadas pelos valores morais e éticos de determinada sociedade, além daquelas gestadas pelo aparelho estatal, como agente legítimo de produção de leis.

Direito, a par de sua plurivalência semântica e das tentativas fracassadas de definição única de seu sentido, como intentaram certa feita Kant, Kelsen, Del Vecchio, Radbruch e outros pensadores filósofos, consiste no “princípio de adequação do homem à vida em sociedade”.¹⁷ Ganha a adjetivação de objetivo quando passa a ter reconhecimento pelo Estado e, nessa condição, a reger a conduta do ser humano nas suas relações com os demais seres. É, em síntese, o conjunto de normas “qui est en vigueur dans un peuple déterminé”,¹⁸ a contemplar as disposições prescritivas de qualquer espécie.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.3.

¹⁷ PEREIRA, *op. cit.*, 2009, p. 4.

¹⁸ CAPITANT, Henri. *Introduction à l'Étude du Droit Civil: notions generales*. Paris: A. Pedone, 1927, p. 8. Tradução livre: “que está em vigor num povo determinado”.

Sob esse prisma, tanto a autoridade, encarregada de velar pela observância da norma jurídica, quanto o súdito, obrigado a sua obediência, têm necessidade de conhecê-lo o teor. Sua realização, portanto, perpassa pela análise das fontes de direito.^{19 20}

A palavra fonte carrega, *a priori*, dois sentidos. A investigação científica da gênese histórica de determinado instituto jurídico ou de um sistema também recebe a denominação de fonte. O *Digesto* ou as *Institutas* revelam-se como fontes históricas das instituições civis. De outro lado, as *Ordenações do Reino*, com destaque para as *Ordenações Afonsinas*, *Manuelinas* e *Filipinas*, são a fonte histórica do direito brasileiro, as quais, por longo período, regeram as relações sociais entabuladas neste território.²¹ Por sua vez, quando se tem em mira um direito atual, a palavra fonte designa as diferentes formas de produção do direito objetivo, pelas quais se estabelecem e materializam as regras jurídicas.²² CLAUDE DU PASQUIER, em alusão metafórica à fonte de um rio, por onde suas águas brotam, afirma que a investigação a respeito da fonte de uma regra de Direito tem igual propósito, a mergulhar-se no ponto pelo qual ela saiu das profundezas da vida social para emergir-se à superfície.²³

Em um panorama retrospectivo, a sociologia jurídica debruça-se, entre outras frentes, ao estudo das fontes primárias do direito, e encontra nos costumes a sua manifestação rizômica, a partir de certos comportamentos adotados pelos indivíduos, os quais se consolidam em determinado espaço de tempo e localidade, revestidos de autoridade. Uma vez conservado e transmitido pela tradição oral ou vertido em língua escrita, nasce o chamado direito consuetudinário, a significar a “prática diuturna e

¹⁹ Na obra *Banquete*, Platão, ao fazer referência ao amor, aponta, de início, a necessidade de se investigar suas fontes, para, somente então, debruçar-se discursivamente sobre a questão (PLATÃO. *Banquete*. 6ª ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 1991).

²⁰ Para Hans Kelsen, “[n]um sentido jurídico positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito”. No entanto, em um sentido não jurídico “designamos todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 259).

²¹ As Ordenações vigoraram em Portugal até o advento do Código Civil de 1867 e, no Brasil, até a edição do Código Civil de 1917. Para maior aprofundamento, ver: CAETANO, Marcello José das Neves Alves. *História do direito português: 1140-1495*. Lisboa: Verbo, 1981; SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991; e HESPANHA, António Manuel. *História das Instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.

²² Miguel Reale define fontes do direito como os fatos jurídicos de que resultam as normas, não sendo objetivamente a origem da norma, mas o canal pelo qual ela se torna relevante e exigível. Ver: REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29.

²³ PASQUIER. Claude Du. *Introduction à la theorie générale et à la philosophie du droit*. Paris: Sirey, 1937, p. 35.

constante dos indivíduos na obediência aos usos convertidos em normas, e tem, no seu complexo, a formação do direito objetivo”.²⁴

Todavia, a evolução das instituições e a complexidade das relações sociais, com o transcurso do tempo, fazem emergir a necessidade de centralização da produção de regras, seja pela manifestação autoritária de um chefe, seja por órgão essencialmente constituído para os fins de sua elaboração. Sob esse prisma, o Direito se exterioriza pelo comando emanado dessa entidade, sob a forma de um mandamento ou de uma lei, imposto coativamente, e concretizado materialmente. A esse modo de manifestação do direito se atribui o nome de fonte formal. No Brasil, as fontes formais estão expressamente consignadas no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, fazendo referência à lei, à analogia, aos costumes e princípios gerais de direito. Foi, por seu turno, silente no concernente ao papel desempenhado pela jurisprudência, o que leva à indagação se pode ser ela considerada fonte de direito.

Diferente, contudo, foi a opção do legislador infraconstitucional em matéria trabalhista. O art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT apresenta solução de integração do ordenamento jurídico, na falta de disposições legais ou contratuais, a socorrer-se da jurisprudência, analogia, equidade e de “outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”. Aparece, portanto, a jurisprudência como fonte integrativa do Direito do Trabalho no vazio normativo e contratual. Não só do Direito do Trabalho - adverte-se -, mas de toda a ciência jurídica.

1.1.1. Os precedentes como fonte do direito: evolução no tempo

Na família jurídica romano-germânica, a lei é a fonte de Direito predominante. Na França, a Revolução de 1789 pretendeu suprimir a eficácia normativa da jurisprudência: a atividade criativa dos tribunais foi considerada atentatória ao princípio da separação de poderes, bastião da ideologia dominante.²⁵ Essa repulsa foi

²⁴ PEREIRA, *op. cit.*, 2009, p. 45.

²⁵ É de se dar conta que François Gény, no epílogo de sua obra, dedica atenção ao fenômeno francês que restou conhecido como o “le phénomène Magnaud”. Entre os anos de 1889 e 1904, o tribunal de primeira instância de Château-Thierry, dirigido pelo juiz Magnaud, deflagrou um movimento de rebeldia contra a

incorporada pelo art. 5º do Código Civil, a proibir juízes de pronunciar decisões embasadas em “disposições gerais e regulamentares”.²⁶ Tinham-se em mira os *arrêts de règlement* dos tribunais reais (*Parlements*), conhecidos, no Antigo Regime, não só pela arbitrariedade de sua jurisprudência, mas também pela tenaz defesa dos privilégios da nobreza.²⁷ Referida postura contribuiu, inclusive, para a redação do art. 1351 (atual art. 1355) do Código Civil no concernente ao princípio da eficácia relativa da coisa julgada.²⁸

O apego ao princípio da separação dos poderes, todavia, não tem impedido a Corte de Cassação de proferir, a par dos *arrêts d'espèce*, os denominados *arrêts de principe*, que contêm na sua fundamentação um princípio de aplicação geral, suscetível de universalização e aplicação a casos análogos, embora desprovido do atributo da vinculação, tal como sucederia com os *arrêts de règlement*. A propósito, em matéria de responsabilidade civil extracontratual, dada a exiguidade de preceitos legais que a regulam (arts. 1240 a 1245), pode-se dizer que sua atual formatação se deve ao trabalho e desenvolvimento jurisprudencial, a exemplo do julgado *Veuve Jand'heur c. Les Galeries Belfortaises*, proferido em 13 de fevereiro de 1930, no qual se definiu ser objetiva a responsabilidade do condutor pelos danos causados por um veículo em movimento.²⁹

Bem verdade que não há consenso sobre a natureza jurídica da jurisprudência no direito francês. Bancos acadêmicos e pretorianos são claudicantes, ora a afirmarem tratar-se de verdadeira fonte de Direito³⁰; ora a afirmarem tratar-se de uma simples autoridade, com força persuasiva.³¹ Fato é, contudo, que a jurisprudência tem ganhado os holofotes, a desempenhar importante papel na conformação do direito interno. Decerto,

jurisprudência existente. Os seus membros receberam o nome de “les bons juges”. Movidos pelo sentimento de justiça, decidiam em conformidade com sua percepção pessoal de justo e bom, a desafiar a legislação vigente. Gény se coloca como um forte opositor do movimento, do qual denominou de anarquia judicial ou impressionismo judicial. Ver: GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*. Paris: Libr. Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1919, p. 288.

²⁶ Dispõe o artigo: “[i]l est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises”.

²⁷ DAWSON, John P. *The Oracles of the Law*. Nova York: Buffalo, 1986, p. 362.

²⁸ Diz o artigo 1355 do Código Civil que: “a força de coisa julgada apenas existe pelo que respeita àquilo que constitui objeto da decisão. É necessário que o pedido seja o mesmo, que a ação se funde na mesma causa, que tenha as mesmas partes e seja intentada por elas e contra elas na mesma qualidade”.

²⁹ A jurisprudência ganhou notável expressão, em França, especialmente na órbita administrativa. A doutrina do abuso de direito é fruto de construção jurisprudencial, inicialmente referida ao direito de propriedade e, mais tarde, alcançando outras categorias de direitos subjetivos. Para maior aprofundamento, ver: RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 19ª ed., Paris: Précis, 2002, p. 62 e seguintes.

³⁰ Nesse sentido, ver: FROMONT, Michel. *Grands systèmes de droit étrangers*. 8ª ed. Paris: Dalloz, p. 270.

³¹ Nesse sentido, ver: CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. 19ª ed. Paris: Puf, 1998, v. I, p. 274.

em estágio evolutivo diverso de outras ordens jurídicas, mas, ainda assim, réstia de formação, unidade e integridade do sistema jurídico francês.

O direito alemão, de modo similar, não afirma ser a jurisprudência fonte de Direito. A negativa ou omissão, entretanto, restringe-se mais à forma que à essência propriamente. Isso porque a *jurisprudência constante* é uma realidade nos tribunais alemães, a ensejar o mesmo tratamento jurídico quando presentes similitudes fáticas. Tal e qual o direito francês, não é vinculante, mas tem aptidão persuasiva. Vinculantes, por seu turno, são as decisões emanadas pelo Tribunal Constitucional Federal, a contingenciar os órgãos constitucionais da República Federal e dos *Länder*, além dos tribunais e serviços públicos.³² Dessa feita, na medida em que exprime o Direito efetivamente em vigor, constitui para a *práxis* um modo indispensável de revelação de regras jurídicas.³³

O Código Civil suíço de 1907, a seu turno, fixa o tom e o tempero da significância da jurisprudência em seus cantões. No seu artigo primeiro, vaticina que

1. The law applies according to its wording or interpretation to all legal questions for which it contains a provision.
2. In the absence of a provision, the court shall decide in accordance with customary law and, in the absence of customary law, in accordance with the rule that it would make as legislator.
3. In doing so, the court shall follow established doctrine and case law.³⁴

A prescrição normativa sublinhada denuncia favoravelmente ao papel criativo do juiz, exteriorizado pela jurisprudência, mas cuja inspiração encontra limites nos “princípios consagrados” (em inglês “*consacred principles*”). Ele está a exercitar a discricção informado pela tradição, metodizado pela analogia, disciplinado pelo sistema e subordinado à “*primordial necessity of order in the social life*”.³⁵

Já em Portugal, a história remete a dois momentos singulares. Os assentos editados pelo Superior Tribunal de Justiça constituem a primeira categoria, a elevar a jurisprudência como fonte de Direito, máxime porque carregavam força vinculante, nos

³² § 31, nº 1 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal (*Gesetzüber das Bundesverfassungsgericht*) de 1993.

³³ KÖHLER, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*. 44ª ed. Munique: C.H. Beck, 2021, p. 4.

³⁴ O Código Civil Suíço. Disponível em: <<https://www.droit-bilingue.ch/rs/lex/1907/00/19070042-unique-en-de.html>>. Acesso em 10/01/2021. Acesso em: 10 de jan. de 2021. Tradução livre: “1. A lei aplica-se, de acordo com a sua redação ou interpretação, a todas as questões jurídicas para as quais contém uma disposição.

2. Na ausência de uma disposição, o tribunal deve decidir de acordo com o direito consuetudinário e, na ausência de direito consuetudinário, de acordo com a regra que faria como legislador.

3. Ao fazê-lo, o tribunal deve seguir a doutrina e a jurisprudência”.

³⁵ GÉNY, *op. cit.*, 1919, p. 213. Tradução livre: “necessidade primordial de ordem na vida social”.

termos do art. 2º do Código Civil. Com a pronúncia de inconstitucionalidade do mencionado preceito normativo, a resultar em sua revogação no ano de 1995, a jurisprudência, a par de seu expoente papel, não guarda a natureza jurídica de fonte de Direito na atual conjuntura. Ainda assim, ostentam força vinculante as decisões pronunciadas pelo Tribunal Constitucional nas ações fiscalizatórias de constitucionalidade (art. 281º da Constituição) e os acórdãos emanados pelo Supremo Tribunal Administrativo que declarem a ilegalidade de atos legislativos. São, por outro lado, frequentes as referências, na fundamentação das sentenças, à jurisprudência constante dos tribunais superiores, a demonstrar sua importância para a evolução da ciência jurídica. Exemplo da prática está estampado no acórdão nº 396/2011, no qual o Tribunal Constitucional declarou a constitucionalidade dos artigos 19, 20 e 21 da Lei nº 55-A/2010, a implicar a redução dos vencimentos do funcionalismo público.³⁶ A enunciação decisória eleita é resultado de citações a casos precedentes, a reforçar o relevante papel da jurisprudência no direito lusitano, ainda que não se reconheça a eficácia vinculante das decisões judiciais.

Sob outro ângulo é a situação brasileira, ainda que relegue à lei qualificação de fonte primária do Direito. Se, em um primeiro estágio, qualificava-se a jurisprudência como fonte acessória ou informativa da ciência jurídica, esse debate não tem mais nenhum sentido. Desde a introdução das súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a acrescer ao texto constitucional o art. 103-A, de cumprimento obrigatório por todas as instâncias do Poder Judiciário, com exceção do próprio Supremo Tribunal Federal - STF, e demais membros da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a jurisprudência passou de fonte acessória ou informativa para fonte caudatária da atividade interpretativa do fenômeno jurídico.³⁷ Já no ano de

³⁶ Acórdão n. 396/2011. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 27 de set. de 2021.

³⁷ Art. 103-A, CR/1988: “[o] Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a

2006, a Lei nº. 11.418 inseriu no CPC/1973 o art. 543-A, apresentando o pressuposto de existência de repercussão geral aos recursos extraordinários, cujo reconhecimento implicava no sobrestamento dos recursos que versavam sobre a mesma *quaestio*. Julgado o mérito do recurso extraordinário, a decisão exarada refletiria o entendimento a ser seguido nos demais casos idênticos pelas cortes inferiores e juízes de primeiro grau.

Com o alvorecer do CPC/2015, essa timidez inicial foi, de certo modo, superada, ao regulamentar, em Brasil, o sistema de precedentes, em uma clara tentativa de aproximação com as balizas do sistema de *common law*. A produção do direito pelos tribunais aparece ombreado com a atividade legiferante, ambas como fonte da ciência jurídica. Se nos países de tradição de *civil law* essa distinção é de somenos importância, pela estatura do fenômeno jurisprudencial, maior a porosidade do debate na família jurídica de *common law*, na qual a atividade pretoriana despontou-se como fonte primária do Direito, ainda que crescente a produção legiferante naqueles países. Pela sua peculiar singularidade, merece análise pormenorizada.

1.2. Apontamentos históricos: do sistema de *common law* à doutrina de *stare decisis*

De modo contínuo e não necessariamente linear, historiadores se debruçam na tarefa de reescrever a história da humanidade. Anotam em alfarrábios os tempos e os potenciais espaços culturais, geográficos e simbólicos de determinado evento, cuja narração retrata, em certo aspecto, sua visão de mundo enquanto pesquisador. Talvez seja por isso a advertência de HERMAN HESSE de que não se pode abrir outro mundo de imagens além daquele escondido no recôndito da alma humana. Mas, ao invés, auxiliá-lo “a tornar visível o seu próprio mundo, e isso é tudo”.³⁸

O passado, já se diz, é o dia/vivido; o presente é a noite/reflexão.³⁹ Nessa medida, em tudo semelhante ao pássaro de minerva, o historiador vara a noite reexaminando o dia.⁴⁰ *Chronos* é, pois, parte integrante de seu objeto, sempre em marcha.

aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

³⁸ HESSE, Hermann. *Demian*. São Paulo: Record, 2015.

³⁹ REIS, José Carlos. *As identidades do Brasil*: de Varnhagen a FHC. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2001, p. 7.

⁴⁰ REIS, *op. cit.*, 2001, p. 8.

Para permanecer uma ciência, a história deve se mexer, progredir. A partir da apreensão do presente, a visão do passado se modifica e impacta na produção do futuro, em um processo dialético, no qual se condensam tempos diversos, alocados no *vivido* e no *viver*.

Reescrever a história, nesse sentido, passa a ser um desafio e está longe de ser o objeto do presente tópico. A despeito disso, revisitar o passado, ainda que recontado pela perspectiva do autor, tem importância e lugar, na medida em que ajuda a decifrar a sua visão de mundo. Mais do que isso: presta auxílio na compreensão dos fenômenos atuais, quer sociais, econômicos, políticos ou jurídicos, do modo como se originaram, como se conformaram ao longo do tempo e como poderão ser modificados ou, quiçá, transformados.

Em se tratando especificamente do Direito – produto social cuja origem coincide com a história das grandes civilizações⁴¹ – sua sistematização não se atém ao presente, mas reserva ao passado grande parte de sua estruturação. Tal como a história, é continuamente reescrito, seja pela batuta do Parlamento, do Executivo ou, então, do próprio Poder Judiciário. Porém, que fique claro: à mundividência própria de cada civilização não corresponde, necessariamente, determinado modelo de organização jurídica da vida em sociedade. Sob outro ângulo, inclusive, dir-se-á que não é possível caracterizar uma civilização pelo seu Direito. O que se explica essencialmente

pelas influências externas que se fazem sentir na formação dos sistemas jurídicos e pela diferente importância em que é atribuída ao Direito por cada civilização como modo de regulação das condutas individuais.⁴²

Partindo-se, portanto, dessa base elementar, é possível classificar os sistemas jurídicos atuais em cinco grupos, a começar pela *família jurídica romano-germânica*, a que integram o Brasil e tantos outros países de matiz europeia, a exemplo da Espanha, França, Alemanha, Itália e Portugal. De seu lado, está a *família jurídica de common law*, a que pertencem tanto o direito inglês, o direito estadunidense, parte do direito canadense, escocês, australiano e neozelandês. Acresçam-se a essas, a *família jurídica muçulmana ou islâmica*, compreendendo os países africanos e asiáticos, regidos pelo islamismo, entre os quais Irã e Paquistão, além da *família jurídica hindu*, destacando-se, entre os países,

⁴¹ Para maior aprofundamento sobre o tema, ver: BRAUDEL, Fernand. *Gramática das Civilizações*. Lisboa: Teorema, 1989; TOYNBEE, Arnold *A Study of History*. Nova York: Oxford, 1987; e HUNTINGTON, Samuel. *The clash of civilizations and the remaking of world order*. Nova York: Oxford, 1997.

⁴² VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*. 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, v. 1, p. 63.

Nepal e Índia, onde se praticam o hinduísmo e, por fim, a *família jurídico chinesa*, na qual se inserem os direitos da República Popular da China e do Taiwan.⁴³

Sem pretensão de adentrar nos meandros e peculiaridades de cada família jurídica, mas, do contrário, dedicando especial atenção ao sistema jurídico dos países de tradição de *common law*, a história remete especificamente ao Século XI o início de sua conformação, tendo, como *topos*, o atual território do Reino Unido. Antes desse marco, contudo, já se encontravam no território inglês, após a ocupação romana, os povos anglo-saxônicos, advindos da Escandinávia e da Europa Central.

Naquele tempo, os reinos primavam pela aplicação dos costumes locais, sem qualquer traço de uniformidade. Essa prática, após a invasão normanda, consumada no ano de 1066 na batalha de Hastings e liderada por Guilherme, também conhecido como o Conquistador, foi paulatinamente substituída, sem que houvesse, no entanto, uma cisão cirúrgica da aplicação dos usos e costumes locais.⁴⁴ Em paralelo, instituiu-se um novo modo de administração da justiça, sob a responsabilidade das *Curia Regis Rolls* (Conselhos do Rei).⁴⁵ Os conselheiros, em sua maioria clérigos, eram itinerantes, com a incumbência de fiscalizar a administração da justiça nos variados locais (*lawfulness*) e, porque viajantes, acabavam por absorver os usos e costumes de cada região, apresentando para os casos iguais, idêntica solução.⁴⁶ Em decorrência do nomadismo, a impedir maior

⁴³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴⁴ HUDSON, John. *The Oxford History of the Laws of England: 871-1216*. Oxford: Oxford University, 2012, p. 857. Acrescenta o autor que o período em questão foi importante para o desenvolvimento do direito anglo-saxônico pelo “powerful machinery of royal government, significant aspects of a long-lasting court structure, and important elements of law relating to theft and violence. Until the reign of Stephen, these Anglo-Saxon contributions were maintained by the Norman rulers, whilst the Conquest led to the development of aspects of landholding that were to have a continuing effect on the emerging common law. The Angevin period saw the establishment of more routine royal administration of justice, closer links between central government and individuals in the localities, and growing bureaucratization” (*Ibidem*, p. 857). Tradução livre: “maquinário poderoso do governo real, aspectos significativos de uma estrutura judicial de longa duração e elementos importantes da lei relacionados a roubo e violência. Até o reinado de Stephen, essas contribuições anglo-saxônicas foram mantidas pelos governantes normandos, enquanto a *Conquest* levou ao desenvolvimento de aspectos da propriedade de terras que teriam um efeito contínuo no emergente direito comum. O período angevino viu o estabelecimento de uma administração real da justiça mais rotineira, laços mais estreitos entre o governo central e os indivíduos nas localidades e uma burocratização crescente”.

⁴⁵ O termo *Curia Regis* era utilizado em dois sentidos: (1) significava o local onde o rei recebia os oficiais e autoridades reais; e (2) a corte suprema real onde os negócios governamentais eram celebrados. Este último sentido que tem relevância para o estudo da história do sistema jurídico de *Common Law*. Mais tarde, foi concebido como a Corte Real, responsável pela administração da justiça. Ver: DRAPER, Cecil Mead. *The Court of Common Pleas. Dicta*, Denver, v. 21, n. 5, p. 105-121, 1944, p. 105.

⁴⁶ “It was from the reign of Henry II that these justices regularly traveled around the country. In 1179, twenty-one justices were assigned to six circuits. From 1176 onwards some part of the country was regularly visited by the itinerant justices” (DRAPER, *op. cit.*, 1944, p. 106). Tradução livre: “Foi a partir do reinado de Henry II que esses juizes viajaram regularmente pelo país. Em 1179, vinte e um juizes foram designados para seis circuitos. A partir de 1176, parte do país foi regularmente visitada pelos juizes itinerantes”.

engajamento dos conselheiros nas comunidades por onde transitavam, eram nomeadas pessoas locais para analisar os fatos levados a julgamento. Era a gênese do que hoje se conhece por *trial by jury*. Não só, mas, sobretudo, pode-se dizer que estavam postas as bases do direito comum (*communis opinio*) anglo-saxônico. O modelo indicado era operado de forma bastante descentralizada, na medida em que convivia com a forte influência do direito canônico. Mas foi, em certa medida, a oposição à Igreja – que insistia em adotar o direito romano-, que se consolidou o sistema de *common law*, impulsionado, também, pela promulgação da Magna Carta de 1215. A partir de seu advento, WILLIAM HOLDSWORTH anota que

it closes the period during which the law is developed by the power of the crown alone, and begins the period which will end in the establishment of a Parliament, with power to take some share in the making and development of the law.⁴⁷

Tempos depois, os conselhos foram superados e os tribunais reais regularmente instituídos. Entre estes, sobressaiu-se o papel desempenhado pela *Court of Common Pleas*⁴⁸, a receber o apodo de “a chave e a ferradura” do *common law*, por EDWARD COKE.⁴⁹ Ao seu lado, achava-se a *King’s Bench*, com competência inicial para tratar de assuntos ligados ao interesse da coroa, além de incursões em matéria criminal.

À semelhança dos pretores do direito romano, os *judges* ouviam as queixas e, a depender da pertinência do direito, concediam um *writ*, o qual consistia de um documento que, por um lado, certificava a existência de uma ação adequada à pretensão do autor e, por outro, ordenava a comparência do réu perante um tribunal real. Os *writs*, tais como as ações a que diziam respeito (*forms of actions*), eram típicos. A suscetibilidade de ser a pretensão julgada procedente dependia, assim, da existência de

⁴⁷ HOLDSWORTH, William. *History of English Law*. Londres: Methuen, 1952, v. XII, p. 54. Tradução livre: “encerra o período durante o qual o Direito é desenvolvida apenas pelo poder da coroa, e inicia o período que terminará com o estabelecimento de um Parlamento, com o poder de ter alguma participação na elaboração e no desenvolvimento do Direito”.

⁴⁸ Criado no Século XIII para julgar as causas de que o rei não fosse parte, com sede em Westminster Hall, em ordem a dar-se cumprimento à seção 17 da Magna Carta, segundo a qual “common pleas shall not follow our court, but shall be held in some certain place” (COKE, Edward. *The selected writings of Sir Edward Coke: a commentary upon Littleton*. Indianapolis: Liberty Fund, 2003, p. 96, 71b). Tradução livre: “os fundamentos comuns não seguirão nosso tribunal, mas serão realizados em algum lugar determinado”. COKE apresenta o seguinte significado: “the common place (common banke).! Banke is a Saxon word, and signifieth a bench or high seat, or a tribunall, and is properly applyed to the justices of the court of common pleas, because the justices of that court sit there as in a certaine place” (*Ibidem*, p. 96, 71b). Tradução livre: “o lugar comum (*common banke*). *Banke* é uma palavra saxônica, a significar banco ou cadeira alta, ou tribunal, e designa os juizes dos tribunais de apelações, porque lá se sentam como em um determinado lugar”.

⁴⁹ COKE, *op. cit.*, 2003, p. 96, 71b.

um *writ* correspondente. Por isso se dizia: “sem mandado, sem direito” (no inglês “*no writ, no right*”).⁵⁰

Aliás, foi essa rigidez sistêmica uma das causas para o desenvolvimento de um outro direito, concomitante ao *common law*, conhecido como *equity*, sempre que inexistisse um *writ* específico que autorizasse a intervenção dos Tribunais de Westminster. As decisões ficavam ao crivo da *Court of Chancery*, exaradas pelo Chanceler, em nome da autoridade real, com vistas a corrigir as distorções decorrentes da recusa na concessão do *writ*, justificada pela ausência de uma ação típica segundo o *common law*. Daí a máxima: “recorre-se à equidade quando não há solução adequada na lei” (no original, em inglês, “*equity is available when there is no adequate remedy at law*”).⁵¹

Esse dualismo perdurou até o último quartel do Século XIX, quando, pelos *Judicature Acts* de 1873 e 1875, foi suprimido, passando a competência de aplicação tanto do *common law* quanto da *equity* aos tribunais comuns da Inglaterra. Procurou-se, desse modo, evitar a multiplicação de ações tendentes ao mesmo fim. Paulatinamente, as regras da *equity* incorporaram-se ao *common law*, desvanecendo-se assim consideravelmente.

De início, pese embora inexistisse um conceito de vinculação – tal como tardiamente se tornou cognoscível –, os juízes ingleses sentiam-se constrangidos a aplicar a mesma regra ou princípio sempre que o caso presente guardasse semelhança com o seu antecessor. JAMES PARKE, em *Mirehouse v Rennel*, observou, em 1833, que:

for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, rules derived from precedents must, unless they are plainly unreasonable and inconvenient, be applied to all cases which arise.⁵²

No ano seguinte, JAMES RAM, compartilhando dessa mesma linha teórica, registrou que o precedente, a depender de certas circunstâncias, teria força vinculante.

⁵⁰ É importante notar que o direito anglo-saxônico dedicou especial atenção ao processo, relegando o direito substantivo a um segundo plano. Em verdade, este nasceu, segundo Maine, “[s]o great is the ascendancy of the Law of Actions in the infancy of the Courts of Justice, that substantive law has at first the look of being gradually secreted in the interstices of procedure” (MAINE, Sumner. *Dissertations on Early Law and Custom. Chiefly Selected from Lectures delivered at Oxford*. Nova York: Oxford, 1886, p. 389).

⁵¹ Pode-se dizer que uma das criações mais significativas da *equity* consiste no chamado *trust*, sendo a situação jurídica resultante de um ato, praticado *inter vivos* ou *mortis causa*, pelo qual uma pessoa (*settlor*) coloca certos bens sob o controle de outra (*trustee*), que fica obrigada a administrá-los em benefício de um terceiro ou do próprio instituidor (*beneficiary*).

⁵² *Mirehouse v Rennell* (1833) 1 CI & Fin 527). Tradução livre: “para atingir uniformidade, consistência e certeza, as regras derivadas dos precedentes devem, a menos que sejam claramente irracionais e inconvenientes, ser aplicadas a todos os casos que surjam”. No ano que se seguiu à decisão, James Parke foi transferido do *King’s Bench* para a *Court of Exchequer*, onde recebeu o título de ‘Barão Parke’.

Disse ele: “the mind of the Court [the precedent] is wholly unimpeachable [...] or, if impeachable, the objection to which it is so exposed, is not, in the consideration of the Court, sufficient to exclude its title to be authority”.⁵³

Observa-se, a esta altura, que, malgrado não se tivesse lapidado o conceito de *stare decisis*, em estágio inicial de desenvolvimento, havia certa força magnética a atrair os juízes, orientando-os a respeitar a identidade de resultado em casos semelhantes. Com a ressalva de que isso somente foi possível, que fique claro, a partir da mudança que se verificou na forma de julgamento ocorrida ao longo do Século XVI, quando, então, os juízes principiaram por motivar suas decisões. NEIL DUXBURY, sobre a importância desse marco temporal, aponta que a origem do *stare decisis*, entre outros aspectos, deve-se à mudança “in the structure of the trial during the sixteenth century: parties began to settle pleadings in advance of the hearing, thus leaving arguments concerning the sufficiency of those pleadings to be addressed post-verdict”.⁵⁴

A partir de então, os juízes passaram a produzir, regularmente, decisões motivadas, cujos textos foram compilados, inicialmente, no chamado *Year Book Manuscripts*, que, de partida, não continham qualquer traço de uniformidade tampouco paginação padrão. Já em 1558, as decisões registradas atendiam a uma forma padronizada de citação, disponível também em versão impressa.⁵⁵ Esse registro escrito dos pronunciamentos judiciais serviu, decerto, como mecanismo facilitador ao trabalho de advogados e magistrados, porque neles se centravam sua maior fonte de pesquisa, sempre a invocar determinada decisão como fundamento e suporte de sua súplica quando presente o mesmo esforço fático. Prática essa que contribuiu, em grande medida, para o

⁵³ RAM, James. *The Science of Legal Judgment*. Filadélfia: Littell, 1835, p. 66. Tradução livre: “[n]a mente do Tribunal [o precedente] é totalmente incontestável [...] ou, se impugnável, a objeção a que está exposto não é, sob suas lentes, suficiente para excluir seu título de autoridade”

⁵⁴ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University, 2008, p. 25. Tradução livre: “na estrutura do julgamento durante o Século XVI: as partes começaram a resolver as alegações antes da audiência, deixando, assim, os argumentos relativos à suficiência dessas alegações para serem tratados após o veredicto”.

⁵⁵ BAKER, J. H. *Records, reports and the origins of case-law in England*. Berlim: Duncker & Humblot, 1989, p. 38. Sobre o *Year Book*, Backer complementa que sua ausência de uniformidade militava contra a sedimentação do *stare decisis* já nos idos do Século XVI. “There were no standard means of referencing a case, no standard pagination or foliation in the manuscripts; there would not always even have been a standard text. A particularly famous case might be known by its name, but for the most part references were vague or, increasingly through the fifteenth century, to “our books” rather than to any instance within them” (IBBETSON, David J. *Case law and judicial precedents in mediaeval and early-modern England*. Bruxelas: Wetenschappelijk Comité voor Rechtsdeschiedenis, 1997, p. 67). Tradução livre: “[n]ão havia um meio padrão de referenciar um caso, nenhuma paginação ou foliação padrão nos manuscritos; nem sempre havia um texto padrão. Um caso particularmente famoso pode ser designado pelo nome, mas, na maioria das vezes, as referências eram vagas ou, cada vez mais ao longo do Século XV, a ‘nossos livros’ em vez de qualquer instância dentro deles”.

desenvolvimento da doutrina do precedente vinculante. Tanto assim é que COKE, a respeito da envergadura dos manuscritos, asseverou, por ocasião da obra *Commentary upon Littleton*, que:

our book cases are the best proofs what the Law is [...] and are principally to be cited for the deciding of cases in question, and not any private opinion, for na argument drawn from authority is the strongest in law (argumentum ab auctoritate est fortissimum in Lege).⁵⁶

Todavia, ainda era demasiada prematura a afirmação de que os juízes estavam vinculados pela força precedencial. Aliás, havia julgadores, entre eles VAUGHAN C. J., que, no confronto entre a lei e o precedente, afirmavam que se devia obediência aos comandos da primeira, como expressão da máxima romana *judicandum est legibus non exemplis*.⁵⁷ Outros, por sua vez, aplicavam igual resultado, não porque *stare decisis* fosse a regra orientadora, mas em caráter assintomático e natural. CHARLES GRAY ponderava

⁵⁶ COKE, Edward. *Commentary upon Littleton*. 10ª ed. Londres: Harper & Walthoe, 1703, p. 254ª. Tradução livre: “nossos *book cases* são as melhores provas do que é o Direito [...] e devem ser citados principalmente para a decisão dos casos em questão, e não qualquer opinião privada, pois um argumento tirado da autoridade é o mais forte do direito (*argumentum ab auctoritate est fortissimum in Lege*)”.

⁵⁷ Essas vozes tinham como bases teóricas as lições de Francis Bacon, Thomas Hobbes, John Austin e Jeremy Bentham, os quais expressavam, de forma contundente, sua insatisfação com o direito inglês, apontando marcas anacrônicas do sistema, tais como seu efeito parasitário e elitista. A propósito, BENTHAM, certa feita, equiparou o *common law* à relação entre homem e animal, a ver: “[i]t is the Judges [...] that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything you want to break him of, you wait till his does it, and then beat him for it” (BENTHAM, Jeremy. *Truth v Ashhurst; or Law as it is contrasted with it is said to be*. London: Moses, 1823, p. 11). “São os juízes [...] que fazem o *common law*. Você sabe como eles fazem isso? Assim como um homem faz leis para seu cachorro. Quando o seu cão faz algo que leve seu dono a espancá-lo, espera-se que ele faça e, então, espanca-o”. Sobre seu efeito vinculante a ponto de influenciar em casos futuros, como regra generalizável, acrescenta que: “this decision can be nothing more than a particular rule, bearing upon the individual person and things in question. Rules? Yes. Rules of law? No, for the binding force of the decision does not extend beyond the particular instance” (BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham*. Edimburgo: Tait, 1843, v. 11, p. 485). Tradução livre: “esta decisão não pode ser nada mais do que uma regra particular, afetando a pessoa individual e as coisas em questão. Regras? Sim. Regras de direito? Não, pois a força vinculante da decisão não se estende além da instância particular”. Hobbes, a seu turno, negava qualquer valor cogente ao *common law*, porque produto da sapiência dos juízes e não da autoridade real e parlamentar: “que o direito seja elaborado por indivíduos doutos e ponderados, ou seja, pelos juriconsultos, é evidentemente falso; pois que foram os reis da Inglaterra que fizeram todas as leis do país, em consulta com a nobreza e os comuns reunidos em parlamento; e dessas pessoas nem sequer um em vinte era douto homem de leis” (HOBBS, Thomas. *A dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. In: MOLESWORTH, W. (Org.). *English works of Thomas Hobbes*. Londres: John Bohn, 1840, v. IV, p. 1/161, esp. p. 5). Austin, sobre o papel dos juízes na criação do Direito, alertava que “every system of judiciary law has all the evils of a system which is really vague and inconsistente [...]. A system of judiciary law (as every candid man will readily admit) is nearly unknown to the bulk of the community, although they are bound to adjust their conduct to the rules or principles of which it consists” (AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. 5ª ed. Londres: Murray, 1885, v. 2, p. 634). Tradução livre: “todo sistema jurídico carrega os males de um sistema vago e inconsistente [...]. Um sistema de lei judiciária (como todo homem franco admitirá prontamente) é quase desconhecido para a maior parte da comunidade, embora eles sejam obrigados a ajustar sua conduta às regras ou princípios nele integrantes”.

que: “judges argued about whether such and such is a rule of law, without feeling compelled in the more modern manner to prove it by decided cases”.⁵⁸ A despeito da relevância dos precedentes no direito inglês nesse estágio da história, a doutrina de *stare decisis* longe estava de encontrar-se consagrada. O que se pode afirmar, a salvo de equívocos, é que o *common law* não dependeu da doutrina do precedente vinculante para sua existência ou funcionamento. Qualquer tentativa de justificar o sucesso do *common law* com a ideia de vinculação, própria do *stare decisis*, está fadada ao fracasso, como bem reporta o historiador BRIAN SIMPSON, nas linhas seguintes:

any identification between the common law system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the common law in terms of stare decisis, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the ratio decidendi, and functioned well enough.⁵⁹

Somente a partir do Século XVIII é que a doutrina de precedente vinculante passou a ganhar forma e corpo, mas cujo estágio evolutivo veio a sagrar-se apenas no século seguinte, coincidentemente, com o desenvolvimento do positivismo jurídico.

1.2.1. O positivismo jurídico e sua relação com a doutrina de *stare decisis*

Para melhor compreensão da imbricação entre o positivismo e a doutrina de *stare decisis*, mister assinalar que, naquele tempo, a maior parte dos juízes negava que suas decisões fossem fonte de criação do Direito. Bastante o contrário, apenas sintetizam

⁵⁸ GRAY, Charles M. Parliament, Liberty and Law. In: HEXTER, J. H. (Org.). *Parliament and Liberty from the Reign of Elizabeth to the English Civil War*. Stanford: Stanford University, 1992, p. 158. Tradução livre: “juízes discutiram se isso ou aquilo é uma *rule of law*, sem se sentirem compelidos da maneira mais moderna a prová-la por meio de casos decididos”.

⁵⁹ SIMPSON, A. W. Brian. The common law and legal theory. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Orgs.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University, 2002, p. 589. Tradução livre: “qualquer identificação entre o sistema de *common law* e a doutrina de precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, está fadada a parecer insatisfatória, para a elaboração de regras e princípios que regem o uso de precedentes e seu *status*, na medida em que as autoridades são relativamente modernas, e a ideia de que poderia haver precedentes vinculantes é ainda mais recente. O *common law* já existia há séculos, antes que alguém ficasse muito entusiasmado com essas questões, e, no entanto, funcionava como um sistema de direito sem adereços, já que o conceito de *ratio decidendi* funcionava bem o suficiente”.

a expressão da lei. Por razões óbvias, a essa vertente teórica se atribuía o nome de teoria declaratória.⁶⁰

Em sentido oposto, JOHN AUSTIN, a despeito de sua repugnância pelo direito comum inglês, afirmava que os juízes do *common law* criavam leis.⁶¹ Prova desse fenômeno estaria na possibilidade de os juízes recusarem a aplicação de um precedente, sempre que se mostrasse equivocado ou demasiadamente injusto. A assim proceder, estariam, invariavelmente, a criar uma lei.⁶² A teoria positivista (ou constitutiva) de AUSTIN, entretanto, foi ignorada.

Os juízes do *common law* insistiam na premissa de que não criavam leis, embora cientes da limitação da teoria declaratória. Essa ênfase pode ser vista em WALKER MARSHALL, no ano de 1860, em artigo endereçado à *Juridical Society*, no qual advertia que a *House of Lords*⁶³ não estaria vinculada a seus precedentes pretéritos, pois que não dotada do dom da infalibilidade.⁶⁴ Por sua vez, estariam as cortes originárias vinculadas às suas decisões, impondo a aplicação da mesma regra ou princípio, ainda que equivocado ou injusto. Não seria dado aos juízes, neste caso, o poder-dever de recusar aplicação ao precedente, porque a ele vinculados, estivesse certo ou errado, cujo crivo não lhes cabia.⁶⁵ Permanecia sem resposta, de outra ponta, a indagação concernente à revisitação do precedente pela corte superior, se se estaria ou não a criar lei. MARSHALL afirmava que

⁶⁰ De acordo com Blackstone, as decisões das Cortes constituíam a demonstração do que o *common law* é. Ver: BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Chicago: University of Chicago, 1979, v. 1, p. 69.

⁶¹ AUSTIN, *op. cit.*, 1885, v. 2, p. 634. Diferentemente do que pensava BENTHAM, ao negar a qualidade de lei às decisões exaradas pelos tribunais.

⁶² AUSTIN, *op. cit.*, 1885, v. 2, p. 634.

⁶³ Em tempo recente, a *House of Lords* passou a ser conhecida como *The Supreme Court of the United Kingdom*, assumindo, por completo, sua função jurisdicional. Foi criada pelo *Constitutional Reform Act* de 2005, com início de suas atividades em 1 de outubro de 2009. A alteração do nome não implicou mudança na estrutura jurisdicional, mas apenas adequou o título ao conteúdo funcional já há muito exercido pela Corte.

⁶⁴ A propósito, em *Perry v. Whitehead*, no ano de 1801, LORD ELDON anotou que: “[a] rule of Law laid down by the House of Lords cannot be reversed by the Chancellor [...]. It must remain, till altered by the House of Lords”. Tradução livre: “um *rule of Law* estabelecido pela *House of Lords* não pode ser revertido pelo *Chancellor* [...]. Deve permanecer até ser alterado pela *House of Lords*”. Também em *Bishop of London v Fytche*, LORD CHANCELLOR ELDON disse que: “Your Lordships [...] are bound by that decision, unless there be some special circumstance to take this case out of the principle of that case”. Tradução livre: “Vossas Senhorias estão [...] vinculadas por essa decisão, a menos que haja alguma circunstância especial para superá-la”. Em resposta, o Chief Justice do King’s Bench afirmou: “I conceive that case to have established a rule and principle binding on all jurisdictions except that of your Lordship’s House”. Tradução livre: “[e]u imagino que esse caso tenha estabelecido uma regra e princípio vinculantes em todas as jurisdições, exceto a da *House*”. Isso demonstra que a *House of Lords* não estava vinculada a seus precedentes pretéritos.

⁶⁵ WALKER, Marshall. Is a Judicial Tribunal, either of the Last Resort or Otherwise, bound by the principles laid down by itself on previous occasions? In: JURIDICAL SOCIETY. *Papers Read Before the Juridical Society. 1858-1863*, 1863, v. II, p. 331-350.

não, mas sem apresentar qualquer fundamentação para sua negativa.⁶⁶ A resistência desacompanhada de motivação revelou a lassidão da teoria declaratória, a que o positivismo jurídico, já no Século XIX, fez questão de enfatizar e talvez por essa razão a ele se tributa a sedimentação da doutrina do precedente vinculante.

NEIL MACCORMICK, sobre a questão, aponta as deficiências da teoria declaratória, já arroladas por JOHN AUSTIN e JEREMY BENTHAM, mas propositalmente desconsideradas, situando-a, inclusive, na “*intellectual bag-and-baggage of the law*”.⁶⁷ A partir disso, faz uma interessante construção: como os juízes do *common law* estavam mergulhados nesse caldo cultural, já cientes do colapso da teoria declaratória, o autor pondera que não mais poderiam nela escudar-se caso desejassem optar pela revogação dos precedentes firmados.⁶⁸ A decidirem pela superação, estariam, tal como JOHN AUSTIN certa feita afirmara, criando lei.⁶⁹ Essa constatação chegou ao extremo em *London Tramways Co. v. London County Council*, no ano de 1898, quando a *House of Lords*, até então, refratária à vinculação às suas próprias decisões, acenou em sentido contrário. Neste caso, em particular, a Corte concluiu que estaria vinculada a seus precedentes pretéritos, o que a impedia, a partir desse marco, de revisitar suas próprias proposições.⁷⁰ Essa situação somente veio a ser abandonada em 1966, pelo advento do *Practice Statement*, que, expressamente, consignou a necessidade de superação ou distinção de precedentes pela *House of Lords*, quando marcados pela injustiça de suas razões ou pelo anciloso tempo.⁷¹

⁶⁶ *Ibidem*, p. 331-350.

⁶⁷ Sobre o tema, ver: MACCORMICK, Neil. Can stare decisis be abolished? *Judicial Review*, New Series, v. 11, p. 197-213, 1966, p. 197 e seguintes.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 204.

⁶⁹ A título de curiosidade, em Noruega e em Suécia, existem disposições legais que expressamente atribuem o poder normativo aos precedentes judiciais. A ordem objetiva também confere esse mesmo poder em Polônia, Espanha e Alemanha, países de tradição de *civil law*, pese embora restrito às decisões emanadas pelas respectivas Cortes Constitucionais. De acordo com a seção 31 (1) do Ato do Tribunal Constitucional Federal alemão – BVerfGG, as decisões daquela corte “are binding ‘on the federal constitutional institutions, on the states, and on all courts and agencies’”. Tradução livre: “são vinculantes ‘em instituições federais constitucionais, nos Estados e em todas cortes e agências’”. No Brasil, especificamente, a ordem processual atribui força normativa às hipóteses catalogadas no art. 927 do CPC/2015.

⁷⁰ “When, in 1898, in *London Tramways Co. v. London County Council*, the issue was squarely put whether the House could hear argument asking it to reconsider a previous decision, it had no hesitation in ruling that it could not” (EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (Org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 58). Tradução livre: “[q]uando, em 1898, em *London Tramways Co. v. London County Council*, a questão diretamente colocada foi se a *House* poderia ouvir argumentos, pedindo-lhes para reconsiderar uma decisão anterior, não se hesitou em decidir que não poderia”.

⁷¹ “Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

De todo modo, o que se deve compreender, neste ponto, é a relação entre o advento do positivismo jurídico e a consolidação da doutrina do precedente vinculante, na medida em que o primeiro apontou, impiedosamente, as inconsistências da teoria declaratória. Ao mesmo tempo, não a derogou por completo. É que se, de um lado, a teoria declaratória se apresentou porosa em suas bases, o mesmo se poderia dizer de sua adversária, a teoria positivista ou constitutiva. Esta, como se sabe, partia da ideia de que o *stare decisis* ou o respeito obrigatório aos precedentes exigiria, como antecedente lógico, a criação judicial do direito. Essa relação entre a natureza constitutiva da decisão judicial e o *stare decisis* conduziu à criação de três mitos: a) o *common law* não existe sem o *stare decisis*, o que já se demonstrou inverídico; b) o juiz de *common law*, por criar direito, realiza uma função absolutamente diversa da dos juízes dos países de tradição de *civil law*, o que seria um contrassenso e; c) o *stare decisis* é incompatível com o sistema jurídico de *civil law*, o que também é deveras incorreto.

A criação judicial do direito não constitui um pressuposto para o *stare decisis*. O respeito ao passado é peculiar à teoria declaratória, com a diferença de que o precedente, em vez de constituir, declara o direito costumeiro ou representa o próprio desenvolvimento dos costumes gerais, ou seja, o *common law*. Ainda que se admitisse a função judicial meramente declaratória, nada poderia indicar que o juiz estivesse menos disposto a respeitar o passado, assim como, mesmo que se aceitasse a criação judicial do direito, nada poderia assegurar que órgão julgador estaria obrigado a respeitar os precedentes. De resto, tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva foram obrigadas a admitir a revogação do precedente cujo conteúdo não pudesse ser reprisado

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to Injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the special need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedente elsewhere than in this House” (LORD GARDINER. Statements to the House: Judicial Precedent. www.parliament.uk, Londres, 29 de jul. de 1966). Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>>. Acesso em: 6 de dez. de 2021. Tradução livre: “Vossas Senhorias consideram o uso do precedente como um fundamento indispensável sobre o quê decidir, o que é a lei e sua aplicação a casos individuais. Ele fornece pelo menos algum grau de certeza sobre o qual os indivíduos podem confiar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de normas jurídicas. No entanto, Vossas Senhorias reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado da lei. Propõem, por conseguinte, modificar a sua prática atual e, embora tratando das anteriores decisões desta *House* como normalmente vinculativas, afastar-se de uma decisão anterior quando tal se afigurar correto. A este respeito, terá presente o perigo de perturbar retrospectivamente os fundamentos sobre os quais foram celebrados os contratos, acordos patrimoniais e fiscais, bem como a necessidade especial de segurança quanto ao direito penal. Este anúncio não se destina a afetar o uso de outros lugares que não sejam nesta *House*”.

sem gerar injustiça no caso concreto. Ambas as teorias, à guisa de conclusão, estavam cientes do dever judicial de observância aos precedentes.

De tudo, o que muito interessa, diante da argumentação de MACCORMICK, é que os próprios juízes do *common law* chegaram à conclusão de que a ruptura com o passado significaria legislar e, por isso, mantiveram-se confinados aos precedentes, a exemplo do marco decisório firmado em *London Tramways Co. v. London County Council*, dando uma bela demonstração concreta, porque perceptível da história dos precedentes, de que a aceitação da natureza declaratória da decisão judicial não é incompatível com a doutrina do *stare decisis*.⁷² Deixa-se bem claro, contudo, que não se afirma que a base do *stare decisis*, em Inglaterra, somente poderia se situar na órbita da teoria declaratória, ou que esta vertente justificaria, com perfeição, o sistema de precedentes vinculantes. Em verdade, nem a teoria declaratória, nem a constitutiva, seriam capazes e suficientes em si para acreditar a doutrina de *stare decisis*, em seu estado absoluto ou em sua conformação pura.⁷³ Quando muito, estariam a indicar a importância do positivismo jurídico na sua consolidação, como resposta das Cortes inglesas à teoria constitutiva, mas que, talvez, se desacompanhada da mudança ocorrida no Século XVI, relacionada à forma de julgamento, não se chegaria ao mesmo resultado. Por isso a ênfase feita por NEIL DUXBURY de que a motivação das decisões judiciais, compiladas em textos escritos, foi o impulso necessário e vital para a consolidação e sobrevivência do sistema de *stare decisis*,⁷⁴ em cuja experiência exitosa se espelha diversos países do globo, incluindo aqueles de tradição de *civil law*, a exemplo do Brasil.⁷⁵

⁷² MACCORMICK, *op. cit.*, 1966, p. 204.

⁷³ WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of *stare decisis*. In: GOLDSTEIN, *op. cit.*, 1987, p. 87.

⁷⁴ De forma curiosa, em Canadá, houve um tempo em que se publicou uma lei estabelecendo que o precedente firmado por cortes superiores vincularia as cortes de origem. Isso aconteceu na província de Ontário, ao ano de 1985, revisada em 1927, na qual referia: “31(1) The decision of a Divisional Court on a question of law or practice unless overruled or otherwise impugned by a higher court shall be binding on all Divisional Courts and on all other courts and judges and shall not be departed from in subsequent cases without the concurrence, of the judges who gave the decision.

(2) It shall not be competent for any Judge of the High Court Division in any case before him to disregard or depart from a prior known decision of any other judge of co-ordinate authority on any question of law or practice without his concurrence”. Tradução livre: “31(1) A decisão de uma *Divisional Court* sobre uma questão de lei ou prática, a menos que seja anulada ou contestada por um tribunal superior, será vinculante para todas as *Divisional Courts* e para todos os outros tribunais e juízes e não deve ser afastada em casos subsequentes sem a concordância dos juízes relatores da decisão.

(2) Não é da competência do Juiz da *High Court Division* ignorar ou afastar-se de uma decisão anterior conhecida de qualquer outro juiz de autoridade coordenada em questão de lei ou prática sem a sua concordância”. Em 1931, pela S.O. 1931, c. 24, s. 5, a lei foi revogada.

⁷⁵ DUXBURY, *op. cit.*, 2008, p. 25.

1.3. A consolidação da doutrina de *stare decisis* em solo estadunidense

Já no que concerne à experiência dos Estados Unidos, muito embora se pretendessem inovadores nas formas e princípios, sofreram forte influência do direito inglês, notadamente na incorporação da sistemática dualista (*common law jurisdiction* e *equity jurisdiction*), como também no julgamento mediante o auxílio do *jury*, tanto para as causas cíveis, quanto para as causas criminais. A independência, portanto, no plano jurídico, não implicou uma cisão com o passado, a despeito, claro, de suas significativas diferenças. Isso se deve, entre outros aspectos, à influência do direito romano, bem como à necessidade de se implementar um sistema organizacional político refratário aos abusos cometidos pela autoridade real inglesa.⁷⁶

Ressalte-se, no entanto, que, do ponto de vista histórico, o direito estadunidense, em que pese fragmentado, seguiu, *pari passu*, a experiência jurídica britânica até a promulgação da Constituição dos Estados Unidos, em 1787. Essa, sem sombra de dúvidas, representou um marco fundamental na história do constitucionalismo global, adotando, como postulados fundantes, o princípio republicano, em contraposição ao sistema monárquico; o princípio da separação dos poderes, cujas competências foram repartidas em três esferas de governo (executiva, legislativa e judiciária), controladas reciprocamente pelo sistema de *checks and balances*; o princípio do federalismo, conferindo ampla autonomia administrativa, legislativa e judiciária aos entes federados, sequiosos de sua independência, mas, ainda assim, movidos pelo sentimento de pertença a uma União; e, por fim, o princípio democrático, patente desde logo nas palavras com que abre seu preâmbulo (“[n]ós, o Povo dos Estados Unidos”, em inglês “[w]e the People of the United States”), pelas quais se deposita o poder soberano no seio da nação.

A partir de então, o direito estadunidense ganhou vida própria, distante de sua raiz genética. As realidades de uma nação do Novo Mundo, com suas dimensões continentais, não permitiram a adoção de institutos forjados para uma sociedade circundada por água e profundamente enraizados em uma mundivisão feudal, como é o caso do direito agrário (*land law*). De todo modo, auxiliaram e influenciaram na formatação do direito material, além, é claro, do próprio procedimento decisório nos

⁷⁶ A título de curiosidade, o território que hoje é a Flórida, foi primariamente ocupado por colonos espanhóis. Na Louisiana, os primeiros colonos eram de origem francesa. Ver: MEHREN, Arthur von. *The U.S. Legal System: between the Common Law and the Civil Law Legal Traditions*. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparado e Straniero, 2000.

moldes do *common law*.⁷⁷ Sem embargo de inúmeras adequações ao contexto institucional americano, as cortes de justiça dos Estados Unidos julgam, com vigorosa frequência, segundo os princípios da teoria do *stare decisis*.⁷⁸ Com maior complexidade, é verdade, pressupondo o arquétipo governamental adotado, a interferir na definição de conceitos jurídicos e sua aplicabilidade. São bem conhecidas, por exemplo, as divergências que opõem os direitos dos diferentes entes federados em matéria societária e de valores imobiliários. Algo semelhante ocorreu em matéria de divórcio. Destaca-se, nesse domínio, o Estado do Nevada, que já foi apodado de *divorce mill* pela extrema facilidade com que desde cedo se admitiu o instituto, mesmo na ausência de um dos cônjuges. No tocante aos regimes matrimoniais de bens, enquanto a maior parte dos Estados consagra a sua separação (herança, aliás, do direito inglês), oito Estados do sul e do oeste, bem como Porto Rico, acolhem regimes de comunhão. Há ainda consideráveis disparidades quanto à admissibilidade da pena de morte, a qual foi abolida em 20 Estados e no Distrito de Columbia, mas que se mantém em vigor nos demais.⁷⁹

Por sua vez, ao lado do sistema precedencial, há um crescente movimento de codificação, a exemplo das *Federal Rules of Civil Procedure*; *Uniform Commercial Code*, entre outros.⁸⁰ Não sem razão a sensibilidade de GRAHAM HUGHES ao identificar, a partir do Século XIX, um “massive increase in the legislative activity, a tendency that has intensified greatly in the twentieth century”.⁸¹ Nessas situações, regradas por lei (*statute*), eventuais precedentes detêm menor peso. Não obstante, um julgado que interpreta o texto legal passa a ter, em seguida, *binding force* para futuros casos

⁷⁷ Aliás, é de se ter em conta que o primeiro *Law Report* americano foi publicado em Connecticut, no ano de 1789. Não demorou muito para que vários Estados regulamentassem a edição de coleções oficiais. Em outros, os próprios juízes das *Courts of Appeals* providenciaram a seleção e publicação por sua própria iniciativa.

⁷⁸ HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*, New Haven: Yale University, 1993, p. 37.

⁷⁹ Estados que aboliram a pena de morte: Michigan; Wisconsin; Maine; Minnesota; Alasca; Havaí; Vermont; Iowa; West Virginia; North Dakota; Massachusetts; Rhode Island; New York; New Jersey; New Mexico; Illinois; Connecticut; Maryland; Delaware; Washington e District of Columbia.

⁸⁰ Anote-se que o sistema inglês também não ficou imune a esse movimento. O Reino Unido, “primeiro bastião da *common law*, passa a contar cada vez mais com normas jurídicas de origem legislativa, por contra, entre outros fatores, de sua incorporação à União Europeia, cujo sistema jurídico supranacional vincula-se francamente à família de *civil law*, influenciando os ordenamentos de todos os países membros” (MALLET, Estêvão. Prefácio. In: PRITSCH, Cesar *et al.* (Orgs.). *Precedentes no Processo do Trabalho*: teoria geral e aspectos controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 6).

⁸¹ HUGHES, Graham. Common Law systems. In: MORRISON, Alan B. (Org.). *Fundamentals of American Law*. Oxford: Oxford University, 1999, p. 14. Tradução livre: “aumento maciço da atividade legislativa, uma tendência que se intensificou muito no Século XX”.

análogos.⁸² Destarte, ainda hoje, prevalece entre os juristas estadunidenses a ideia clássica de que o sistema de *common law* consiste na aplicação da razão e da experiência, pelo que

[t]oda a teoria que daí decorre parte da suposição de que a experiência proporcionará o fundamento mais satisfatório para os *standards* da ação e princípios de decisão. Sustenta-se, com acerto, que o direito não pode ser criado arbitrariamente por um fiat da vontade soberana, mas, sim, descoberto pela experiência judicial e jurídica baseada em regras e princípios que, no passado, lograram alcançar uma solução justa ou fracassaram nesse intento.⁸³

O passo adiante, contextualizado o panorama histórico, consiste na definição de precedente e sua relevância na ordem processual presente. A tarefa não é fácil, na medida em que a cultura sedimentada em cada nação do globo há de influenciar sobremaneira na sua significação, extensão e aplicação. De certa forma, vale o esforço, pois, para melhor aplicá-lo, preza-se, antes de mais, pela sua compreensão.

⁸² SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Aushgate, 1997, p. 365.

⁸³ POUND, Roscoe, *El espíritu del "common law"*. Barcelona: Bosch, 1954, p. 182.

2. PRECEDENTE EM UMA PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA: CONCEITO E MÉTODOS

Que a razão lhe sirva para fazer com que a verdade apareça onde pareça estar escondida e esconda o falso que parece verdadeiro.

WILLIAM SHAKESPEARE

2.1. Noções conceituais

A primeira reflexão que se propõe fazer consiste na definição de precedente. Se é certo dizer que prender institutos em conceitos e afins, de algum modo, acaba por não englobar o fenômeno em sua inteireza, também não menos correto afirmar que a busca de definição não só oferece didaticidade, como, sobretudo, auxilia o operador do direito na construção do instituto no cotidiano hermenêutico próprio do exegeta. Em se tratando de conceito desenvolvido em países de tradição de *common law*, não se pretende, aqui, esgotar suas vicissitudes ou enquadrá-lo em espaços herméticos e solipsistas. Nesse aspecto, a primeira premissa a ser traçada é o redimensionamento das ambições no iminente mister, a fim de não frustrar expectativas ou quebrar promessas, mesmo porque ainda é tema bastante palpitante naquelas terras. Se ainda o é naqueles países, maior é o alvoroço em territórios de tradição de *civil law*, os quais estão a engatinhar em um sistema forasteiro e, em sua perspectiva, novo.

Radicada do latim *praecedens*, precedente é “aquilo que precede; antecedente”. Como substantivo, pode ser tanto um “fato ou circunstância considerado em relação de anterioridade a outros” ou “deliberação ou procedimento que serve de critério ou pretexto a práticas posteriores semelhantes”.⁸⁴

Alheio a seu escopo eminentemente jurídico, pode-se dizer que a vida, de um modo geral, é repleta de precedentes. À toda conduta praticada e reiterada no tempo, espera-se a obtenção de idêntico resultado. Isso é tão intuitivo que se faz presente no âmbito familiar. Quem tem filhos sabe que, feita qualquer concessão a um deles, o outro, em situação igual ou semelhante, logo vindicará pela percepção do mesmo tratamento (“eu também quero”), pois terá em seu favor um precedente. Qualquer alteração súbita, portanto, conduz-se ao catapultamento do elo de confiança consolidado e sedimentado no

⁸⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4ª ed. Curitiba: Positivo, 2009, p. 1616.

tempo. De maneira que confiar em um precedente faz parte da vida, com maior tônica no mundo do direito, na medida em que se espera a estabilidade das decisões judiciais; a uniformização da jurisprudência; e a isonomia (intra-processo e inter-processo). Não por outra razão que WILLIAM BLACKSTONE, em seu tratado intitulado *The Commentaries on the Laws of England*, alude à estabilidade e integridade como vetores a partir dos quais se congira o precedente, afirmando que:

for it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation; as well to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion.⁸⁵

No mesmo sentido, BENJAMIN NATHAN CARDOZO, afinado à escolástica blackstoniana, agrega à definição de precedente o tratamento isonômico, essencial para a vida democrática, ao ponderar que “if a group of cases involves the same point, the parties expect the same decision. It would be a gross injustice to decide alternate cases on opposite principles”.⁸⁶ De seu lado, emblemática é a frase externada por WILLIAM DOUGLAS, segundo a qual “there will be no equal justice under law if a negligence rule is applied in the morning but not in the afternoon”.⁸⁷ O art. 926 do CPC/2015 traduz bem esse espírito, transportando para a ordem objetiva a exortação de compelir os tribunais a promover a uniformização de sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.⁸⁸

Em sentido *lato*, precedente é “a judicial decision which contains itself a principle”.⁸⁹ Nada mais que um decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo poderá prestar-se como diretriz para o julgamento de casos

⁸⁵ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England: in four books*. Londres: Gale, Making of Modern Law, 2010, p. 69. Tradução livre: “pois é uma regra estabelecida obedecer a precedentes anteriores, sempre que os mesmos pontos se fizerem presentes; bem como para manter a escala da justiça uniforme e estável, e não suscetível de oscilação com a opinião de cada novo juiz”.

⁸⁶ CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University, 1921, p. 33. Tradução livre: “se um grupo de casos envolver o mesmo ponto, as partes esperam a mesma decisão. Seria uma grande injustiça decidir casos alternativos com princípios opostos”.

⁸⁷ DOUGLAS, William O. Stare Decisis. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 49, n. 6, p. 735-758, 1949, p. 735-736. Tradução livre: “não haverá justiça igualitária perante a lei se uma regra de negligência for aplicada pela manhã, mas não à tarde”.

⁸⁸ Conforme CPC/2015, art. 926: “[o]s tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Em certa medida, retrata a ordem processual civil brasileira o pensamento de CARDOZO ao ponderar que: “adherence to precedent must then be the rule rather than the exception if litigants are to have faith in the even-handed administration of justice in the courts” (CARDOZO, *op. cit.*, 1921 p. 34). Tradução livre: “a aderência a precedentes deve ser mais a regra do que a exceção se os litigantes detiverem confiança na administração imparcial da justiça nos tribunais”.

⁸⁹ SALMOND, John. *Jurisprudence*. 7ª ed. Mytholmroyd: Sweet & Maxwell, 1924, p. 201. Tradução livre: “uma decisão judicial contém em si mesma um princípio”.

análogos.⁹⁰ Em rigor, transluz-se em uma decisão-precedente, a englobar, nessa extensão, o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva.⁹¹ A partir da leitura da decisão-precedente, será possível extrair uma norma jurídica individual, mas generalizável (universalizável), e a norma jurídica concreta resultante dessa aplicação,⁹² ou seja, os fundamentos determinantes (*ratio decidendi* ou *holding*) do precedente aplicados (*followed*) para a solução do caso concreto subsequente.

Entretanto, nem toda decisão judicial tem a natureza de precedente.⁹³ Com efeito, a decisão judicial sequer nasce com essa pretensão: de se tornar uma regra ou princípio extraído de um caso concreto e, ao mesmo tempo, universalizável. Toma-se, por exemplo, o caso emblemático e corriqueiramente citado como o precursor do *judicial review*⁹⁴, *Marbury v. Madison*, no ano de 1803.⁹⁵

⁹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 441.

⁹¹ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 70.

⁹² MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 206, p. 61-77, 2012.

⁹³ A propósito: “[i]t must be observed that at the common law not every opinion expressed by a judge forms a Judicial Precedent. In order that an opinion may have the weight of a precedent, two things must concur: it must be, in the first place, an opinion given by a judge, and, in the second place, it must be an opinion the formation of which is necessary for the decision of a particular case; in other words, it must not be *obiter dictum*” (AUSTIN, *op. cit.*, 1885, v. 2, p. 627). Tradução livre: “[d]eve-se observar que, no *common law*, nem toda decisão expressa por um juiz constitui um precedente. Para que uma opinião tenha o peso de um precedente, duas coisas devem coincidir: deve ser, em primeiro lugar, uma opinião emitida por um juiz e, em segundo lugar, deve ser uma opinião cuja formação é necessária para a decisão de um caso particular; em outras palavras, não deve ser *obiter dictum*”.

⁹⁴ O que normalmente se difunde nos alfarrábios constitucionais é que *Marbury v. Madison* traduz-se no *leading case* a respeito da moderna prática de *judicial review*. No entanto, lido em contexto, *Marbury v. Madison* foi um “acidente de percurso”, além de que o *judicial review* já era praticado há algum tempo, como em *Kemper v. Hawkins*, analisado e julgado pela Corte de Virgínia no ano de 1793, quando, expressamente, se afirmou que: “the constitution applied to the judiciary as well as to the other branches, and judges could not permit themselves to be made “fit agents” in abetting legislative illegality but should instead uphold constitutional values on behalf of the people -though only if the legislative violation was plain and clear”. Tradução livre: “a constituição aplicava-se ao judiciário, bem como aos outros poderes, e os juízes não podiam se considerar ‘agentes adequados’ no incentivo à ilegalidade legislativa, mas deveriam, em vez disso, defender os valores constitucionais em nome do povo – com exceção a violações simples e claras”. A respeito deste marco decisório, HAINES ponderou que: “Kemper was the most well-known and influential decision on judicial review prior to *Marbury*-partly because it came from the respected Virginia court, and partly because it was published in pamphlet form and was thus more accessible than other opinions in an age before official reports were common” (HAINES, Charles Grove. *The american doctrine of judicial supremacy*. Whitefish: Kessinger, 1914, p. 104). Tradução livre: “*Kemper* foi a decisão mais conhecida e influente na revisão judicial antes de *Marbury*, em parte porque veio do respeitado tribunal da Virgínia e em parte porque foi publicada em forma de panfleto e, portanto, mais acessível do que outras decisões em um tempo anterior aos relatórios oficiais”. De todo modo, a relação entre *Marbury* e a moderna prática de revisão judicial ainda permanece importante. Para maior aprofundamento, ver: KRAMER, Larry D. *Marbury and the Retreat from Judicial Supremacy*. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, v. 20, n. 2, p. 205-230, 2003; e WHITTINGTON, Keith E. *An Indispensable Feature - Constitutionalism and Judicial Review*. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Nova York, v. 6, n. 1, p. 21-34, 2002.

⁹⁵ 5 U.S. 137, 177 (1803).

Ao longo do debate presidencial travado em 1789, JAMES MADISON alinhou o primeiro argumento básico favorável ao *judicial review*, *verbis*: “I acknowledge, in the ordinary course of government, that the exposition of the laws and constitution devolves upon the judicial”. Não se seguiu, entretanto, que as decisões judiciais devessem adquirir especial estatura ou *status*.⁹⁶ Também em sua *opinion*, JOHN MARSHALL não disse que “it is the job of courts, alone, to say what the Constitution means”.⁹⁷ Muito menos sinalizou que “it is the job of courts, more so than others, to say what the Constitution means”.⁹⁸ Em separar o joio do trigo, como diz sabiamente o brocardo popular, apenas fez a ponderação de que “it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what law is”. Lida isoladamente, fora de contexto, tal afirmação serviria de argumento robusto o suficiente para concluir que JOHN MARSHALL era ávido defensor da supremacia do Poder Judiciário.⁹⁹ As circunstâncias, inclusive, são propícias a esse tipo de equívoco. Em regra, os precedentes de grande repercussão envolvem decisões de abrangência da Suprema Corte dos Estados Unidos ou, pelo menos, de um dos seus Estados. Sucede que, em *Marbury*, especificamente, pretendeu-se dizer que “courts, too, can say what the

⁹⁶ “But, I beg to know, upon what principle it can be contended that any one department draws from the constitution greater powers than another, in marking out the limits of the powers of the several departments. The constitution is the charter of the people to the government; it specifies certain great powers as absolutely granted, and marks out the departments to exercise them. If the constitutional boundary of either be brought into question, I do not see that any one of these independent departments has more right than another to declare their sentiments on that point”, conforme discurso de MADISON perante a *House of Representatives* em 17 de junho de 1789 (RUTLEDGE, Robert A. *et al* (Orgs.). *The papers of James Madison*. Virginia: The University of Virginia, 1979, p. 238). Tradução livre: “[e]u reconheço, no curso normal do governo, que a exposição das leis e da constituição recai sobre o judiciário. Mas, imploro para saber, com base em que princípio pode ser alegado que qualquer departamento extrai da constituição poderes maiores do que outro, para demarcar os limites dos poderes dos vários departamentos. A constituição é a carta do povo ao governo; especifica certos grandes poderes como absolutamente concedidos e demarca os departamentos para exercê-los. Se o limite constitucional de qualquer um deles for questionado, não vejo que nenhum desses departamentos independentes tenha mais direito do que outro de declarar seus sentimentos sobre esse ponto”.

⁹⁷ KRAMER, *op. cit.*, p. 214. Tradução livre: “é função dos tribunais, unicamente, definir o significado da Constituição”.

⁹⁸ KRAMER, *op. cit.*, p. 214. Tradução livre: “é função dos tribunais, mais do que qualquer outro poder, dizer o que a Constituição significa”.

⁹⁹ Sobre esse equívoco, KRAMER faz uma severa crítica, justamente porque MARSHALL perfilhava da mesma linha política defendida por THOMAS JEFFERSON, segundo a qual “each of the three departments has equally the right to decide itself what is its duty under the constitution, without regard to what the other may have decided for themselves under a similar question”. Tradução livre: “cada um dos três poderes tem igualmente o direito de decidir qual é o seu dever de acordo com a constituição, sem levar em conta o que o outro possa ter decidido por si mesmo em uma questão semelhante”. Daí que “Marshall's opinion in *Marbury* cannot possibly be used as authority for judicial supremacy. Quite the opposite, it was an abandonment of the idea and na endorsement of the Jeffersonian theory of departmentalism. The current Supreme Court could hardly be more wrong when it cites *Marbury* as authority to reject that very theory” (*Ibidem*, p. 229). Tradução livre: “opinião de Marshall em *Marbury* não pode ser usada como autoridade para a supremacia judicial. Muito pelo contrário, foi um abandono da ideia e um endosso da teoria jeffersoniana do federalismo. A atual Suprema Corte dificilmente poderia estar mais errada quando cita *Marbury* como autoridade para rejeitar essa mesma teoria”.

Constitution means”.¹⁰⁰ A retórica, aliás, confirma-se com os fundamentos lançados em *Kemper v. Hawkins*, com o alerta feito pelo magistrado GEORGE TUCKER, já naquela época, de que a Constituição se traduz em cânone “to all the departments of the government”.¹⁰¹

Tirante as oscilações de entendimentos, naturais em temas complexos, o que por ora se mostra relevante demonstrar é que a decisão exarada em *Marbury v. Madison* não nasceu com o auspicioso intento de se tornar um precedente. Tanto assim é que foi pouco notado em seu tempo.¹⁰² Somente tomou essa qualificação um século mais tarde, em *Cooper v. Aaron*¹⁰³, na opinião redigida pelo então JUSTICE WILLIAM BRENNAN, assinalando a importância de *Marbury* para a doutrina do *judicial review*.¹⁰⁴ *Marbury*, disse a Corte em *Cooper*, declarou:

the basic constitutional proposition that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system.¹⁰⁵

Dali em diante, *Marbury* passou a ser o referencial da doutrina do *judicial review*, citado, em inúmeras ocasiões, como precedente tanto pela Suprema Corte dos Estados Unidos quanto pelos tribunais federais e estaduais, alcançando, para alguns, uma estatura mítica dentro do direito constitucional estadunidense.¹⁰⁶

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 214. Tradução livre: “os tribunais também podem dizer o que a Constituição significa”.

¹⁰¹ *Kemper v. Hawkins*, 3 Va. (1 Va. Cases), p. 78-79. Tradução livre: “para todos os poderes do governo”.

¹⁰² “Marbury was little noticed during the first century of our national existence” (CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and judicial review*. Lawrence: University of Kansas, 1989, p. 125). Tradução livre: “Marbury foi pouco notado durante o primeiro século de nossa existência nacional”.

¹⁰³ 358 U.S. 1 (1958)

¹⁰⁴ “Cooper v. Aaron transformed Marbury into the modern symbol of judicial power, and elevated a different dimension of John Marshall's argument into the standard judicial and legal rhetoric of the late twentieth century” (WHITTINGTON, Keith E.; RINDERLE, Amanda. Making a Mountain out of a Molehill - Marbury and the Construction of the Constitutional Canon. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, São Francisco, v. 39, n. 4, p. 824-860, 2012, p. 825). Tradução livre: “Cooper v. Aaron transformou Marbury no símbolo moderno do poder judicial e elevou uma dimensão diferente do argumento de John Marshall à retórica judicial e legal padrão do final do século XX”.

¹⁰⁵ 358 U.S. 1 (1958), p. 17-18. Tradução livre: “a premissa constitucional básica de que o Judiciário federal é supremo na exposição da lei da Constituição, e esse princípio tem sido, desde então, respeitado por esta Corte como um elemento permanente e indispensável de nosso sistema constitucional”.

¹⁰⁶ “Marbury was relatively unimportant at first [...] its ascendance in the American constitutional law canon came much later [...] after its meaning was recast in mythic form” (RUGER, Theodore W. A question which convulses a nation: the early Republic's greatest debate about judicial review power. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 117, n. 3, p. 826-897, 2004, p. 829). Tradução livre: “Marbury foi relativamente sem importância no início, [...] sua ascensão no cânone do direito constitucional americano veio muito [...] mais tarde, depois que seu significado foi reformulado de forma mítica”.

Pelo que se percebe e merece a essa altura frisar é que, a despeito de a decisão judicial não ser predestinada a formar um precedente, o juiz do caso subsequente, ao verificar a identidade de situações fáticas, poderá aplicar o mesmo elemento normativo fixado anteriormente. Em *Cooper v. Aaron*¹⁰⁷, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo do Estado de Arkansas resistiram ao cumprimento da decisão exarada em *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁰⁸, suspendendo a ordem de dessegregação pelo interregno de dois anos, o que ensejou o controle de constitucionalidade do ato legislativo pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A mesma *quaestio* subjacente a *Marbury v. Madison*¹⁰⁹, em que se discutia a legalidade do ato praticado por este (*James Madison*), na condição de Secretário de Estado, em não conceder ao primeiro (*William Marbury*) a investidura para o cargo de juiz de paz.¹¹⁰ Ambos, ao fim e ao cabo, retratam a possibilidade de os atos legislativos e administrativos sujeitarem-se ao controle jurisdicional acerca de sua legalidade e constitucionalidade.

Também é de se ter em conta que o precedente não se resume à norma que nele se possa identificar. MAX RADIN, com propriedade, declarava que “remember that the rule of precedent, or *stare decisis*, is a means and not an end”.¹¹¹ Nesse encaixo, em que pese a unidade conceitual, quando decomposto, aparecem no precedente duas partes distintas. A primeira gravita em torno das circunstâncias de fato concebidas como essenciais para a resolução da controvérsia. A segunda parte, por sua vez, traduz-se na conclusão jurídica ou resultado assentado na motivação. De modo que, em sentido próprio, precedente é fato jurídico, apresentando-se como instrumento de criação normativa e desenvolvendo-se a partir de uma designação relacional entre duas ou mais decisões. Em sentido impróprio, é norma, significado este alcançado pela redução do termo “norma do precedente”, que é precisamente a *ratio decidendi*.¹¹² Ao decidir um caso, o magistrado cria (reconstrói), necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da interpretação dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao direito positivado. A segunda, de caráter individual, constitui a sua resposta decisória para aquela situação específica que se lhe põe para a análise. Como toda resposta, ela só pode ser compreendida em razão do conjunto de perguntas,

¹⁰⁷ 358 U.S. 1 (1958)

¹⁰⁸ 347 U.S. 483 (1954)

¹⁰⁹ 5 U.S. 137, 177 (1803)

¹¹⁰ Similar aos *magistrates* da atualidade.

¹¹¹ RADIN, Max. The Trial of the Calf. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 32, n. 2, p. 137-159, 1946. Tradução livre: “lembrem-se que o *rule of precedent*, ou o *stare decisis*, é um meio e não um fim”.

¹¹² MACEDO, *op. cit.*, 2017, p. 92-93

argumentos e contra-argumentos expendidos pelas partes e enfrentados na fundamentação.

2.1.1. *A ratio decidendi e o obiter dictum*

2.1.1.1. *O obiter dictum*

A decomposição do precedente em duas partes diversas, mas que, simultaneamente, dialogam e convergem, formando um todo unitário, faz emergir seu núcleo normativo, cujo conteúdo servirá de bússola norteadora para a definição de casos futuros quando semelhantes as circunstâncias de fato. Esse trabalho de pincelar a *ratio decidendi*, contudo, nem sempre se mostra de maneira evidente, máxime porque, não raras vezes, acompanhada de premissas interpretativas que não acrescentam tampouco definem a norma do precedente.

Ainda em *Marbury v. Madison*,¹¹³ quando a Suprema Corte dos Estados Unidos encerrou a questão, decidindo que: (i) William Marbury tinha o direito de ser empossado ao cargo de juiz de paz; (ii) o *mandamus* era o remédio processual hábil e adequado para atacar o ato ilegal e (iii) a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789 era inconstitucional; agudizou a hostilidade entre o Presidente Thomas Jefferson e o Chief Justice John Marshall. Anos depois, em comentário à *opinion* redigida por John Marshall, THOMAS JEFFERSON registrou que:

[t]he court determined at once that, being an original process, they had no cognizance of it, and therefore the question before them was ended; but the Chief Justice went on to lay down what the law would be had they jurisdiction of the case, to-wit: that they should command the delivery. The object was clearly to instruct any other court having the jurisdiction what they should do if Marbury should apply to them [...]. Yet this case is continually cited by bench and bar as if it were settled law, without animadversion on its being an obiter dissertation of the Chief Justice.¹¹⁴

¹¹³ 5 U.S. 137, 177 (1803)

¹¹⁴ DILLON, John Forrest. *John Marshall Memorial*. Vol. III, BiblioLife: South Carolina, 2009, p. 116. Tradução livre: “[a] corte determinou imediatamente que, sendo um processo originário, eles não o conheceriam e, portanto, a questão diante deles foi encerrada; mas o *Chief Justice* passou a estabelecer qual seria o direito aplicável se eles tivessem jurisdição sobre o caso, a saber: que eles deveriam ordenar a *delivery*. O objetivo era claramente instruir qualquer outra corte competente sobre o que eles deveriam fazer se *Marbury* se dirigisse a eles [...]. No entanto, esse caso é continuamente citado pelos tribunais como se fosse um direito posto, sem objeções por ser uma dissertação *obiter* do Chief Justice.”.

Isso porque a decisão, pese embora o resultado inusitado, foi além do que necessariamente deveria constar, especificamente no momento em que Marshall consignou não ter “jurisdiction to issue such writ”, mas, acaso tivesse, “the Federal court could compel the Executive to perform a certain act.” Um recado dirigido ao Presidente, prescindível à solução da *quaestio*, mas que, no fundo, prestou-se como réstia suficiente a fragilizar sua relação com o então *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos.¹¹⁵ Justamente pela sua dispensabilidade, posto que em nada alteraria a norma do precedente, a essa afirmação se empresta o nome de *obiter dictum*. Nesse mesmo sentido é o comentário do juiz JAMES MITCHELL, sobre a *opinion* de Marshall, *verbis*:

the case is notable in that holding that it had no jurisdiction to issue such a writ, the court's opinion on Marbury's title to the office, and the power of the judiciary to compel the performance of duty by executive officers, was obiter.¹¹⁶

Em termos conceituais, entende-se por *obiter dictum*¹¹⁷ o conjunto de expressões reverberado na decisão, mas que desnecessário à solução da controvérsia.¹¹⁸ Contudo, é de insofismável relevância a sua definição, mormente pela possibilidade de uso manipulativo para tangenciar a força vinculante dos precedentes, como “a device

¹¹⁵ Segundo o então Senador WILLIAM LINDSAY, “Jefferson's friends complained that the opinion in *Marbury v. Madison* was an extra judicial attack on the President, and in view of the adjudged want of jurisdiction in the court, there was apparent foundation for the complaint” (DILLON, John Forrest. *John Marshall Memorial*. Vol. II, BiblioLife: South Carolina, 2009, p. 350). Tradução livre: “[o]s amigos de Jefferson reclamaram que a opinião em *Marbury v. Madison* foi um ataque extrajudicial ao presidente e, em vista da falta de jurisdição do tribunal, havia aparente fundamento para a reclamação”. De seu lado, SANFORD LADD, em referência ao caso, disse que: “the court having declined to entertain the cause, for want of jurisdiction, discussion of the other questions involved was obiter, and provoked at the time the severest criticism of Jefferson and his political associates. Obviously, this criticism was well founded” (DILLON, John Forrest. *John Marshall Memorial*. Vol. II, BiblioLife: South Carolina, p. 556). Tradução livre: “tendo a corte recusado a considerar a causa, por falta de jurisdição, a discussão das outras questões envolvidas foram abordadas, e provocou, na época, as mais severas críticas a Jefferson e seus associados políticos. Obviamente, essa crítica foi bem fundada”.

¹¹⁶ DILLON, John Forrest. *John Marshall Memorial*. Vol. I, BiblioLife: South Carolina, 2009, p. 481. Tradução livre: “o caso é notável por apontar a ausência de jurisdição para emitir o mandado, a opinião da corte sobre o título de *Marbury* para o cargo, e o poder do judiciário para obrigar o desempenho do dever pelo executivo foi abordada”.

¹¹⁷ Derivada do latim *dicere*, *dictum* significa dizer.

¹¹⁸ WILLIAM SULLIVAN, sobre a questão, define *obiter dicta* como: “an opinion not necessary to the decision of the question before the court constitutes a part of that decision, to which broader doctrine we resort when the language from which we seek to distinguish our case is not merely too broad a statement of the principle announced by the court in deciding the prior case, but is language not at all necessary for that decision” (SULLIVAN, William Cleary. What is a precedent? *Georgetown Law Journal*, Washington, D.C., v. 11, n. 2, p. 1-9, 1923, p. 7). Tradução livre: “um posicionamento acessório à decisão sobre determinada questão, a constituir parte daquela, mediante a qual, mais amplamente, recorre-se na doutrina quando a linguagem que busca distinguir nosso caso não é apenas uma declaração muito ampla do princípio anunciado pela corte na decisão do caso anterior, mas a linguagem não necessária para essa decisão”.

employed by subsequent courts for the adoption or rejection of doctrines expressed in prior cases, according to the inclination of the judges”.¹¹⁹ Por essa razão a natureza não vinculante, a impedir sua utilização como pretexto para legislar, resolvendo casos futuros e estranhos à discussão travada no precedente, sem que exercido o pleno contraditório.¹²⁰

EUGENE WAMBAUGH, sobre esse risco, adverte que:

Nenhum *dictum* é autoridade vinculante [*authority of the highest sort*]. Dar-lhe tal força seria dar a juízes o poder de decidir antecipadamente um caso que não se lhes foi posto, um caso meramente hipotético, e vincular através de tal decisão a corte que adjudicará tal caso hipotético pode se tornar um problema prático. Isto constituiria poder de legislar e, ainda pior, um poder exercido sem o pleno contraditório em tal caso hipotético. Não obstante, algum peso é apropriadamente conferido ao *dictum*, um peso similar àquele conferido aos textos dos eruditos doutrinadores; neste sentido um *dictum* é autoridade [persuasiva], com seu peso variando conforme a erudição da corte e quantidade de debate da corte sobre o ponto coberto pelo *dictum*.¹²¹

Essa noção conceitual foi incorporada pela doutrina brasileira, remetendo-se o *obiter dictum* à opinião jurídica adicional, paralela e dispensável à fundamentação e conclusão da decisão, mas que poderá sinalizar uma orientação futura do tribunal. Confira-se, a propósito, a doutrina de FREDIE DIDIER JÚNIOR sobre este ponto em destaque:

[o] *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”).¹²²

A se ver, carrega o *obiter dictum* uma feição negativa e excludente.¹²³ Tudo que não compuser a *ratio decidendi* será, por automática exclusão, *dicta*, o que, em rigor,

¹¹⁹ DIAS, R. W. M. *Jurisprudence*. 4ª ed. Oxford: Butterworth, 1976, p. 192. Tradução livre: “artifício utilizado pelos tribunais subsequentes para a adoção ou rejeição de doutrinas expressas em casos anteriores, de acordo com a inclinação dos juízes”.

¹²⁰ De acordo com o juiz PIERRE LEVAL do Segundo Circuito, “one reason that dictum is not binding is that it may not have been fully considered to the extent that it speaks to issues not directly before the court” (ABRAMOWICZ, Michael; MAXWELL, Stearns. *Defining Dicta*. *Stanford Law Review*, Stanford, v; 57, n. 4, p. 953-1094, 2005, p. 957). Tradução livre: “uma razão pela qual o *dictum* não é vinculante é que ele pode não ter sido totalmente considerado, na medida em que fala de questões indiretas perante a corte”.

¹²¹ WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. 2ª ed., Little, Brown, 1894, p. 19.

¹²² DIDIER JUNIOR., *op. cit.*, 2015, v. 2, p. 444.

¹²³ A propósito, há uma grande preocupação do Tribunal Supremo da Espanha em distinguir *ratio decidendi*

não é tarefa das mais fáceis de se executar. Em *Hedley Byrne v. Heller*¹²⁴, por exemplo, todos os cinco Lords aderiram ao fundamento de que se é possível a responsabilização do advogado em perdas e danos em função de negligência na representação. Todavia, em *Hedley*, não houve condenação, pois que o instrumento de mandato negociado expressamente excluía qualquer responsabilidade. Nesse espeque, poder-se-ia concluir que a possibilidade de responsabilização por negligência na representação, já que sem correspondência com o caso concreto, teria característica de *dictum*. Até natural que assim fosse enquadrado, mas, porque contou com a adesão de todos os cinco Lords:

that would be an unrealistic view to take. When five members of the House of Lords have all said, after close examination of the authorities, that a certain type of tort exists, I think that a judge of first instance should proceed on the basis that it does exist without pausing to embark on an investigation of whether what was said was necessary to the ultimate decision.¹²⁵

No Brasil, recentemente, nos autos do recurso extraordinário tombado sob o nº 760.931, correspondente ao Tema 246 de Repercussão Geral, muito se discutiu acerca da natureza das afirmações realizadas pelos Ministros do STF, se integrantes da *ratio decidendi* ou se *dicta*, especificamente quanto ao encargo probatório atinente à comprovação da culpa na eleição e fiscalização da empresa contratada pelo Poder Público, nas hipóteses de terceirização. Houve Ministros, entre eles Rosa Weber, Edson Fachin, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso, não necessariamente nessa ordem, que sugeriram a obrigatoriedade de o ente público demonstrar, ainda que por amostragem, a realização de uma adequada fiscalização, consignando, em juízo, créditos devidos à empresa terceirizada com vistas a amainar os prejuízos dos trabalhadores. Destaca-se, neste ponto, a afirmação do MINISTRO BARROSO, o qual, em aderência ao voto da Ministra Relatora original, Rosa Weber, expressamente constou que “cabe à Administração Pública comprovar que fiscalizou adequadamente o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado”.¹²⁶ Essa sucessão de

e *obiter dictum*, para “poder fundar el motivo de casación de la jurisprudencia” (MUÑOZ, Martín Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Arazandi-Thomson Reuters, 2011, p. 198). Tradução livre: “ser capaz de estabelecer os fundamentos para cassação de jurisprudência”.

¹²⁴ *Hedley Byrne and Co. Ltd. v. Heller and Partners Ltd.* [1962] 1 Q.B. 396.

¹²⁵ *W.B. Anderson & Sons Ltd. and Others v. Rhodes (Liverpool) and Others* [1967] 2 All E.R. 850, p. 857. Tradução livre: “essa seria uma visão irreal de se adotar. Quando cinco membros da *House of Lords* disseram, após exame minucioso das autoridades, que um certo tipo de delito civil existe, acho que um juiz de primeira instância deve proceder com base no fato de que ele existe, sem necessidade de investigar se o que foi dito era necessário para a decisão final”.

¹²⁶ RE 760931/DF, p. 208. Para maior aprofundamento, ver: PRITSCH, Cesar Zucatti; JUNQUEIRA,

afirmações, a imputar à Administração Pública o ônus de provar a adequada fiscalização da empresa terceirizada, levou a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo a manejar o remédio de embargos de declaração, sem sucesso. Manteve-se, integralmente, a tese anteriormente definida, segundo a qual é vedada a responsabilização automática da Administração Pública pelos créditos trabalhistas devidos pela empresa contratada. A questão relativa ao ônus probatório, pese embora consignada em alguns votos, não integrou o elemento normativo (*ratio decidendi*) do precedente firmado e, dentro desta perspectiva, assume a qualidade de *dictum*, mas, decerto, com tons agudamente persuasivos.¹²⁷

É que, se, por um lado, não tem a força vinculante habitualmente conferida à *ratio decidendi*, por outro, não autoriza desprezar sua autoridade persuasiva. Aliás, na tradição dos países de *common law*, já se diz que o *dictum* é dotado de força persuasiva, de convencimento, cuja intensidade dependerá da autoridade e prestígio daquele tribunal que o enunciou, da precisão com que se investigou e apreciou o caso.¹²⁸ Quanto maior a hierarquia e a extensão da jurisdição de uma corte, mais fortes serão suas considerações qualificadas como *obiter dicta*. Malgrado não sejam diretamente vinculantes, as manifestações das cortes superiores sobre determinado tema indicam ou sinalizam a tendência de se decidir em certo sentido na hipótese de surgimento de uma situação concreta, sendo natural que as cortes inferiores adiram aos entendimentos por elas expressos, ainda que em *dicta*.

Dentro desse contexto, podem os *obiter dicta* ser enquadrados como atos de fala indiretos, prolatados por uma autoridade judicial, mas que não ostentam normatividade suficiente para decidir o caso concreto. Ainda assim, prestam-se como

Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. STF deixa em aberto o ônus da prova quanto à culpa in vigilando do tomador público. *Migalhas*, Ribeirão Preto, 7 de fev. de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/319963/stf-deixa-em-aberto-o-onus-da-prova-quanto-a-culpa-in-vigilando-do-tomador-publico-a-sbdi-1-do-tst-entende-que-o-ente-publico-tem-a-aptidao-para-a-prova>>. Acesso em: 11 de fev. de 2020.

¹²⁷ No Canadá, por ocasião do julgamento *Sellars v. The Queen*, ao ano de 1980 (1 S.C.R. 527, 110 D.L.R. (3d) 629), Justice CHOUNAIRD advertiu que: “not only the ratio of its decisions but also certain parts of the obiter in those decisions are binding on courts lower in the judicial pyramid”. Tradução livre: “não apenas a proporção de suas decisões, mas também de certas partes do *obiter* são vinculantes para os tribunais inferiores da pirâmide judicial”. No mesmo sentido, em *City of Ottawa v. Twp. of Nepean*, em 1943 (3 D.L.R. 802, p. 804), Robertson C.J.O. afirmou: “[w]hat was there said may be obiter, but it was the considered opinion of the Supreme Court of Canada, and we should respect it and follow it, even if we are not strictly bound by it”. Tradução livre: “o que foi dito pode ser *obiter*, mas foi a opinião considerada pela Suprema Corte do Canadá, de modo que devemos respeitá-la e segui-la, mesmo que não estejamos estritamente vinculados a ela”.

¹²⁸ MARSHALL, Geoffrey. What is a binding precedent. In: MACCORMICK; SUMMERS, *op. cit.*, 1997, p. 516.

condutos para alertar a comunidade jurídica de uma possível modificação futura que se pretende realizar, ou, então, para exortar a atividade legiferante que proceda à alteração de uma lei acometida pelo ancilosoamento de suas proposições, ou para interpretar postulados jurídicos mais abstratos, que apenas indiretamente se relacionam com o caso em juízo.¹²⁹

2.1.1.2. *A ratio decidendi*

Em contraposição, elege-se como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para universalizar-se. Aparentemente, não apresenta maiores dificuldades, não fosse o mau uso da expressão, sendo apodada por ARTHUR GOODHART como “the most misleading expression in English law, for the reason which the judge gives for his decision is never the binding part of the precedent”.¹³⁰ Para ilustrar sua colocação, cita a famosa ou, como ele mesmo faz questão de referenciar, “infamosa” doutrina do chamado “emprego comum” (equivalente à regra “dos companheiros de serviço”, em Estados Unidos), definida em *Priestley v. Fowler*¹³¹, no ano de 1837. Trata-se de um acidente de trabalho ocorrido por volta da meia-noite a 30 de maio de 1835, entre os trechos de Peterborough e Norman Cross. William Beeton, empregado do açougueiro Thomas Fowler, conduzia uma carroça, puxada por quatro cavalos, com destino a Londres, onde faria o descarregamento da carne. Antes, porém, parte da mercadoria seria vendida em Buckden, situada há aproximadamente 32 quilômetros de Peterborough. Charles Priestley, também empregado de Fowler, faria o mesmo trajeto na companhia de Beeton. Sucede que, ao se aproximarem de Peterborough, a carroça atropelou algumas pedras, quando se ouviu um ruído estridente. Mesmo assim,

¹²⁹ O STF tem sido cauteloso no reconhecimento de efeitos retroativos inerentes à declaração de inconstitucionalidade, notadamente naquelas situações que possam ocasionar quebra da segurança jurídica e esvaziamento da efetividade da justiça. Assim é a inteligência do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e art. 11 da Lei nº 9.882/1999. “7. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido” (RE 197917/SP, Rel. Maurício Corrêa, publicado em 6 de jun. de 2002).

¹³⁰ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 40, n. 2, p. 161-183, 1930, p. 162. Tradução livre: “a expressão mais enganosa do direito inglês, dado que a motivação que o juiz confere para sua decisão nunca é a parte vinculante do precedente”.

¹³¹ 150 ER 1030 (1837).

seguiram viagem. No entanto, logo após deixarem a cidade, a carroça tombou. Beeton não se feriu, diferentemente de Priestley, que teve o ombro e coxa fraturados, além de outras escoriações. Representado por seu pai, Brown Priestley, porque contava com 18 anos à época, ajuizou ação de reparação de danos em face de seu empregador. Ao que se sabe, até o ano de 1836, não se tinha notícia de uma ação de indenização por acidente de trabalho, imputando a responsabilidade ao empregador pelos danos causados.¹³² A decisão a que chegou a Corte foi o retrato de uma sucessão de infelizes opiniões, as quais, ao final, fixaram uma regra de responsabilidade não só absurda, como também substancialmente injusta. LORD ABINGER, em sua fundamentação, ancorou-se em duas equivocadas premissas. A primeira no sentido de que “any other rule would be absurd”, o que, de partida, demonstra o quão pantagruélico foi seu argumento, mais servível como *dictum* a caracterizá-lo como *holding*.¹³³ A segunda, além de pueril, insensata, assinala que o empregado, ao prestar o serviço, consente com o risco de trabalhar com pares desidiosos e negligentes, a eximir o empregador de qualquer responsabilidade na ocorrência de um infortúnio. Decerto, tal conclusão foi “criada” pelo órgão julgador, na medida em que “a servant does not consent to run the risk; the implication was invented by the judge himself”.¹³⁴ Surpreendentemente, foi, por anos a fio, concebida como a regra a ser aplicada em casos análogos.¹³⁵

Dito em outros termos: a *ratio decidendi* extraída em *Priestley* foi definida a partir de equivocados fundamentos, tomados em razão de uma percepção errônea dos fatos levados a julgamento. O resultado jurídico inusitado, no entanto, acena para a importância de propriamente defini-la para, em seguida, averiguar os métodos viáveis de sua extração, pese embora suas naturais limitações.¹³⁶ JOHN SALMOND, para esse efeito, define a *ratio decidendi* como:

¹³² SIMPSON, A. W. Brian. *Leading cases in the common law*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012, p. 42.

¹³³ 150 ER 1030 (1837); Tradução livre: “qualquer outra regra seria absurda”.

¹³⁴ GOODHART, *op. cit.*, 1930, p. 163. Tradução livre: “um servo não consente em correr o risco; a implicação foi inventada pelo próprio juiz”.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 162-163.

¹³⁶ Sobre a importância de sua definição, DUXBURY anota que “the concept of the ratio decidendi has to be taken seriously because the ratio decidendi triggers stare decisis: it is the binding part of a previous case. Before a court decides whether to follow a precedent it wants to know what the precedent establishes”. (DUXBURY, *op. cit.*, 2008, p. 91). Tradução livre: “o conceito de *ratio decidendi* deve ser levado a sério porque a *ratio decidendi* aciona o *stare decisis*: é a parte vinculante de um caso anterior. Antes de um tribunal decidir se segue um precedente ou não, ele quer saber o que o precedente estabelece”.

the underlying principle which thus forms its authoritative element [...]. The concrete decision is binding between the parties to it, but it is the abstract ratio decidendi which alone has the force of law as regards the world at large.¹³⁷

Em rigor, a decisão judicial consistirá em uma norma concreta, por meio da qual se resolve o conflito, vinculando as partes ao seu cumprimento e também de uma norma abstrata, com aptidão para generalizar-se. Esta última é a *ratio decidendi*. Sucede que sua definição não se esgota nessa premissa, sob pena de reduzi-la a um simplismo pueril. Não raras vezes, confunde-se com o próprio método de descobrimento adotado.

2.2. Os métodos de extração da *ratio decidendi*

Em que pese as diferenças existentes entre definir a *ratio decidendi* e os métodos utilizados e estudados para sua exata identificação, há um consenso doutrinário de tratá-los conjuntamente, dado que “the difficulties with efforts to devise a method locating the ratio decidendi are often connected to the problem of formulating a satisfactory definition of the concept”.¹³⁸ Um dos grandes nós górdios, entretanto, está em extrair a *ratio decidendi* do caso concreto. Vários são os métodos estudados pelos bancos acadêmicos para se encontrar a norma com tendência à generalização. Os mais tradicionais no pensamento jurídico anglo-americano se tributam a Eugene Wambaugh,¹³⁹ Herman Oliphant,¹⁴⁰ Arthur Goodhart,¹⁴¹ Neil MacCormick¹⁴² e Rupert Cross e J. W. Harris.¹⁴³

Essa ambiciosa missão de trazer referidos conceitos, sem pretensão nenhuma de exauri-los, que se tenha em mente, tem o propósito de verificar a perspectiva teórica de cada pensador e, de alguma forma, correlacioná-los com vistas a documentar, de modo criativo, esse importante capítulo na história intelectual da doutrina do precedente. Como

¹³⁷ SALMOND, *op. cit.*, 1924, p. 201. Tradução livre: “o princípio subjacente que constitui assim o seu elemento de autoridade [...]. A decisão concreta é vinculante entre as partes, mas é a *ratio decidendi* abstrata que tem força de lei em relação ao mundo em geral”.

¹³⁸ DUXBURY, *op. cit.*, 2008, p. 76. Tradução livre: “as dificuldades de esforço para conceber um método que localize a *ratio decidendi* estão frequentemente ligadas ao problema de formular uma definição satisfatória do conceito”.

¹³⁹ Para maior aprofundamento, ver: WAMBAUGH, *op. cit.*, 1894.

¹⁴⁰ OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. *American Bar Association Journal*, Washington, D.C., v. 14, n. 2, p. 71-76, 1928.

¹⁴¹ GOODHART, *op. cit.*, 1930.

¹⁴² MACCORMICK, Neil. Why cases have rationes and what these are. In: GOLDSTEIN, *op. cit.*, 1987.

¹⁴³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª ed. Oxford: Clarendon, 2004.

OLIVER WENDELL HOLMES certa feita anunciou: “it is perfectly proper to regard and study the law simply as a great anthropological document [...] as an exercise in the morphology and transformation of human ideas.”¹⁴⁴

2.2.1. Wambaugh e o teste de inversão

A começar por WAMBAUGH, em sua obra *The Study of Cases*, logo de partida, dá o autor a medida de sua verdadeira intenção: “a major aim of the book is to teach students to detect dicta and to determine the pertinence and precedential weight of cases”.¹⁴⁵ Notadamente em relação à norma do precedente, WAMBAUGH parte da afirmação lógica de que os casos levados ao Poder Judiciário são naturalmente únicos e, portanto, absolutamente distinguíveis em seu escorço fático. Por conta disso, só se autorizaria aplicar a mesma *ratio* a situações de fato idênticas, o que reduziria, em muito, o alcance da doutrina do precedente vinculante. Todavia, como ele próprio reconheceu, o mesmo elemento normativo pode – e deve – ser aplicado sempre quando as diferenças fáticas dos casos comparados se mostrarem irrelevantes.¹⁴⁶

A partir dessa constatação, propõe a realização de um teste de inversão, por meio do qual se torna possível extrair, com exatidão, a *ratio decidendi*. Essa, em sua perspectiva pessoal, equivaleria a uma regra geral em cuja ausência afetaria na solução do caso, que, certamente, seria decidido de modo diverso.¹⁴⁷ Uma vez alterada a

¹⁴⁴ HOLMES JR, Oliver Wendell. Law in Science and Science in Law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 12, n. 7, p. 443-463, 1899, p. 443. Tradução livre: “é perfeitamente adequada a considerar e estudar a lei simplesmente como um grande documento antropológico [...] como um exercício na morfologia e transformação de ideias humanas”.

¹⁴⁵ WAMBAUGH, *op. cit.*, 1894, p. 8. Tradução livre: “um dos principais objetivos do livro é ensinar os alunos a detectar *dicta* e determinar a pertinência e o peso precedentes dos casos”.

¹⁴⁶ De acordo com WAMBAUGH, “an unessential difference is one whose presence or absence would not affect the determination of the legal principle for which a case is authority”. Tradução livre: “uma diferença não essencial é aquela cuja presença ou ausência não afetaria a determinação do princípio jurídico para o qual um caso é autoridade”. Ao exemplificar sua colocação, cita as seguintes premissas: “a difference as to the persons interested (unless in one case the party is an infant, a lunatic, an alien, or otherwise clothed with extraordinary qualities) and a difference as to the times of the events upon which the cases are based (unless in one case a statute of limitations, laches, or some similar principle makes the lapse of time important)” (*Ibidem*, p 68-69). Tradução livre: “uma diferença quanto às pessoas interessadas (a menos que em um caso a parte seja uma criança, um lunático, um estrangeiro ou de outra forma dotado de qualidades extraordinárias) e uma diferença quanto aos horários dos eventos em que são baseados (a não ser que em um caso, prescrição, lacunas ou algum princípio semelhante tornem o lapso temporal importante)”.

¹⁴⁷ Em suas próprias palavras: “let the first frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same.

proposição, mantendo-se, nada obstante, o resultado, “an opinion on such a question is not a decision”.¹⁴⁸ Seria, em outras palavras, *dictum*.

Bem verdade que WAMBAUGH encontrou suporte casuístico de sua construção teórica em *Carroll v. Carroll's Lessee*.¹⁴⁹ Porém, nada lhe socorre para além disso. Uma única proposição necessária e suficiente para a solução do caso concreto raramente pode ser determinada. Há casos, aliás, em que se acham duas *rationes* independentes e que, segundo sua metodologia, não passariam de *dicta*, pois não se tem a única proposição necessária e suficiente para se chegar a determinado resultado jurídico.

RUPERT CROSS, imbuído desse sentido crítico, ilustrou a insustentabilidade do teste de inversão proposto por WAMBAUGH com o exemplo do célebre caso *Donoghue v. Stevenson*.¹⁵⁰ Mrs. Donoghue, em função do consumo de uma cerveja de gengibre em um café em *Paisley*, foi acometida de uma grave intoxicação, já que, dentro da garrafa ingerida, havia um caracol em estado de decomposição. Em razão desse episódio, ajuizou ação de reparação de danos em face do fabricante do produto, Sr. Stevenson. A *House of Lords*, na decisão redigida por LORD ATKIN, apresentou duas proposições de direito a justificar o resultado. A primeira, de caráter mais geral, apontou, *verbis*: “a party must take reasonable care to avoid acts or omissions which he can reasonably foresee would be likely to injure persons [...] closely and directly affected by his act”.¹⁵¹ A segunda, mais específica, declarou que:

a manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him

If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also” (*Ibidem*, p. 17). Tradução livre: “primeiro, deixe-o enquadrar cuidadosamente na suposta proposição de lei. Que ele então insira na proposição uma palavra invertendo seu significado. Que ele então pergunte se, se a corte tivesse concebido essa nova proposição como boa e a tivesse em mente, a decisão poderia ter sido a mesma. Se a resposta for afirmativa, então, por mais excelente que seja a proposição original, o caso não é um precedente, mas se a resposta for negativa, o caso é um precedente para a proposição original e, possivelmente, para outras proposições também”.

¹⁴⁸ Tradução livre: “uma opinião sobre tal questão não é uma decisão”. *Carroll v. Carroll's Lessee*, 57 U.S. 128 (1853): “an opinion given in Court, if not necessary to the judgment given of record, but that it might have been as well given if no such, or a contrary, opinion had been broach'd is no judicial opinion, nor more than a gratis dictum”. Tradução livre: “uma decisão proferida pela Corte, se não necessária para o resultado jurídico, mas que também poderia ter sido emitida se tal opinião, ou contrária, tivesse sido abordada não é decisão judicial, nem mais do que um *gratis dictum*”.

¹⁴⁹ 57 U.S. 128 (1853).

¹⁵⁰ A.C. 562 (1932).

¹⁵¹ A.C. 562 (1932). Tradução livre: “uma parte deve tomar cuidado razoável para evitar atos ou omissões previsíveis e que possam causar danos às pessoas [...] direta e indiretamente afetadas por seu ato”.

with no reasonably possibility of intermediate examination [...] owes a duty to the consumer to take [...] reasonable care.¹⁵²

Fosse analisada segundo a concepção metodológica de WAMBAUGH, a *opinion* redigida em *Donoghue* seria nada mais que *dictum*, o que seria disparatado. O precedente firmado não só apresentou duas *rationes* independentes, como também inaugurou uma nova visão acerca do instituto da responsabilidade civil no direito inglês.

Há, portanto, razões de sobra para admitir que seria uma desventura calcificar a *ratio decidendi* a uma única regra de direito, “without which the case must have been decided otherwise”.¹⁵³ Nenhuma dúvida de que os juízes tratam algumas regras como necessárias à decisão; “but it is unlikely that they will sometimes treat particular rulings as their preferred means by which to reach those conclusion”.¹⁵⁴ Testes de necessidade, tal como proposto originariamente por WAMBAUGH, apenas tencionam a vastidão de incertezas que giram em torno do conceito de *ratio decidendi*.

2.2.2. Oliphant e seu realismo jurídico

Similarmente, por volta de 1920, um outro jurista de nome HERMAN OLIPHANT embarcou na missão de traçar um método de definição da *ratio decidendi*. Seu fúlgido discurso presidencial no ano de 1927, endereçado à Associação Americana de Escolas de Direito, consiste em um dos principais marcos de seu pensamento. Intitulado *A Return to Stare Decisis*,¹⁵⁵ “it traces a profound malaise in anglo-american jurisprudence and legal scholarship back to developments in the late nineteenth century”.¹⁵⁶ Principia sua análise apresentando uma síntese do direito inglês do Século XIV e duas de suas principais características: (i) a vida era mais simples, embora não o fossem as fórmulas jurídicas; e (ii) as fórmulas jurídicas tinham vida recente, o que permitia, de certo modo, que se ajustassem “with less forcing, because the forms had not

¹⁵² A.C. 562 (1932). Tradução livre: “um fabricante que vende seus produtos, confiante de que chegarão ao consumidor final na forma original, sem possibilidade razoável de exame intermediário [...] tem um dever de cuidado para com esse”.

¹⁵³ WAMBAUGH, *op. cit.*, 1894, p 68-69. Tradução livre: “sem o qual imponha ao caso solução diversa”.

¹⁵⁴ DUXBURY, *op. cit.*, 2008, p. 78. Tradução livre: “mas é improvável que, às vezes, tratem decisões específicas como o meio preferido para alcançar tais conclusões”.

¹⁵⁵ OLIPHANT, *op. cit.*, 1928.

¹⁵⁶ COLLIER, Charles W. Precedent and Legal Authority: A Critical History. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 1988, n. 5, p. 771-825, 1988. p. 783. Tradução livre: “ele traça um profundo mal-estar na jurisprudência anglo-americana e estudos jurídicos do final do século XIX”.

yet become antiquated, alien and artificial”.¹⁵⁷ Consequentemente, a doutrina de *stare decisis* da época de antanho, porque mais específica e definitiva, em muito se difere da moderna formatação, mais complexa e generalizada.¹⁵⁸ Resultado da dinamização da vida social e da massificação dos conflitos. As decisões judiciais, neste contexto, assumem uma feição cada vez mais geral e abstrata, dificultando sobremaneira a identificação da *ratio decidendi*.¹⁵⁹ Por isso o alerta de OLIPHANT sobre o risco de a doutrina de *stare decisis* transformar-se em doutrina de *stare dictis*. Em vez de se concentrar na exata definição do elemento normativo – ele diz – os juristas da atualidade optam por seguir pronunciamentos judiciais vagos, ancorados em princípios generalizados. E acrescenta, em tons duramente críticos:

only when a case appears to fall near an important doctrinal boundary is any attention focused on its holding and then only to place it on one side or the other of the rim of some favorite theory whose precise border we want to mark out.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Tradução livre: “com menos força, porque as formas ainda não se tornaram antiquadas, estranhas e artificiais”. “In earlier English law there were many writs, each writ having many forms and each form being quite specific. Each would cover only a relatively few human situations and those so covered were relatively well defined” (OLIPHANT, *op. cit.*, 1928, p. 73-74). Tradução livre: “[n]o direito inglês primitivo, havia muitos mandados, cada qual com muitas formas e bastante específicos. Cada um cobriria determinadas situações humanas e aquelas contempladas eram relativamente bem definidas”

¹⁵⁸ F. W. MAITLAND, descrevendo o sistema de writs anglo-saxão aponta que: “there has been [up to that time] no generalization; the imaginary defendant is charged in different precedents with every kind of unlawful force, with the breach of every imaginable boundary, with the asportation of all that is asportable” (MAITLAND, F. W. The History of the Register of Original Writs. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 3, n. 3, p. 97-115, 1889, p. 225). Tradução livre: “não havia [até então] nenhuma generalização; o réu imaginário é acusado em diferentes precedentes com todo tipo de força ilícita, com o rompimento de todos os limites imagináveis, com a atribuição de tudo o que é portátil”.

¹⁵⁹ Neste aspecto, OLIPHANT faz duras críticas à atual formatação da doutrina do *stare decisis*, nomeadamente seus protagonistas – Cortes, advogados e acadêmicos: “[t]hese jurists of an earlier time were “patient particularists” who unalterably refused to indulge in broad speculation and kept their attention pinned to the immediate problem in order that to its solution might be brought the illumination which only immediacy affords and the judiciousness which reality alone can induce”. Tradução livre: “[e]sses juristas de uma época anterior eram ‘particularistas pacientes’ que se recusaram inalteravelmente a se entregar a especulações amplas e mantiveram sua atenção voltada para o problema imediato, a fim de que a sua solução pudesse ser trazida à luz que apenas o imediatismo oferece e a judiciosidade que a realidade sozinha pode induzir”. Prossegue dizendo que: “their version of stare decisis leads us forward over untried ground, a step at a time, no step being taken until it is judged wise, and the stages of its advance are so short that the direction of march can be quickly shifted as experience dictates. In other words, these earlier jurists were careful observers of judicial restraint, separation of powers, standing, and case or controversy requirements” (OLIPHANT, *op. cit.*, 1928, p. 75). Tradução livre: “[s]ua versão de *stare decisis* nos leva adiante por um terreno não experimentado, um passo de cada vez, nenhum passo sendo dado até que seja julgado sábio, e os estágios de seu avanço são tão curtos que a direção da marcha pode ser rapidamente mudada conforme a experiência dita. Em outras palavras, esses primeiros juristas foram observadores cuidadosos da restrição judicial, separação de poderes, legitimidade e requisitos de caso ou controvérsia.”

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 76. Tradução livre: “somente quando um caso parece cair perto de uma fronteira doutrinária importante é que a atenção se concentra em sua sustentação e, então, apenas para colocá-la de um lado ou de outro da borda de alguma teoria favorita cuja fronteira precisa se perscruta demarcar”.

Desse ponto em diante, o autor se divorcia, por completo, da construção teórica desenhada por WAMBAUGH e, de certo modo, enraizada na tradição do pensamento jurídico inglês. Mesmo porque aceitar a decisão judicial ao mesmo tempo em que se descredita suas razões consiste em “an undignified piece of perverseness”.¹⁶¹ Sugere, feita a crítica, que se dedique maior atenção ao que os juízes fazem em oposição ao que falam. “Our main business as legal scientists is to predict the behavior of courts in deciding future cases”.¹⁶² Afinal de contas, todos os casos apresentam, em adição a qualquer problema teórico nele subjacente, uma questão puramente prática: como resolver o conflito? A resposta a esse questionamento, por certo, não será encontrada na doutrina legal, pois em nada auxilia o jurista a antever, com precisão, o comportamento das cortes judiciais.¹⁶³ Também não diz a doutrina de *stare decisis* qual seria o elemento normativo a ser seguido em decisões subsequentes. Bastante o contrário,

the predictable element [...] is what courts have done in response to the stimuli of the facts of the concrete cases before them. Not the judges' opinions, but which way they decide cases will be the dominant subject matter of any truly scientific study of law.¹⁶⁴

Até porque o precedente, na esteira de seu pensamento teórico, equivale, em termos metafóricos, a um espectador a adentrar o estádio. Nesse encaixo, OLIPHANT apresenta uma interessante definição de *ratio decidendi*, traduzida na “proposition of law covering [...] the fact situation of the instant case and at least one other”.¹⁶⁵ A relevância dos fatos para a definição da *ratio decidendi*, pois que são eles que conduzirão à determinado resultado jurídico. Não são as razões, uma vez que, usualmente, fiam-se a discursos teóricos e princípios universais ao oblívio do julgador, a exigir dos juízes e

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 76. Tradução livre: “uma peça indigna de perversidade”.

¹⁶² *Ibidem*, p. 76. Tradução livre: “[n]osso principal negócio como cientistas jurídicos é prever o comportamento das cortes na decisão de casos futuros”.

¹⁶³ WAMBAUGH também reconheceu a importância de se analisar o comportamento das cortes, mas que, cuja observância, ao longo do tempo, conduziria, inevitavelmente, ao alcance da proposição necessária e suficiente para a decisão. Em contraposição, OLIPHANT tem menos confiança no poder da razão pura e mais segurança nas evidências demonstradas pela experiência. Ver: RADIN, Max. *The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think. American Bar Association Journal*, Chicago, v. 11, n. 6, p. 357-362, 1925.

¹⁶⁴ OLIPHANT, *op. cit.*, 1928, p. 76. Tradução livre: “o elemento previsível [...] consiste na resposta oferecida pelas cortes aos estímulos dos fatos dos casos concretos. Não as opiniões dos juízes, mas a forma como os casos são decididos, será o assunto dominante de qualquer estudo verdadeiramente científico do direito”.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 72. Tradução livre: “proposição de lei que [...] abranja a situação de fato do presente caso e pelo menos uma outra”.

estudiosos o auxílio de “strange and alien gods” para decifrá-los.¹⁶⁶ JOSEPH F. FRANCIS, nessa mesma linha, complementa que: “the courts more likely to search legal theories and principles to back up a decision it has already arrived at before the argument is half finished than to look to them for the purpose of determining the decision”.¹⁶⁷

Por essa e outras razões que a construção teórica de OLIPHANT, discípulo do realismo jurídico, mostra-se notável. Percebe-se, com ele, o deslocamento da atenção para os fatos do caso imediato, desapegando-se da concepção até então aceita de que a *ratio decidendi* se confundiria com a fundamentação reverberada na decisão judicial. Paradoxalmente, nesse mesmo ponto, em que se louva sua análise, também se acha sua deficiência. Quais seriam os fatos? Todos os fatos? Seria possível ao órgão julgador analisá-los em sua integralidade? Todos eles são necessários à formação da *ratio decidendi*? OLIPHANT não responde. De todo modo, é instrutivo comparar seus esforços com os de um influente contemporâneo, GOODHART.

2.2.3. Goodhart e a distinção entre fatos materiais e imateriais

Antes de se marchar adiante, porém, mister anotar que o *common law* não se afina com verdades universais pré-fabricadas nem tampouco com conclusões rígidas e inflexíveis.¹⁶⁸ Seu método é indutivo, em ordem a extrair suas generalizações a partir de casos particulares.¹⁶⁹ Nesse mesmo sentido, FREDERICK POLLOCK, no artigo intitulado *The Science of Case-Law*, enfatiza que: “English case-law may fairly claim kindred with

¹⁶⁶ Tradução livre: “deuses estranhos e alienígenas”. É de se salientar que, naquele tempo, duas expressões se tornaram máximas do direito inglês, em tudo contrárias à teoria de OLIPHANT, a saber: “the reason of a resolution is more to be considered than the resolution itself”, cunhada por HOLT, C.J. (*Cage v. Acton*, 12 Mod. 288, 294 (1796)) e “the reason and spirit of cases make law; not the letter of particular precedentes”, do LORD MANSFIELD, C.J. (*Fisher v. Prince*, 3 Burr. 1363, 1364 (1762)). Tradução livre: “a razão de uma resolução deve ser considerada mais do que a própria resolução” e “a razão e o espírito dos casos fazem a lei; não a carta de precedentes particulares”. Pese embora tenha sido o pensamento jurídico daquela época, até então servível, não se acomoda, na visão de OLIPHANT, à moderna doutrina do precedente.

¹⁶⁷ FRANCIS, Joseph F. Three cases on possession – some further observations. *Saint Louis Law Review*, St. Louis, v. 14, n. 1, p. 11-24, 1928, p. 23. Tradução livre: “as cortes são mais propensas a pesquisar teorias e princípios jurídicos para respaldar uma decisão a que já se chegou antes que o argumento esteja concluído do que recorrer a eles para o propósito de determinar a decisão”. Diferentemente de OLIPHANT para quem os fatos do caso contribuem para a formação da *ratio decidendi*, FRANCIS, de modo mais preciso, enfatiza que apenas os fatos concebidos pela Corte como materiais (essenciais) são decisivos para definição do elemento normativo.

¹⁶⁸ Como em Heráclito: “[n]othing is stable. Nothing absolute. All is fluid and changeable. There is an endless becoming”. Tradução livre: “[n]ada é estável. Nada absoluto. Tudo é fluido e mutável. Existe um tornar-se infinito”.

¹⁶⁹ CARDOZO, *op. cit.*, 1921, p. 23.

the inductive sciences”.¹⁷⁰ De maneira que é necessário, como OLIPHANT previamente apontou, observar o comportamento das cortes judiciais, mas isso não é tudo.¹⁷¹

GOODHART, a propósito, anteviu essa claudicância, tanto que não se deixou convencer por OLIPHANT, muito embora tenha, em certa medida, curvado-se ao aporte teórico desenhado pelos realistas, especialmente no que toca à conclusão de que a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação.¹⁷² Muito menos se acha incursa na conclusão sumária feita pelo tribunal após pronunciadas suas razões.¹⁷³ Propõe, então, no ensaio *Determining the ratio decidendi of a case*, publicado no ano de 1930, um método para se extrair, com precisão, a norma abstrata da decisão apta a universalizar-se. Tamanha a densidade de seu conteúdo que se tornou a base teórica de todas as investigações posteriores acerca do tema na doutrina do *common law*. Não o suficiente a blindá-lo contra as críticas impiedosas dos expoentes do realismo jurídico, entre eles OLIPHANT e JULIUS STONE.¹⁷⁴

A despeito de a norma do precedente não se confundir com as razões da decisão, diferentemente do que propõe o realismo jurídico, GOODHART não menospreza sua significância. Entre suas principais críticas dirigidas aos expoentes realistas, destaca a negligência com que aqueles autores tratam a fundamentação, em uma visão simplista, o que, talvez, seja sua nota atrativa. Como ele mesmo reporta:

¹⁷⁰ POLLOCK, Frederick. *Essays in Jurisprudence and Ethics*. Londres: Macmillan, 1882, p. 169. Tradução livre: “[a] jurisprudência inglesa pode justamente reivindicar parentesco com as ciências indutivas”.

¹⁷¹ “Há mais coisas entre o céu e a terra do que sonha nossa vã filosofia”, já dizia WILLIAM SHAKESPEARE. SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Trad. de Millôr Fernandes. São Paulo: L&PM Pocket, 1997.

¹⁷² “It is clear therefore, that the first rule for discovering the ratio decidendi of a case is that it must not be sought in the reasons on which the judge has based his decision” (GOODHART, *op. cit.*, 1930, p. 164). Tradução livre: “[é] claro, portanto, que a primeira regra para descobrir a *ratio decidendi* de um caso é que ela não deve ser buscada nas razões em que o juiz baseou sua decisão”. Essa visão colide diretamente com a máxima até então enraizada no pensamento jurídico inglês de que “the reason of a resolution is more to be considered than the resolution itself”, reverberada por HOLT, C. J. (*Cage v. Acton*, 12 Mod. 288, 294 (1796)). Tradução livre: “a razão de uma resolução deve ser considerada mais do que a própria resolução”. Também “the reason and spirit of cases make law; not the letter of particular precedents”, de autoria do Lord Mansfield, C.J. (*Fisher v. Prince*, 3 Burr. 1363, 1364 (1762)). Tradução livre: “a razão e o espírito dos casos fazem o Direito; não a literalidade de precedentes particulares”.

¹⁷³ No caso da ordem jurídica brasileira, por exemplo, essas conclusões sumárias se apresentam nas ementas dos julgados e também em súmulas e orientações jurisprudenciais, estas últimas restritas ao âmbito do Direito Processual do Trabalho.

¹⁷⁴ Ambos os autores insistem na premissa de que a escolha pelo juiz dos fatos materiais necessários à determinação da *ratio decidendi* “will rarely generate an answer in which we might be confident, because every material fact in a case can be stated at different levels of generality, each level tending to yield a different ruling” (STONE, Julius. *Recent trends in English Precedent*. Londres: Stevens & Sons, 1945, p. 39). Tradução livre: “raramente gerará uma resposta na qual possamos estar confiantes, porque cada fato material em um caso pode ser declarado em diferentes níveis de generalidade, cada nível tendente a produzir uma decisão diferente”.

the judge who writes an opinion will be wasting both his own time and ours, for it is not what he says but what he does that matters. We can ignore the vocal behaviour of the judge, which sometimes fills many pages, and concentrate upon his nonvocal behaviour which occupies but a few lines.¹⁷⁵

Ainda que haja relativo consenso de que a norma do precedente não se confunde com as razões, sua leitura e análise permanecem fundamentais no processo de investigação dos fatos e como eles foram avaliados pelo julgador. Não todo e qualquer grupo de fatos, mas apenas aqueles concebidos como materiais (*material facts*) pelo juiz a conduzir seu raciocínio hermenêutico em direção à determinado resultado jurídico. Até porque, segundo GOODHART,

the judge finds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts, some of which might seem significant to a layman, but which, to a lawyer, are irrelevant. The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts as he sees them. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others.¹⁷⁶

Com base nos fatos eleitos pelo juiz como materiais, ele arremata sua conclusão e, por isso, a fundamentação aparece como instrumento necessário e vital para demonstrar às partes, advogados, cortes judiciais e sociedade como o grupo fático foi concebido e interpretado, apresentando-se determinante para o alcance da decisão. Ignorar essa escolha equivale a “to miss the whole point of the case. Our system of precedent becomes meaningless if we say that we will accept his conclusion but not his view of the facts”.¹⁷⁷

Nesse processo hermenêutico, bom frisar, desinteressa se os fatos eleitos como materiais foram interpretados equivocadamente. Esse dado, aliás, é irrelevante, na medida em que se investiga a norma do precedente, ainda que resultado de uma análise errônea do grupo fático eleito.¹⁷⁸ Cita, como exemplos, dois interessantes casos. Em *Smith*

¹⁷⁵ GOODHART, *op. cit.*, 1930, p. 168. Tradução livre: “o juiz que escreve uma decisão estará desperdiçando seu próprio tempo e o nosso, pois não é o que ele diz, mas o que ele faz que importa. Podemos ignorar o comportamento vocal do juiz, que às vezes preenche muitas páginas, e nos concentrar em seu comportamento não vocal, que ocupa apenas algumas linhas”.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 169. Tradução livre: “o juiz fundamenta suas conclusões em um grupo de fatos selecionados por ele como materiais dentre uma massa maior de fatos, alguns dos quais podem parecer significativos para um leigo, mas que, para um advogado, são irrelevantes. O juiz, portanto, chega a uma conclusão sobre os fatos como os vê. É nesses fatos que ele baseia seu julgamento, e não em quaisquer outros”.

¹⁷⁷ GOODHART, *op. cit.*, 1930, p. 169. Tradução livre: “perder o ponto principal do caso. Nosso sistema de precedentes torna-se sem sentido se dissermos que aceitaremos sua conclusão, mas não sua visão dos fatos”.

¹⁷⁸ “That a judge might treat the wrong facts as material is irrelevant: even if the finding of fact is probably incorrect [...] we cannot ignore it if we are to determine the true principle of the judgments based on it”

v. *London & South Western Ry*¹⁷⁹, a Corte elegeu como fato material a imprevisão do evento, dado que o homem de conhecimento médio não teria condições de antever que o fogo atingiria a cabana do demandante. Perde-se, portanto, toda a coerência se se tenta explicar o contrário, ou seja, que o homem de conhecimento ordinário teria a possibilidade de prever que a cabana seria atingida pelo incêndio. Da mesma forma, em *In Re Polcmis and Fmwess, Withy & Co.*¹⁸⁰, a Corte de Apelação se viu vinculada à análise fática operada pelo Tribunal Arbitral ao entender que o homem de conhecimento mediano não teria possibilidade de prever que a queda de um objeto em um navio petroleiro poderia ocasionar uma explosão. A interpretação do mosaico fático, nesse caso em particular, parece equivocada, mas que não pode ser menosprezada se se pretende determinar o verdadeiro princípio dos julgamentos nele baseados.¹⁸¹ Tudo se resume a uma questão puramente lógica: se não se vincula aos fatos tais como foram concebidos pelo órgão julgador, não se torna possível, por corolário, vincular-se à conclusão jurídica encontrada.

O problema maior, entretanto, não está nessa percepção (se os fatos foram analisados corretamente ou não), mas em saber quais deles foram eleitos como materiais pelo juiz por ocasião de seu julgamento. Nem todos os julgadores se dispõem a expor que sobre os fatos A e B chega-se à conclusão X. O que acontece, na maior parte das vezes, é que, além dos fatos essenciais ao julgamento, façam-se constar, na decisão, outros irrelevantes, a relegar para futuras gerações a tarefa de examinar se tais elementos constituem parte da *ratio decidendi*.¹⁸² De modo mais claro, considerem-se os seguintes dados fáticos de um hipotético caso:

Fatos do caso:

Fato A: D mantém um estabelecimento de jogos de azar ilegal.

Fato B: Esse estabelecimento é barulhento e desorganizado.

Conclusão: D é responsável pelo incômodo gerado.

Fatos materiais tais como analisados pela Corte:

Fato A: D mantém um estabelecimento de jogos de azar ilegal.

Conclusão: D é responsável pelo incômodo gerado.

(*Ibidem*, p. 169). Tradução livre: “[q]ue um juiz possa tratar os fatos errados como materiais é irrelevante: mesmo que a conclusão do fato esteja provavelmente incorreta [...] não podemos ignorá-la se quisermos determinar o verdadeiro princípio dos julgamentos com base nele”.

¹⁷⁹ [1869-70] LR 5 CP 98.

¹⁸⁰ [1921] 3 K.B. 560.

¹⁸¹ GOODHART, *op. cit.*, 1930, p. 171.

¹⁸² GOODHART, *op. cit.*, 1930, p. 173.

A se entender pela irrelevância do Fato B, a Corte criou um princípio mais amplo, bastando a ilegalidade do estabelecimento para que o agente seja civilmente responsabilizado pelo incômodo gerado. GOODHART, para melhor ilustrar sua teoria, apresenta o seguinte exemplo:

Fatos do caso

Fato A: *D* construiu um reservatório em seu terreno.

Fato B: O empreiteiro responsável pela construção foi negligente.

Fato C: O vazamento de água ocorrido lesionou *P*.

Conclusão: *D* é civilmente responsável pelos danos acarretados em *P*.

Fatos materiais tais como analisados pela Corte

Fato A: *D* construiu um reservatório em seu terreno.

Fato C: O vazamento de água ocorrido lesionou *P*.

Conclusão: *D* é civilmente responsável pelos danos acarretados em *P*.¹⁸³

Ao propositalmente omitir o Fato B, reputando-o irrelevante, a Corte consolidou a doutrina da responsabilidade objetiva, de modo que despicienda, no caso, a prova do elemento subjetivo (culpa). Um caso concreto que também se presta a clarificar a teoria de GOODHART e que tem vida relativamente recente foi analisado monocraticamente pelo MINISTRO GILMAR MENDES (publicado em 26 de fev. de 2020), nos autos do recurso extraordinário tombado sob o nº 1.247.402, em que se discute o índice de correção monetária aplicável aos débitos trabalhistas, decidindo que:

[a]ssim, diante da constatação de que a conclusão do Tribunal de origem [TST] a respeito da utilização do IPCA-E ou da TR sobre débitos trabalhistas se fundou em errônea aplicação da jurisprudência desta Corte, cujos julgados no Tema 810 e ADI 4.357 não abarcam o caso concreto para lhe garantir uma solução definitiva, é de rigor oportunizar àquela Corte eventual juízo de retratação no caso. Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, com base nos artigos 21, § 2º, do RISTF e 932, VIII, do NCPC e, assim, ao cassar o acórdão recorrido, determinar que outro seja proferido.

Assim o fez, dando-se conta de que as decisões exaradas pelo Pleno do STF, especificamente por ocasião dos julgamentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4425 e Ação Cautelar nº 3764 MC/DF, tomaram como fato material as condenações impostas à Fazenda Pública, a ensejar a aplicação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial – IPCA-E em detrimento do índice de atualização monetária aplicável à caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), porque inconstitucional. Entretanto, a decisão monocrática epigrafada não está em

¹⁸³ GOODHART, *op. cit.*, 1930, p. 175.

sintonia com a *ratio decidendi* definida pelo STF, em sua composição plenária, ao tempo do julgamento das ADIs nºs 4.357, 4.372, 4.400 e 4425 e Ação Cautelar nº 3764 MC/DF. Os fatos materiais concebidos pela Corte, naquela ocasião, podem ser assim esquematizados:

Fatos materiais tais como analisados pela Corte

Fato A: O índice de atualização monetária aplicável à caderneta de poupança (TR) não recompõe as perdas deflagradas pela inflação.

Fato B: O índice de correção monetária aplicável à caderneta de poupança (TR) viola o direito de propriedade.

Conclusão: A TR é inconstitucional.

Como se vê, a norma do precedente, com autoridade vinculante, não considerou a origem do crédito como fato essencial (material), mas se firmou tão-somente no alicerce de que a utilização do índice aplicável à caderneta de poupança afronta, desproporcionalmente, o direito fundamental à propriedade. Logo, se o Pleno do STF reconhece que a atualização pela TR viola o direito fundamental de propriedade do credor, além de engendrar também outras graves máculas à tessitura constitucional, afigura-se absolutamente irrelevante se esse crédito se dá contra a Fazenda Pública ou não.¹⁸⁴ Nessa distinção entre fatos materiais e imateriais estriba-se a tônica da teoria de GOODHART, máxime porque, em sua perspectiva, a *ratio decidendi* nada mais é que a soma dos fatos essenciais (*material facts*) e a conclusão jurídica ou resultado neles amparados.¹⁸⁵

Em resumo, sua abordagem teórica pode ser catalogada da seguinte forma: (a) a proposição jurídica sinteticamente expressa pela Corte não contém necessariamente a *ratio*; (b) a fundamentação é, nessa senda, o leme para que se ache os fatos materiais e determinantes ao resultado jurídico, independentemente se foram analisados de modo equivocado pelo órgão julgador; (c) os fatos materiais e os imateriais são aqueles tratados como tais na decisão, expressa ou implicitamente; (d) os fatos relativos à pessoa, tempo, lugar, tipo e quantidade presumem-se imateriais, salvo se o contrário resultar do contexto; (e) os fatos omitidos na fundamentação presumem-se imateriais, salvo se das

¹⁸⁴ PRITSCH, Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. Correção monetária de débitos trabalhistas: análise da recente decisão monocrática do STF - RE 1.247.402. *Academia Brasileira de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://andt.org.br/wp-content/uploads/2021/04/CORREC%CC%A7A%CC%83O-MONETA%CC%81RIA-DE-DE%CC%81BITOS-TRABALHISTAS-Ney.pdf>>. Acesso em: 16 de mar. de 2020.

¹⁸⁵ GOODHART, *op. cit.*, 1930, p. 179.

circunstâncias revelar-se mero descuido do órgão julgante; (f) os fatos hipotéticos ou não comprovados são imateriais e a conclusão sobre eles baseada é *obiter dictum*.

As proposições teóricas acima prestaram grande serviço ao intérprete de precedentes em seu tempo. E ainda o são na atualidade, especialmente para demonstrar a relevância dos fatos para a determinação da norma do precedente.¹⁸⁶ Porque produto da obra humana, natural que sua metodologia apresentasse algumas falhas. A perfeição é atributo dos deuses, cabendo aos seres mortais a incessante busca para dela aproximarem-se. Entre as deficiências de seu método, percebe-se um descuido no que se refere à análise da forma como o caso é apresentado e debatido, como também o próprio processo de motivação racionalmente adotado pelo juiz e sua relação com os casos pretéritos.¹⁸⁷

A extração da *ratio decidendi* dependerá sempre do conjunto normativo em sua inteireza, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso. Ganham destaque o papel dos julgadores subsequentes e dos processos argumentativos que se seguirão. Menos importância se confere ao método de definição em si e, em sentido proporcionalmente inverso, maior relevância se imprime ao controle racional da decisão que interpreta o precedente e concretiza sua norma. Entra em cena o trabalho hermenêutico, em substituição aos rígidos critérios metodológicos, os quais, de passagem, encontram ressonância no positivismo acrítico, com o qual não se comunga a teoria dos precedentes. É de se ter em mente que:

[t]o look for a *ratio decidendi* in the former sense is out-of-date, misleading, and fruitless. If it is true that the path of human progress is strewn with dead principles and dead concepts then I venture to suggest that the effort to find the *ratio decidendi* of a case will soon be viewed in the same light as a physiologist trying to locate the “soul”.¹⁸⁸

¹⁸⁶ DUXBURY anota que “although Goodhart’s essay belongs to a different era – formulae for determining the *ratio decidendi* of a case tend to look rather fossilized today – it should be noted that many academics and judges did, and probably still do, accept the conception that he devised” (DUXBURY, *op. cit.*, 2008, p. 83). Tradução livre: “embora o ensaio de Goodhart pertença a uma época diferente - as fórmulas para determinar a *ratio decidendi* de um caso tendem a parecer bastante fossilizadas hoje - deve-se notar que muitos acadêmicos e juízes aceitaram, e provavelmente ainda aceitam, a concepção que ele desenvolveu”.

¹⁸⁷ CROSS; HARRIS, *op. cit.*, 2004., p. 67.

¹⁸⁸ FRANCIS, *op. cit.*, 1928, p. 24. Tradução livre: “[p]rocurar uma *ratio decidendi* no primeiro sentido é desatualizado, enganoso e infrutífero. Se for verdade que o caminho do progresso humano está repleto de princípios e conceitos mortos, então me arrisco a sugerir que o esforço para encontrar a *ratio decidendi* de um caso logo será visto sob a mesma luz que um fisiologista tentando localizar a ‘alma’”.

2.2.4. MacCormick e sua teoria sobre a identificação da *ratio decidendi*

Em diálogo crítico com CROSS e HARRIS, NEIL MACCORMICK sugere que o elemento normativo a vincular os julgadores seguintes apoia-se no conteúdo mínimo necessário a se alcançar determinado resultado jurídico, implícito ou explicitamente pontuado na decisão. Diferentemente da abordagem tradicional, ancorada na concepção de que a *ratio decidendi* seria o todo necessário para embasar a solução, o autor abraça a ideia de conteúdo mínimo, suficiente a atingi-la. Valendo-se de sua clássica definição, entende-se por *ratio decidendi*:

the ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decisions in the case.¹⁸⁹

Assim o é, defende MACCORMICK, tendo em conta que o elemento vinculante não se revela na argumentação jurídica contida na decisão, mas na proposição dela subjacente.¹⁹⁰ Essa, por sinal, se satisfaz em norma suficiente – e não necessária – para o estabelecimento de uma questão de direito posta em discussão pelas partes.¹⁹¹ Para se determinar a dimensão da *ratio decidendi*, diz o autor ser imprescindível que se formule uma questão perante o tribunal, a qual não pode se distanciar de seu esforço fático.¹⁹²

2.2.5. A relevância dos fatos na identificação da *ratio decidendi*

Sempre atual é a frase de WILLIAM TWINING no sentido de que “os fatos devem ser levados a sério”.¹⁹³ Muitas causas são vencidas ou perdidas nos fatos, dependendo se o autor logrou escrupulosa e minudentemente a provar (ou não) os fatos assinalados como fundamento de sua demanda. Os *hard cases* são assim qualificados (*hard*), porque o conjunto fático se apresenta complexo em demasia e difícil de subsumir

¹⁸⁹ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University, 1978, p. 215. Tradução livre: “a decisão expressa ou implicitamente proferida por um juiz que é suficiente para resolver uma questão de direito, diante dos argumentos expendidos pelas partes, traduzida na regra necessária a subsidiar sua justificação (ou uma das suas justificativas alternativas)”.

¹⁹⁰ MACCORMICK, *op. cit.*, 1978, p. 108.

¹⁹¹ MACCORMICK, *op. cit.*, 1978, p. 108.

¹⁹² MACCORMICK, *op. cit.*, 1978, p. 155-182.

¹⁹³ TWINING, William. Taking Facts Seriously. In: *Retinking Evidence: exploratory essays*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 14.

em uma clara regra de direito. Dessa feita, excluir a possibilidade de menção a narrações de fato não teria sentido para qualquer pessoa com um mínimo de experiência na prática forense, a despeito, claro, dos incessantes debates que orbitam em torno da cisão entre fato e direito, desafiando litros de tinta no esforço argumentativo de sua sustentação teórica, cujo objeto de discussão ultrapassa os limites do presente tópico.

De todo modo, tirante as disputas acadêmicas, é possível um exercício de presunção racional em ordem a autorizar a separação dos fatos dos aspectos jurídicos da controvérsia, mesmo que se mantenham estreitamente conexos. Dentro dessa perspectiva, fato e direito devem ser compreendidos como diferentes ou, pelo menos, diferenciáveis.¹⁹⁴ Por razões óbvias, não se faz referência aos fatos em sua existência material e empírica: as narrativas podem incluir, como observa MICHELE TARUFFO, apenas “enunciados de fato”.¹⁹⁵ Ele mesmo explica: “um enunciado de fato é qualquer enunciado em que um evento é descrito como ocorrido <assim e assim> no mundo real (que, obviamente, é pressuposto como existente e não somente como imaginado ou sonhado)”.¹⁹⁶ Pela sua condição descritiva de algo que se diz ocorrido na realidade, esse

¹⁹⁴ O autor português Castanheira Neves contradiz essa afirmação. Em sua obra *Questão-de-facto e questão-de-direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)* analisa que a distinção entre questão de fato e questão de direito é de pouca ou nenhuma precisão, na medida em que “o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito; quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto”. E acrescenta: “o direito não é elemento, mas síntese; não é premissa de validade, mas validade cumprida; não é *prius*, mas *posterius*; não é dado, mas solução; não é ponto de partida, mas resultado; não está no princípio, mas no fim. Pelo que o sem-sentido metodológico do esquema normativista-substantivo é agora uma evidência. Não é o direito que se distingue de o ‘facto’, pois o direito é a síntese normativo-material em que ‘facto’ é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção problemática criticamente prepara e fundamenta” (NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto e questão-de-direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 586). Taruffo, por sua vez, insiste que há pelo menos um sentido em que a distinção entre fato e direito é necessária e, portanto, também possível. Essa distinção é inevitável quando se trata de estabelecer o que pode e deve ser provado em um processo. O princípio geral comumente aceito é que o direito não pode ser provado no sentido próprio e específico do termo: *jura novit curia* e diz respeito ao juiz conhecer o direito que deve aplicar para decidir uma controvérsia. Portanto, somente os fatos (ou seja, os enunciados sobre os fatos) são objeto de prova. “Os enunciados relativos aos aspectos jurídicos da controvérsia podem ser objeto de escolha, de interpretação, de argumentação e de justificação, mas não podem ser provados. Também os enunciados relativos aos fatos são objetos de escolha, de interpretação, de argumentação, e de justificação, mas sobretudo, pode-se provar que esses são verdadeiros ou falsos. A relevância das provas – (ou seja, a condição fundamental para a sua admissão no processo) é controlada fazendo referência aos enunciados que concernem aos fatos principais ao lado da controvérsia, e não às argumentações jurídicas propostas pelas partes para definir seus aspectos jurídicos. Essa distinção entre fato e direito não necessita de análises ulteriores: os princípios que regulam a admissão e a valoração das provas fornecem uma base suficiente para estabelecer o que é considerado como fato de uma controvérsia” (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 60).

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 60.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 60.

enunciado é apofântico, a significar que pode ser verdadeiro ou falso e, portanto, a merecer o escrutínio probatório.¹⁹⁷

Pensando os fatos versados no processo, torna-se despicienda a análise de questões filosóficas e epistemológicas. Os fatos relevantes à administração da justiça são *tranches de vie*, ou seja, eventos ou conjunto de situações atinentes à vida das pessoas, em determinado espaço geográfico, em determinada porção do tempo. Por isso, são apreendidos em uma perspectiva molecular: “mesmo quando estão envolvidas a microfísica ou as ciências genéticas, o escopo final continua sendo o de provar um fato da vida, referindo-se às situações jurídicas dos sujeitos interessados”.¹⁹⁸

Porém, há uma porção fática a merece maior consideração. Há fatos selecionados pelo órgão julgador que servem de base para a decisão. As circunstâncias irrelevantes não são tomadas em conta, *a priori*. Um fato é juridicamente relevante (*material facts*) quando corresponde ao raciocínio jurídico suficiente para a definição da solução jurídica a integrar a *ratio decidendi*. Nessa senda, a correta identificação do precedente, pelo intérprete, “depende de um caso devidamente delineado, particularizado e analisado em seus aspectos fático-jurídicos: os precedentes operam sobre fatos que delimitam o contexto fático-jurídico a partir do qual surgiram”.¹⁹⁹ Isso significa que as decisões, no imbrincado sistema de precedentes, devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos. Uma vez concebidos como essenciais para a decisão (*material facts*), acoplam-se à *ratio decidendi* e, acaso reiterados, segue-se a mesma solução jurídica do caso pretérito.

2.2.6. Afinal, há um único método válido de extração da *ratio decidendi*?

O fetiche à objetividade é algo recorrente no Direito. Em sendo ciência, é normal que haja uma busca frenética por exatidões, tal qual uma equação matemática, muito embora se saiba de suas complexas variações. No entanto, por mais que se otimize

¹⁹⁷ Com exceção das hipóteses alinhavadas no art. 374 do CPC/2015.

“Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

¹⁹⁸ TARUFFO, *op. cit.*, 2012, p. 61.

¹⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016, p. 106.

um método dedicado a extrair a norma do precedente, ele, em si, é insuficiente. Todos os teóricos apresentados, a par das diferenças e virtudes de pensamento, não conseguiram o prodígio de, objetivamente, decifrar o elemento normativo com aptidão de universalização. A razão para isso é bem simples. À semelhança da lei, o precedente carece de interpretação. Tarefa que se delega ao julgador subsequente, a quem incumbe o mister de mergulhar em uma interrelação heurístico-comparativa estabelecida entre o caso anterior e aquele que está a debruçar no presente. Decerto, as circunstâncias temporais, econômicas e sociais lhe servirão de subsídio para melhor apreensão do conjunto fático e interferirão na definição da *ratio decidendi*.

Nesse passo, em superação ao formalismo metodológico que contribui para um reducionismo e finalismo pueris, é preciso aceitar a multiplicidade de formas que poderão ser envidadas, podendo cada uma delas ensejar resultados distintos e até contrários, o que obsta, a *priori*, a seleção de uma delas como correta ou superior. Mais adequada, portanto, é a análise do sistema de precedentes em sua aplicação concreta, caso a caso, diferentemente de sua determinação em abstrato.²⁰⁰

MACCORMICK, a propósito do método interpretativo a ser empregado, adverte que a interpretação do texto da lei não se compraz com a interpretação do precedente. Por um dever de obediência aos princípios democráticos, entre eles, o da separação de poderes, ao juiz, de certo modo, incumbe o respeito ao campo semântico das palavras expressas no texto de lei. Contudo, nem sempre contém significações óbvias, a exigir um maior esforço argumentativo. A obviedade também não o isenta do processo exegético.²⁰¹ O próprio conceito de clareza é relativo: o que parece evidente para um, pode transparecer obscuro e dúbio a outro, seja porque menos atilado e culto, seja porque inserido em contexto social peculiar, exigindo do intérprete um exame clínico diverso e mais acurado. JEROME FRANK, a esse respeito, esclarece que: “mesmo em relação às palavras mais precisas, há sempre uma larga margem de ambiguidade, que só pode ser dissipada pela consideração do contexto e do *background*.”²⁰² Nessa toada, somente se verifica a clareza de um texto, após a definição de seu sentido, daí porque “ao invés de dispensar a exegese, implica-a”.²⁰³

²⁰⁰ MARSHALL, *op. cit.*, 1997, p. 513.

²⁰¹ MACCORMICK, *op. cit.*, 1978, p. 269-270 e 288-290.

²⁰² FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in American Justice*. Princeton: Princeton University, 1973, p. 299.

²⁰³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965, p. 30.

Por seu turno, em se tratando de precedentes, o método interpretativo aplicável é inverso e diametralmente oposto. O intérprete posterior não deve respeito ao campo semântico das palavras eleitas pelo julgador do caso pretérito. Justamente o contrário, tem ampla liberdade para reexpressar o elemento normativo a ser aplicado, elegendo o conjunto de expressões e palavras mais apropriadas ao contexto e às circunstâncias. Nesse quadrante, não se autoriza reservar ao precedente um tipo legal de silogismo.

What courts do have to have, in the light of the "argumentation thesis", is not a rule for recognising rules. What they must have is a practice of acknowledging a normatively appropriate range of grounds and forms of argument applicable to justify the way in which they fulfil their duty of applying those norms that the constitution requires them to treat as laws.²⁰⁴

Esse processo hermenêutico a condicionar a estrutura da argumentação jurídica não se estabelece em uma lógica silogística-dedutiva tampouco dogmática-sistemática, mas em uma estrutura tópica. O precedente é sempre uma decisão relativa a um caso particular e, portanto, faz-se necessário que o significado da regra jurídica, usada como critério decisional, venha concretizado para relacioná-lo à solução do caso particular. TARUFFO ainda acrescenta: “não se compreende o precedente se a interpretação da norma que nele foi aplicada não vem conexa diretamente com a *fattispecie* concreta que foi decidida”.²⁰⁵

Por vezes, o núcleo normativo estará explícito na decisão, tal como em *Montgomery v. Daniels*²⁰⁶, em que se discutia a constitucionalidade do *New York No-Fault Insurance Act*. A Corte de Apelação principiou por afirmar que “we hold that the New York no-fault automobile accident compensation law is not unconstitutional”. Aqui, a *ratio decidendi* além de explícita, é clara e de fácil constatação. Em outras ocasiões, contudo, cabe às cortes a tarefa de identificá-la, o que pode ser feito mediante o cuidado de se investigar, na decisão precedente, a questão, fática ou jurídica, que mais atenção conferiu o órgão julgador. Por exemplo, se maior tempo foi dedicado na explanação de

²⁰⁴ MACCORMICK, Neil. A Reply to Comments on Rhetoric and the Rule of Law. *Northern Ireland Legal Quarterly*, Belfast, v. 59, n. 1, p. 44-48, 2008, p. 48. Tradução livre: “[o] que os tribunais devem ter, à luz da ‘tese da argumentação’, não é uma regra de reconhecimento de regras. O que eles devem ter é a prática de reconhecer uma gama normativamente apropriada de fundamentos e formas de argumentos aplicáveis para justificar a maneira pela qual cumprem seu dever de aplicar as normas que a constituição exige que tratem como leis”.

²⁰⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. In: PRITSCH, Cesar *et al.*, *op. cit.*, 2020, p. 336.

²⁰⁶ 38 N.Y.2d 41,45 (1975)

um princípio ou regra, bem provável que essa mesma inteligência será aplicada no caso sucessor. Se em determinados fatos particulares ficou o juiz confinado, neles se extrai sua substancialidade.²⁰⁷ Desvendar o núcleo normativo e sua extensão perpassa pelo exame das razões oferecidas pelas cortes. De toda sorte, podem-se extrair as seguintes alternativas:

- (i) A *ratio decidendi* pode ser a regra extraída à luz dos fatos materiais explicitamente declarados pela corte pretérita; ou
- (ii) A *ratio decidendi* pode ser a regra que a corte seguinte acredita ser a partir de sua leitura dos fatos materiais, comparando-os com a decisão pretérita.

Sob o aspecto analítico, então, três são os elementos que a integram: a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*). Justamente por não ser pontuada pelo órgão julgador que profere a decisão, na maior parte das vezes, cabe aos juízes, em momento posterior, em um raciocínio hermenêutico, extrair a norma do caso concreto universalizável. Encerra uma escolha, entre as várias opções hermenêuticas e, portanto, em resposta ao questionamento feito no tópico acima, não há um método válido.²⁰⁸ Todos apresentam suas deficiências. O que interessa é a opção hermenêutica feita pelo julgador seguinte, apresentada na fundamentação e fincada nos fatos do caso concreto. Aliás, nessa afirmação, reside a principal crítica dirigida ao sistema de precedentes adotado pela ordem processual brasileira. O legado histórico decorrente da colonização portuguesa permanece pulsante em seu processo de conformação e compreensão, tendo, nos assentos, sua maior inspiração.

²⁰⁷ SUMMERS, *op. cit.*, 1997, p. 383.

²⁰⁸ De acordo com JULIUS STONE: “under the classical theory the court deciding a precedent case is to determine the ratio decidendi. That may not always be an easy job, but the court should be able to come up with a plausible argument supporting a principle of the case at some level of generality” (STONE, Julius. The ratio of the ratio decidendi. *Modern Law Review*, Londres, v. 22, n. 6, p. 597-620, 1959, p. 603-604). Tradução livre: “segundo a teoria clássica, o tribunal que decide um caso precedente deve determinar a *ratio decidendi*. Isso pode nem sempre ser uma tarefa fácil, mas o tribunal deve ser capaz de apresentar um argumento plausível apoiando um princípio do caso em algum nível de generalidade”.

3. O LEGADO LUSITANO E SUA INFLUÊNCIA NA CONFORMAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIROS

Eis um caminho ignorado que se abre diante de mim. Para segui-lo preciso despojar-me de toda a vaidade e arrogância, defeitos que sempre possuímos em grau maior do que suspeitamos.

VICTOR NUNES LEAL

3.1. A influência portuguesa na construção conceitual do sistema de precedentes brasileiro: a figura dos assentos

Influenciada pela colonização lusitana, tanto no passado quanto na era presente, a ordem processual brasileira, diferentemente da cultura difundida nos países de *common law*, seguiu uma trilha peculiar na sistematização da doutrina de precedentes, a começar por sua própria identificação e definição. Nada de novo, a considerar o peso dessa ancestralidade na conformação e estruturação do Direito em terras brasileiras, edificada sob a influência dos grandes códigos e legislações.²⁰⁹ Nesse caldo cultural, tiveram os assentos portugueses notória ascendência, notadamente para a cimentação das balizas conceituais do sistema de precedentes, como *standard* de racionalidade.²¹⁰

Sua origem está umbilicalmente conectada à ideia de segurança, em meio à instabilidade por que passava o direito lusitano a partir do Século XVI. Naquela época, o direito português estava a experimentar uma encruzilhada jurídica: perscrutava a conciliação do direito comum²¹¹ com as prescrições normativas nacionais, a despeito da

²⁰⁹ A exemplo do Código de 1804, um dos maiores legados de Napoleão Bonaparte, como ele mesmo reportava: “[m]inha verdadeira glória não foi ganhar batalhas. Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. Mas o que nada apagará, o que viverá eternamente, é o meu Código Civil” (BONAPARTE, Napoleão. *Memórias de Santa Helena*. Lisboa: Meridiano, 1941). De igual modo, Savatier, conhecedor de sua trajetória e história, afirma: “On sait que le Code civil mérite le nom de Code Napoléon : c'est l'œuvre de la volonté d'un seul homme: Bonaparte” (SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. Paris: LGDJ, 1939, v. 1, p. XI). Tradução livre: “[n]ós sabemos que o Código Civil merece o nome de Código Napoleão: ele é a obra da vontade de um homem: Bonaparte”.

²¹⁰ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: PUCRS, 1996; e GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007, v. II.

²¹¹ “A doutrina jurídica dos séculos XV, XVI e XVII tem recebido designações muito variadas ‘bartolismo’, ‘escolástica jurídica’, ‘*mos italicus*’ etc.; mas a sua designação mais correcta é a de «direito comum» por se revelar menos unilateral do que qualquer das anteriores e por nos dar, desde logo, esta idéia: a de que ela apresenta como característica primeira a unidade – (i) quer enquanto unifica as várias fontes do direito (direito justinianeu [...], direito canónico [...]) e direitos locais; (ii) quer enquanto constitui um objecto único

proeminência do primeiro. A legislação nacional ainda era exceção.²¹² Essa mistura jurisprudencial, todavia, descambava para uma instabilidade jurídica a levar à criação dos assentos da Casa da Suplicação, os quais, aprioristicamente, consistiam “intepretação autêntica das leis e tinham força legislativa”.²¹³ As deliberações eram registradas no Livro dos Assentos²¹⁴, a vincular todos os magistrados. A desobediência a seus comandos, inclusive, poderia ser apenada com suspensão, à luz do reverberado no Título LVIII das Ordenações Manuelinas.²¹⁵ Referida sistemática restou mantida pelas Ordenações Filipinas e, em 1769, confirmada pela Lei de 18 de agosto, cognoscível como Lei da Boa Razão.

Com o advento da Constituição de 1822, dirigida à promoção dos direitos individuais e, sobretudo, à efetivação de uma “doutrina da separação dos poderes, segundo a qual a soberania, que residia essencialmente na nação, era exercida por diversos órgãos de autoridade, independentes e harmônicos entre si e que reciprocamente se limitavam e se fiscalizavam”,²¹⁶ numa penada, conduziu a Casa da Suplicação à extinção, criando, em substituição, o Supremo Tribunal de Justiça. Nesse ponto da história, o órgão recém-criado declarou que não mais lavraria nenhum outro assento.²¹⁷

(ou comum) de todo o discurso jurídico europeu; (iii) quer ainda enquanto «trata» este objecto segundo métodos e estilos de raciocinar comuns; (iv) forjados num ensino universitário do direito que era idêntico por toda a Europa; e (v) vulgarizados por uma literatura escrita numa língua então universal – o latim” (HESPAÑA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*: síntese de um milênio. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 89).

²¹² SIFUENTES, Mônica. *Símula vinculante*: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 188.

²¹³ Acórdão nº 743/96. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960743.html>>. Acesso em: 25 de jan. de 2021.

²¹⁴ A origem do nome *assento*, está no fato de que as decisões (da mesa grande ou do rei) eram escritas em um livrinho (que passou a ser chamado de “Livro dos Assentos”), para serem adotadas aos casos futuros. Ver: TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 166.

²¹⁵ Título LVIII, Ordenações Manuelinas: *Dos Defembargadores, e Julgadores, que nom guardam as Ordenações, ou as interpretam. E que tomam conhecimento dos feitos que nom lhe pertencem*. [...]

I E ASSI Auemos por bem, que quando os Defembargadores, que forem no depalço d’alguã feito, todos ou alguã delles teuerem alguã duuida em alguã Nollã Ordenaçam do entendimento della, vam com a dita duuida ao Regedor; o qual na Mefa grande com os Defembargadores que lhe bem parecer a determinará, e fegundo o que hi for determinado fe poerá a fentença. E fe na dita Mefa foram ifllo mefmo em duuida, que ao Regedor pareça que he bem de No-lo fazer faber, pera a Nós loguo determinarmos, No-lo fará faber, përa Nós nifllo Prouermos. E os que em outra maneira interpretarem Nollãs Ordenações, ou derem fentenças em alguã feito, tendo alguã delles duuida no entendimento da dita Ordenaçam, sem hirem ao Regedor como dito he, feram fulpenfos atee nollã Merce. E a determinaçam que sobre o entendimento da dita Ordenaçam fe tomar, mandarã o Regedor efcrever no liurinho pera despois nom viir em duuida. Disponível em: <<http://www.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l5p195.htm>>. Acesso em: 25 de jan. de 2021.

²¹⁶ FERNANDES, Ernesto. RÊGO, Anibal. *História do direito português*: súmulas das lições proferidas pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no curso do 1º ano jurídico de 1940-41 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1941, p. 305.

²¹⁷ REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. Coimbra: Coimbra, 1985, v. VI, p. 235.

Ao longo de aproximadamente um século, em Portugal, a figura dos assentos deixou de existir. O regime liberal não se comprazia com o patrulhamento intelectual imposto pelas prescrições vinculantes. Realidade essa, entretanto, que não sobreviveu ao regime de exceção instaurado após 28 de maio de 1926, quando se encontrou no ideal de segurança jurídica apropriado elemento discursivo para ressuscitar a figura dos assentos. Coube então a JOSÉ ALBERTO DOS REIS a tarefa de reformar a ordem processual portuguesa, ao que sucederam inúmeros instrumentos normativos, a exemplo dos Decretos nº 13.379/1927, 18.109/1930 e 21.287/1932, até a publicação do Código de Processo Civil de 1939 – CPC/1939. Antes desse marco, porém, os assentos retomaram seu espaço no átrio do Supremo Tribunal de Justiça, o qual, a partir de 16 de dezembro de 1927, já os editava, reafirmada sua legitimidade e autoridade pelo novel diploma processual.²¹⁸

Distante de sua matriz antecessora²¹⁹, JOSÉ ALBERTO DOS REIS enfatizou que os assentos do Supremo Tribunal de Justiça exerceriam função semelhante à da lei interpretativa, de modo que a eles deveriam os magistrados “a mesma obediência que a qualquer lei interpretativa; têm de inclinar-se perante a interpretação consagrada pelo assento, exatamente como se inclinaram perante a interpretação emanada de lei votada pela Assembleia Nacional ou estabelecida em decreto-lei”.²²⁰

²¹⁸ O recurso de uniformização de jurisprudência, criado pelo art. 66º do Decreto nº 12.353, instituiu, nos arts. 763º a 770º, com idêntica finalidade, um meio de impugnação denominado de recurso para o Tribunal Pleno, responsável por recuperar os antigos assentos da Casa da Suplicação. *Jurisprudência comentada*. Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional. POLIS – Revista de Estudos Jurídico-Políticos, Lisboa, n. 1, 1994, p. 115-169.

²¹⁹ Sobre a diferente sistemática dos assentos da Casa da Suplicação, Fernando Martins de Carvalho anota que: “certas veleidades legislativas de pequena parte da nossa jurisprudência influíram, sem dúvida nenhuma, no espírito do ilustre Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, que propôs se desse a denominação de assentos aos acórdãos proferidos pelo tribunal pleno nos termos do novo texto do art. 1176 do Código de Processo Civil. Foi a designação, condescendente ou distraidamente, aceita pelos seus ilustres colegas, e assim tem vingado um pseudo-sistema, que ou desnatura completamente o alcance dos antigos assentos da Casa da Suplicação, ou pelo contrário, desvirtua de todo o significado dos acórdãos do tribunal pleno. Os velhos assentos eram interpretação autêntica, legislativa, e tinham, como tais, força de lei. Lavravam-se para o caso, depois, ‘não vir em dúvida’ (Ord. Fil., I, Tit. 3, § 5º; Ord. Man., I. V., Tit. 58, § 1º). Não julgavam ‘o direito das partes no particular de cada uma delas, mas, sim, a inteligência geral e perpétua de Lei em comum benefício’ (Lei de 18 de agosto de 1769, § 2º). ‘Constituíam leis inalteráveis para sempre se observarem como tais debaixo das penas ... estabelecidas, (citada lei, § 4º). Seriam observados como leis (§5º). Os acórdãos do tribunal pleno, nos termos do citado art. 1176, não têm força de lei, não são de modo nenhum interpretação autêntica ou legislativa. A diferença entre estes acórdãos e os velhos assentos é, portanto, capital; confundir-los é desconhecer de todo em todo o papel da Casa da Suplicação”.

²²⁰ REIS, *op. cit.*, 1985, v. VI, p. 315.

Aludido construto teórico fixa a medida de seu poder de abstração, em tudo equivalente à produção legiferante. São proposições de “estrutura geral e abstracta que se autonomizam, formal e normativamente”, sendo o “preceito que coroa a decisão do caso concreto” com força genérica.²²¹ Pela sua equiparação à lei, os assentos eram autênticas fontes de direito, a chegar ao ponto de, no Código de Processo Civil de 1961, atingirem a áurea da imutabilidade.²²² A consagração de um tal sistema, rígido e imutável, para além de anquilosar e impedir a evolução da jurisprudência, necessariamente ditada pelo devir do direito e da sua adequada realização histórico-concreta, contrariava manifestamente o sentido mais autêntico da função jurisprudencial. Ainda assim, contou com regulamentação específica no Código Civil, promulgado em 1966, geograficamente alinhado no art. 2º, com a seguinte redação: “[n]os casos declarados na lei, podem os tribunais fixar por meio de assentos, doutrina com força obrigatória e geral”.

Tal diretriz normativa, todavia, teve sua constitucionalidade questionada, na medida em que conflitava com a disposição do art. 115º, n. 5, da Constituição portuguesa.²²³ A gênese da colisão constitucional da norma do art. 2º do Código Civil, na esteira do entendimento sagrado pelo Tribunal Constitucional, radica no fato de os assentos se arrogarem o direito de interpretação ou integração autêntica da lei, com força obrigatória geral, “assumindo a estatura de actos não legislativos de interpretação ou integração de leis”.²²⁴ Por essa razão, naquela oportunidade, extirparam do preceito a expressão “com força obrigatória e geral”, a privilegiar a doutrina de separação dos poderes, ao mesmo tempo em que, num esforço salvífico, davam sobrevida à figura dos assentos.²²⁵ O sopro oxigenar, no entanto, foi passageiro, a conduzir os assentos à completa extinção no ano de 1995.

²²¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Do Projecto ao Código Civil*: comunicação feita na Assembleia Nacional do dia 26 de novembro de 1966. Lisboa: Impr. Nacional, 1967, p. 18.

²²² O Código de Processo Civil de 1961 suprimiu a possibilidade de modificação dos assentos constante do artigo 769º do CPC/1939, possibilidade essa já contemplada no artigo 66º do Decreto nº 12.353 que, por seu turno, recebera inspiração no Decreto nº 4.620.

²²³ Art. 115º 1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais. [...] 5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.

²²⁴ Acórdão nº 810/93. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=11642&pagina=349&nid=5671>. Acesso em: 25 de jan. de 2021.

²²⁵ “Nestes termos decide-se: a) Julgar inconstitucional a norma do artigo 2.º do Código Civil na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115.º, n.º 5, da Constituição” (Acórdão nº 810/93). Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=11642&pagina=349&nid=5671>. Acesso em: 25 de jan. de 2021.

3.1.1. A recepção dos assentos pela ordem processual brasileira

No Brasil, diante de sua integração ao Reino Unido de Portugal e Algarves, embora proclamada e reconhecida sua independência na arena política no ano de 1822, permaneciam a projetar seus efeitos as Ordenações Filipinas e, por corolário, os próprios assentos advindos da Casa da Suplicação, conforme prescrição do Decreto de 20 de outubro de 1923.²²⁶ Esses, por sinal, viriam a ser recepcionados formalmente no direito nacional pelo Decreto Legislativo nº 2.684, de 30.10.1875, o qual, sobre dar força de lei aos assentos da Casa da Suplicação (art. 1º), autorizava o Superior Tribunal de Justiça a levá-los na devida conta,

para inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando na execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada.

Tamanha sua reverência que continham densidade normativa suficiente a torná-los de cumprimento obrigatório, salvo se derogados pela atividade legislativa. Sua existência, contudo, foi abreviada com o advento da República, cujo espírito não se afinava com a inevitável associação do Poder Judiciário ao Poder Legislativo e, nessa senda, “a atribuição de tomar assentos não poderia ser conferida aos tribunais, quer federais, quer estaduais”.²²⁷ De seu lado, já se tinha, em solo brasileiro, a figura do prejulgado, radicado em 1923, pela Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal. Sucede que, dessemelhante aos assentos, ostentava força coercitiva tão-somente dentro dos quadrantes do caso concreto que o ensejou. Fora dele, consistia em simples “norma aconselhável para os casos futuros”.²²⁸

De todo modo, quer pelo espírito republicano, quer pela existência dos prejulgados, certo é que os assentos deixaram de ter vida útil no direito nacional. Não houve completa e total ruptura, tal como aconteceu em Portugal. Do contrário, em Brasil,

²²⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 2012.

²²⁷ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1960, p. 445.

²²⁸ FERRAZ, Sérgio. O prejulgado no direito processual trabalhista brasileiro. *Revista de direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 211-248, 1970, p. 213.

de certa forma, permanece viva a essência dos assentos, mesmo que sob outras vestes e rótulos, pela afirmação da legitimidade dos verbetes sumulares.

3.2. As súmulas e os assentos portugueses: qualquer comparação não é mera coincidência

É certo dizer que os prejudgados tiveram vida demasiadamente curta. O CPC/1939, porém, deles não se esqueceu, vindo a discipliná-los especificamente no art. 861.²²⁹ Também, na órbita do processo do trabalho, o prejudgado²³⁰ integrou a ordem objetiva, desde a edição da CLT, especificamente no art. 902, facultado ao Tribunal Superior do Trabalho – TST, com força obrigatória às instâncias originárias e com a peculiaridade de se entender revogado sempre que o Tribunal, “funcionando completo, pronunciar-se, em tese ou em concreto, sobre a hipótese do prejudgado, firmando nova interpretação”.

À semelhança dos assentos, tinham como função unificar a jurisprudência, sem a rigidez dos primeiros e, portanto, desprovidos de força vinculante. Constituíam medida jurisdicional, proferida em um feito, apta a operar resultados na conformação da decisão.²³¹ Sob esse prisma, intentavam a uniformização da jurisprudência do mesmo tribunal, com a característica de que o procedimento era antecedente ao dissídio e, nessa condição, de recurso não se tratava,²³² mas de incidente processual.²³³ A razão para isso

²²⁹ Art. 861, CPC/1939: “A requerimento de qualquer dos seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas, sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.”

²³⁰ A despeito de ter sido acolhido pela CLT, seu acolhimento foi ensaiado no projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho, elaborado por comissão de juristas e técnicos da área, ao tempo da vigência da Carta Constitucional de 1937. Tal inovação, no entanto, recebeu candentes críticas de Waldemar Ferreira e, pelo seu peso, o Decreto-Lei nº 1.237 nada mencionou a respeito do prejudgado. Ver: FERRAZ, *op. cit.*, 1970.

²³¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Millennium, 2000, v. IV, p. 311 e seguintes.

²³² Pontes de Miranda, a respeito da natureza jurídica dos prejudgados, afirmava que, ao menos parcialmente, eram recursos. Argumenta o autor que se o ponto, objeto do prejudgado, foi decidido pela instância de origem e o órgão que institui o juízo prévio havia de conhecer dele em instância recursal, o prejudgado, vez que matéria de recurso, ainda que limitado àquele ponto, recurso é. Ver: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código do Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. XII, p. 83 e seguintes.

²³³ Nesse ponto, Lopes da Costa anota que: “o prejudgado não é um recurso, porque não se descobre qual seja a sentença recorrida”. Neste sentido, entre muitos outros, SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira, *et al. Primeiras linhas sobre o processo civil*. Rio de Janeiro: Garnier, 1879, nota 590; MONTEIRO, João. *Programma do curso de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Duprat, 1912, v. III, p. 54; COUTURE, Eduardo

está na carência dos elementos que caracterizam os recursos: ato de vontade, emanado pela parte, contra uma sentença, a objetivar sua reforma ou cassação. O prejudgado, ao revés, tinha lugar quando ocorresse ou, então, na possibilidade de ocorrência de divergência sobre “a interpretação de qualquer norma jurídica” (art. 861 do CPC/1939), a promover a unidade do direito do Tribunal, como instrumento de uniformização de jurisprudência. Em que pese desprovido de autoridade jurídica, contava com alta densidade persuasiva, a que FRANCESCO MENESTRINA denominou “autoridade lógica”.²³⁴ E é nessa linha de coerência e plausibilidade lógica que projetava fecundos e irresistíveis reflexos quando da apreciação de litígios semelhantes.

Pari passu à sua existência, em vista do acúmulo de processos pendentes de julgamento, o STF, após a alteração do regimento interno, operada em 30 de agosto de 1963, e com o auxílio da Comissão de Jurisprudência, constituída pelos Ministros GONÇALVES DE OLIVEIRA, PEDRO CHAVES e VICTOR NUNES LEAL, este último seu relator e grande mentor, em sessão datada de 13 de dezembro de 1963, decidiu adotar, oficialmente, pela primeira vez, a *Súmula da Jurisprudência Predominante*, a vigorar a partir de 1 de março de 1964. Fê-lo, contudo, com limite restrito: proporcionar maior estabilidade à orientação dos julgados daquela Casa, facilitando, de outra parte, o trabalho dos advogados e simplificando, ademais, o julgamento das questões. Com a habitual acuidade, observou VITOR NUNES LEAL:

adotou o Supremo, com a Súmula, o ideal do meio-térmo quanto à estabilidade da jurisprudência: nem a inteligência perpétua da lei pelos assentos, nem a virtual inoperância dos atuais prejudgados, nem por fim a anarquia jurisprudencial.²³⁵

Quer dizer que a súmula²³⁶, na forma como originariamente proposta, traduzir-se-ia em métodos de racionalização do trabalho da Corte, sem que carregasse a

J. *Fundamentos del Derecho Processual Civil*. Buenos Aires: Aniceto Lopez, 1942; e FAGUNDES, Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 40.

²³⁴ MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milão: Giuffrè, 1963, p. 160 a 166.

²³⁵ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 5, p. 453 - 459, 1964, p. 456.

²³⁶ Sobre a nomenclatura, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA dirige acentuada crítica ao modo de citá-la na prática forense, desvirtuada de seu sentido original. Segundo seus ensinamentos, “a Súmula, sempre no singular, foi publicada como anexo ao Regimento Interno, e a respectiva citação, feita pelo número do enunciado, dispensaria, perante a Core, a indicação complementar de julgados no mesmo sentido. Mais tarde, outros tribunais seguiram o exemplo: o Superior Tribunal de Justiça tem sua própria Súmula, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a sua, e assim por diante. Em todos os casos, a denominação oficial de Súmula corresponde ao conjunto, ao todo, à totalidade das teses compendiadas. O modo de citar a Súmula, pelo número do enunciado, levou a curiosa corruptela na linguagem forense. Era correto dizer ‘n.

natureza jurídica de lei, tal como a raiz lusitana achada nos assentos, nem tampouco a inefetividade dos prejudgados na missão de unificar a jurisprudência. Nessa senda, a súmula significaria “método de trabalho”.²³⁷

Tão bem-sucedida a engenharia nomofilática que, logo, o TST também a ela se rendeu, “tendo em conta os melhores resultados do egrégio STF”,²³⁸ a incentivar a utilização das súmulas, mediante as propostas dos Ministros RAYMUNDO DE SOUZA MOURA, TOSTES MALTA e LIMA TEIXEIRA. Foi a iniciativa integrada à norma regimental, ombreada aos prejudgados, pela Resolução Administrativa nº 64-A/73, de 15 de agosto de 1973, a conferir nova redação ao art. 174, a qual passou a vigor com o seguinte texto: “as teses sobre as quais haja jurisprudência uniforme no Tribunal Pleno [...] serão consubstanciadas em súmulas”.

Paralelamente, a ideia dos assentos parecia querer reavivar pelo registro no anteprojeto do CPC/1973, quiçá sob a influência de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, em capítulo destinado ao tratamento da uniformização jurisprudencial. Neste, constava a possibilidade de qualquer ministro, ao proferir o voto, solicitar o pronunciamento prévio do STF acerca da interpretação do texto constitucional ou de lei federal sempre que (i) se verificasse que a seu respeito ocorria ou poderia ocorrer divergência ou (ii) se na decisão recorrida a interpretação do preceito da Constituição Federal ou da lei federal fosse diversa daquela que lhe havia dado quaisquer dos outros tribunais. Nesses casos, o tribunal, reconhecendo a divergência, daria “interpretação à norma jurídica” e “o presidente [...], em obediência ao que ficou decidido” criaria um assento, o qual, quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicado, teria “força de lei em todo o território nacional”.²³⁹

Nenhuma das disposições, todavia, constou da versão final do Código, o qual passou a reger o procedimento de criação da súmula, como instrumento de uniformização da jurisprudência, a derogar o art. 861 do CPC/1939 e, dessa feita, a colocar um ponto final na história dos prejudgados. Sob a batuta de ALFREDO BUZAID, o art. 479 vaticinou que:

x. da Súmula’ ou Súmula de n. x.’. Mas passou-se a falar com frequência de ‘Súmula n. x., sem pausa, como se cada enunciado, individualmente, constituísse uma ‘súmula’” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A redação da Emenda Constitucional nº 45 (Reforma da Justiça). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 101, n. 378, p. 39-46, 2005, p. 378).

²³⁷ LEAL, Vitor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, 1981, p. 15.

²³⁸ *Revista de jurisprudência trabalhista*, 1/39, 1973.

²³⁹ Art. 519, do anteprojeto do CPC/1939.

[o] julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Desde, então, a súmula ganhou notória proeminência na ordem jurídica brasileira, distanciando-se, em muito, da noção de *método de trabalho com a finalidade de racionalização da atividade jurisdicional* para assumir uma estatura bem próxima a dos antigos, mas ainda vivos, assentos portugueses. Nesse sentido as duras críticas de ALFREDO AUGUSTO BECKER, ao insistir que os verbetes sumulares prestaram um desserviço ao dever constitucional de fundamentação, na medida em que o substituiu. “Substituiu até mesmo a citação dos textos legais aplicáveis ao caso. Por sua vez, o próprio texto da súmula é substituído por um signo: a cifra aritmética”.²⁴⁰

A despeito das vozes dissonantes, a ordem processual brasileira promoveu a criação de inúmeros atalhos procedimentais, a invocar, como estandarte de consideração, os enunciados de súmula. Foram exemplos dessa tendência, sem pretensão à exaustão: (i) a possibilidade de o relator negar seguimento a recurso que contrariasse súmula do respectivo Tribunal Superior (art. 38 da Lei nº 8.038/1990); (ii) a posterior generalização de referida sistemática para todos os Tribunais, bem como a possibilidade de o relator dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores; e (iii) a dispensa de se fazer referência a outros precedentes, bastando a citação da súmula pelo número correspondente (art. 102, § 4º, do Regimento Interno do STF e art. 124 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).

Sua projeção foi tanta que, àquela altura, seria apropriado agregar à orientação sumular aptidão vinculante, em discurso radicado na necessidade de promoção de igualdade e segurança jurídica. A incerteza da jurisprudência gera “a incerteza do Direito”.²⁴¹ Para alguns, “a súmula significou melhoria qualitativa (dadas a estabilização, sem petrificação da jurisprudência e a conseqüente equanimização das decisões) e

²⁴⁰ BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74-76.

²⁴¹ “Que adianta a lei ser igual para todos se for aplicada de modo diferente a casos análogos? Antes a jurisprudência errada, mas uniforme, do que a jurisprudência incerta. Diante de jurisprudência uniforme cada um sabe com o que pode contar; perante a jurisprudência incerta, ninguém está seguro do seu direito” (REIS, José Alberto dos. *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929, p. 688).

racionalização quantitativa dos trabalhos da Corte”.²⁴² Digno de nota foi o trabalho do Ministro SEPÚLVIDA PERTENCE para a cimentação do caminho que abraçaria a força precedencial dos enunciados de súmula, a resultar em sua introdução na ordem jurídica nacional pela Emenda Constitucional – EC nº 45/2004, com o auspicioso intento de otimizar o trabalho do STF. Ao contrário das súmulas tradicionais, idealizadas por VICTOR NUNES LEAL, as súmulas vinculantes “são determinações sobre a inteligência das leis, apresentando eficácia irrestrita (*erga omnes*)”.²⁴³ Uma vez publicadas na imprensa oficial, vinculam os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de governo.²⁴⁴ A semelhança à figura dos assentos lusitanos, no caso, não é mera coincidência. Ambos prescrevem “uma norma jurídica com eficácia *erga omnes*, em termos de, quanto a ela, ser possível o accionamento do processo de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade”.²⁴⁵

Como quer que seja, não sendo oportuna aqui a apreciação da (in)constitucionalidade da súmula vinculante, sempre se há de dizer que a fixação de doutrina com força obrigatória geral revela a prescrição de norma legislativa, pois se realiza nela

as dimensões tanto materiais como formais de uma norma dessa natureza e com possibilidades normativas não só de interpretação autêntica, mas inclusivamente inovadoras, e inovadoras mesmo para além do âmbito estrito da integração.²⁴⁶

A propósito dessa dimensão criadora, a súmula nº 331 do TST²⁴⁷, pese desprovida formalmente de aptidão vinculante, por longo período regulamentou, por si

²⁴² PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *Discurso*. Brasília: [s.n.], 14 de agosto de 1985.

²⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁴⁴ Art. 103-A da CR/1988.

²⁴⁵ Acórdãos nº 8/87 e 359/91, publicados em 9 de fev. de 1987 e 15 de out. de 1991, respectivamente; Acórdão nº 810/93. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa-avancada/asearch/288649/details/maximized?emissor=Tribunal+Constitucional&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>>. Acesso em: 27 de jan. de 2021.

²⁴⁶ NEVES, Antônio Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 273-350.

²⁴⁷ Súmula nº 331 do TST – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-

própria, o fenômeno da terceirização trabalhista, criando direitos e deveres, de cumprimento geral e, ao mesmo tempo, obrigatório.²⁴⁸ Dessa feita, para muito além de simples métodos de otimização dos trabalhos dos tribunais, é de se reconhecer, inclusive para os mais resistentes²⁴⁹, que se está perante uma norma *strictu sensu* e, nesse ponto, em especial, reside o antagonismo com a doutrina de precedentes lapidada pela ordem processual a partir do ano de 2015.

3.3. Os precedentes e o risco da pureza de sentidos

A consequência lógica e natural da miscigenação de experiências jurídicas deitadas em território português e, por aqui, enraizadas, consiste na percepção acrítica da doutrina de precedentes, construída com base em uma teoria pura de sentidos. Tais e quais os assentos lusitanos e a súmula, simples e vinculante, os precedentes se resumem a norma jurídica geral e abstrata. Sob esse prisma, o precedente perde sua natureza de decisão do caso concreto para assumir estatura de lei, sistematizado segundo os critérios de unidade e coerência.

Tendo em mira essa conformação hierárquica, uma norma somente encontraria sua origem e validade a partir de outra norma e nunca a partir de um fato. NORBERTO BOBBIO explica que a unidade e coerência do ordenamento jurídico são sustentadas pela posição hierárquica do sistema normativo. Cada norma de um escalão deve ser considerada execução da norma imediatamente superior, a permitir uma interferência vertical e ascendente até se chegar a uma única norma fundamentadora, a

meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

²⁴⁸ Entre outros exemplos, como a Súmula n.º 90 (jornada itinerante); Súmula n.º 342 (modo de operar descontos salariais); Súmula n.º 6 (equiparação salarial), todas do TST.

²⁴⁹ Entre esses autores, José Alberto dos Reis, para quem os assentos seriam apenas interpretação autêntica da lei. Ver: REIS, *op. cit.*, 1985, v. VI.

qual, segundo defende, “é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico”.²⁵⁰

Conquanto concebido o precedente como norma jurídica com eficácia *erga omnes* e, portanto, alocado na pirâmide kelseniana, os juízes teriam um dever jurídico de mera execução das prescrições dos tribunais. A significar que o juiz *boca fria da lei* passaria a ser concebido como juiz *boca fria de qualquer provimento vinculante dos tribunais superiores*. Mais grave, pois se distancia da matiz fática que o gerou, a perder de vista a cadeia discursiva decisional e a dispensar o juiz do fardo ético relativo à fundamentação.²⁵¹

Essa índole prescritiva geral e abstrata para o futuro, pese sua raiz milenar, foi acentuada com o arvorecer do CPC/2015, o qual introduziu, no art. 927, um catálogo de decisões com força precedencial vinculante. A lei dita o que é precedente, a demonstrar a diferença sistemática da doutrina de precedentes cimentada pelos países de tradição de *common law*. Daí a crítica acachapante de LÊNIO STRECK, a enfatizar que, em Brasil, não há precedentes. Insiste o autor em dizer que:

precedente legítimo, em uma verdadeira *cultura de precedentes*, não nasce; torna-se. Precedente não tem certidão de nascimento. No *common law*, o tribunal não termina o julgamento e diz: agora vamos fixar a tese. Um precedente legítimo é reconhecido como vinculante a partir da atividade decisória subsequente que relaciona um caso a outro.²⁵²

Sob determinado ângulo, pode-se concordar com a crítica, pese embora não se possa convir com a afirmação de que inexistam sistemas de precedentes na ordem processual brasileira. Há, em verdade, uma percepção equivocada de sua extensão conceitual, na medida em que se agrega à essência um alto teor de abstração. As circunstâncias, inclusive, são propícias a isso. As teses de repercussão geral²⁵³, por exemplo, a despeito de não serem precedentes, fazem suas vezes. Pequenas sínteses com efeitos *erga omnes*, em tudo semelhante a prescrições normativas. O mesmo sucede com

²⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 49.

²⁵¹ SCHMITT, Carl. *O Führer protege o direito*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Org.). Carl Schmitt e a fundamentação do direito. São Paulo: Max Limonad, 2001a. p. 219-225

²⁵² STRECK, Lênio Luiz. Precedentes? Uma proposta os ministros Schiatti, Mussi e Sebastião. *ConJur*, São Paulo, 6 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schiatti-mussi-sebastiao>>. Acesso em: 1 de fev. de 2021.

²⁵³ As teses de repercussão geral podem ser encontradas no *website* do STF. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>>. Acesso em: 1 de fev. de 2021.

os enunciados de súmula, quer vinculantes, quer simples, a evidenciar que o legado histórico português permanece luminescente na cultura jurídica nacional. Precedentes são apreendidos tais como eram os assentos lusitanos, na medida em que:

conferem (i) a um órgão judicial (a um tribunal) de prescrever (ii) critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante o enunciado de (iii) normas (no sentido estrito de normas gerais, ou de ‘preceitos gerais e abstratos’, que, como tais, (iv) abstraem (na sua intenção) e se destacam (na sua formulação) dos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, com o propósito de (v) estatuírem para o futuro, de se imporem em ordem a uma aplicação futura.²⁵⁴

Com efeito, a singularidade da doutrina precedencial brasileira reside no fato de um tribunal ser convocado, a partir de tal referência, “à proclamação de critérios jurídicos que tanto formalmente, como intencionalmente e ainda temporalmente (ou na sua dimensão de tempo) nos oferecem com as características de prescrições legislativas”.²⁵⁵ Nessa premissa, inclusive, jaz todo o equacionamento do problema do sistema de precedentes. É, preciso, portanto, resgatar a essência de seu sentido, como decisão do caso concreto e sepultar, de vez, a reminiscência dos assentos lusitanos. Sua revogação, aliás, viria em boa hora. Pela integridade do sistema de precedentes se atinge, lógica e eficientemente, a otimização do trabalho dos tribunais.

Entra em cena, dentro desse contexto, o protagonismo da fundamentação. Se a súmula, em certa medida, libera o juiz do fardo de justificação, no sistema de obrigatoriedade dos precedentes, a motivação está para sua integridade da mesma forma que o ar para a vitalidade corpórea. Ao mesmo tempo em que não se confunde com a *ratio decidendi*, é na motivação que se extrai as condições fáticas concebidas como relevantes para o órgão julgador e, como tais, a merecer identidade de tratamento jurídico.

²⁵⁴ NEVES, *op. cit.*, 1983, p. 2-4.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 4-5.

4. A FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA COMO GARANTIA DA INTEGRIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES

Deviene entonces necesaria una lectura de los procesos decisionales que reconozca la complejidad en las articulaciones de los niveles: ninguna decisión nace toda armada en el lugar del Simbólico, más podrá devenir en esto que presume de ser si sabe volverse sobre el propio origen, y soportar el dolor de descubrirse distinta del próprio ideal narcisístico. Contrariamente a aquello que sucede en el mito de Orfeo, el sujeto falla de si no tiene el coraje de volverse.

GIOVANNI BOTTIROLI

4.1. A fundamentação das decisões nas perspectivas do processo civil brasileiro e comparado

4.1.1. Breves considerações evolutivas

O princípio da motivação da decisão judicial, sob o risco de sua deficiência incorrer em nulidade, consiste em axioma que se afirmou na maior parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, traduzido no dever de o órgão julgador apresentar as razões que formaram sua convicção.²⁵⁶ Na França, a exigência do dever de fundamentação se estabeleceu a partir do Século XIX.²⁵⁷ Curiosamente, na Espanha, rememora-se o Edito Real, promulgado por Carlos III, a 13 de julho de 1778, do qual proibia que as decisões fossem motivadas.²⁵⁸ Apenas na segunda metade do Século XIX,

²⁵⁶ Não há consenso entre os historiadores a respeito da existência, ou não, de decisões judiciais motivadas ao tempo do Direito Romano. No Século XVII, ao descrever a prática de pronúncia de decisões que “contêm simplesmente aquilo que é ordenado, sem algum raciocínio, seja no âmbito civil, ou criminal”, ROCHE FLAVIN, ao citar Ulpiano, escreve que: “dans le passé, les juges inféraient dans leurs jugements, sentences et décisions, la cause ou le motif de la condamnation ou de l'acquittement” (FLAVIN, Bernard de la Roche. *Treize Liures des Parlemens de France*. Bordeaux : Simon Millanges, 1617, p. 184). Tradução livre: “antigamente, os juízes faziam inferir em seus julgamentos, sentenças e decisões, a causa ou o motivo da condenação ou absolvição”.

²⁵⁷ Note-se que a Constituição francesa de 1958 não resgatou o art. 208 da clássica Constituição de 1795, o qual previa a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais.

²⁵⁸ Os fundamentos do Edito são surpreendentes e merecem a reprodução: “[P]ara evitar los perjuicios que resultan com la práctica que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tempo en la extensión de las sentencias, que vien en ser un resumen del proceso y las costas que a las partes se siguen; mando cesse em dicha práctica de motivas sus sentencias, ateniéndose a alas palabras decisórias, como se observa en él mi consejo, y en laa mayor parte de los tribunales del reino; y que a ejemplo de lo que va prevenido a la Audiencia de Mallorca, los tribunales ordinários, incluso los privilegiados, excusen motivas las sentencias como hasta aquí, con los vistos y atentos em que se refería el hecho de los autos y los fundamentos alegados a las partes; derogando, como en esta parte derogom el auto acordado 22, Título 2, Libro 3, duda 4, Rec. u outra cualquiera resolución o estilo en contrario” (GHIRARDI, Olsen. *Patologías lógico-formales de la sentencia*. Buenos

pela *Ley de Enjuiciamiento Civil*, a regra foi revogada, retomando-se a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.²⁵⁹ Pela Constituição da República de 1988 – CR/1988, o dever de motivação das sentenças, no Brasil, veio insculpido no art. 93, inciso IX, segundo o qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. O art. 111 da Constituição italiana, em sua segunda parte, também conta com regramento semelhante, ao vaticinar que “todas as providências jurisdicionais devem ser motivadas”.²⁶⁰ Portugal não ficou à margem do processo de constitucionalização do dever de fundamentação, à luz do que se observa do art. 205º, impondo-se, a par de decisões de mero expediente, a obrigatoriedade de motivação das sentenças judiciais.²⁶¹

Em países de tradição de *common law*, a exemplo do Reino Unido e dos Estados Unidos, em direção oposta, não se contempla um verdadeiro dever de motivação da sentença. Não existe nos códigos processuais nem mesmo nos textos constitucionais norma que explicita o dever de fundamentação das decisões judiciais. Apesar da lacuna normativa, ambos os países, há séculos, orientam-se no sentido de que os juízes exprimam as razões da decisão, prática que se desenvolveu no direito anglo-saxônico, a partir do Século XVI, quando, então, as decisões passaram a contar com registros escritos catalogados em livros oficiais. A *praxis* tradicional prescindiu do dever prescrito de motivação e, porque emaranhado na tradição, não se sentiu necessidade de normas para obter sua realização. A diferença que decorre da ausência do dever geral de motivação é

Aires: Lexis Nexis, 2004, p. 3). Tradução livre: “Para evitar os danos que resultam da prática observada pelo Tribunal de Mallorca, com vistas a motivar as sentenças, cedendo lugar a argumentações dos litigantes, a consumir muito tempo em sua redação, que passam a ser um resumo do processo e os custos que as partes estão cumprindo; Ordeno que suas sentenças cessem na dita prática de motivos, obedecendo às palavras decisórias, conforme meu conselho é observado nelas e na maioria das cortes do reino; e que a exemplo do que é advertido pelo Tribunal de Mallorca, os tribunais ordinários, inclusos os privilegiados, escusem as sentenças como fundamentos até aqui, com as opiniões e atenções referidas ao fato do processo e os fundamentos alegados às partes; revogando, como nesta parte, a ordem acordada 22, Título 2, Livro 3, dúvida 4, Rec. ou qualquer outra resolução ou estilo em contrário”.

²⁵⁹ A Constituição espanhola de 1978 conta com previsão expressa do dever de motivação, topograficamente alinhada no art. 120: “1. As actuações judiciais serão públicas, com as exceções que prevejam as leis processuais.

2. O processo será predominantemente oral, especialmente em matéria criminal.

3. As sentenças serão sempre fundamentadas e serão pronunciadas em audiência pública”. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>>

Acesso em: 23 de jun. de 2020.

²⁶⁰ Disponível em:

<https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em: 22 de jun. de 2020.

²⁶¹

Disponível

em:

<<https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaoarepublicaportuguesa.aspx>>. Acesso em: 22 de jun. de 2020.

que, neste último, o juiz pode optar entre motivar ou não, sem que isso implique a nulidade da decisão judicial. Quando, ao contrário, esse dever consubstancia-se em garantia fundamental, com assento constitucional e/ou infraconstitucional, a deficiência constatada no dever de exposição das razões de convencimento do julgador encerra uma nulidade, a conduzir à cassação da decisão exarada.²⁶² No entanto, pese embora essa peculiar característica, a motivação orbita como um dos requisitos do *fair trial*, ou seja, como garantia contra decisões arbitrárias – ou não fundadas sobre as provas e as alegações formuladas em juízo – e como garantia da possibilidade de recurso. Por isso insistir o autor que “nella realtà inglese, attualmente, non c'è posto per una pronuncia, anche solo remotamente giurisdizionale, che non sia motivata”.²⁶³ A própria doutrina de *stare decisis* exige o dever de fundamentação das decisões judiciais, máxime porque a *ratio decidendi* está alojada nas razões de convencimento, pelas quais se extrai os fatos materiais e o conteúdo suficiente para a determinação da solução jurídica adotada. Com a ressalva de que, em Estados Unidos, o princípio da motivação, malgrado presente nas cortes

²⁶² Fato reconhecido pela Corte de Apelação inglesa por ocasião do julgamento do caso *English v. Emery Reimbold & Strick Ltda.*, no qual restou decidido que “there is a general recognition in the common law jurisdictions that it is desirable for Judges to give reasons for their decisions, although it is not universally accepted that this is a mandatory requirement”. (2002) 1 WLR 2409, CA. V. Tradução livre: “há um reconhecimento geral nas jurisdições de common law de que é desejável que os juízes fundamentem suas decisões, embora não seja universalmente aceito que esse seja um requisito obrigatório”. Ver, ainda: JOLOWICZ, J. A. England. In: CAPPELLETTI, M.; TALLON, D. (Orgs). *Fundamental guarantees in civil litigation*. Milão: Giuffrè, 1973, p. 168-169. No Canadá, o raciocínio é o mesmo. “Canadian courts almost invariably do give either oral or written reasons for their decisions. Further, I think that it is true to say of Canada, as Mr. Jolowicz has said regarding England, that if the general practice of the courts were to change there would almost certainly be an immediate demand for legislation requiring the courts to give reasons for their decisions. As matters stand at the moment, few member of the legal profession would defend the occasional failure of judges to give reasons for their decisions” (WATSON, Garry D. *Fundamental guarantees of litigants in civil proceedings in Canada*. In: CAPPELLETTI; TALLON, *op. cit.*, 1973, p. 236. Tradução livre: “[a]s cortes canadenses quase invariavelmente fornecem razões orais ou escritas para suas decisões. Além disso, acho que é verdade dizer do Canadá, como o Sr. Jolowicz disse a respeito da Inglaterra, que se a prática geral das cortes mudasse, quase certamente haveria uma demanda imediata por legislação exigindo que os tribunais apresentassem as razões para suas decisões. Da forma como as coisas estão no momento, poucos membros da profissão jurídica defenderiam a omissão ocasional de juízes em fundamentar suas decisões”. A propósito, em *R C. Sheppard*, 2002 CSC 26 (2002), a Suprema Corte canadense afirmou que: “les motifs de jugement constituent le principal mécanisme par lequel les juges rendent compte aux parties et à la population des décisions qu’ils prononcent. Les tribunaux disent solvante qu’il faut non seulement que justice soit rendue, mais qu’il soit manifeste qu’elle a été rendue, ce à quoi les critiques répondent qu’il est difficile de voir comment il pourrait être manifeste que justice a été rendue si les juges n’exposent pas les motifs de leur actes”. Tradução livre: “as razões para o julgamento são o principal mecanismo pelo qual os juízes prestam contas às partes e ao público pelas decisões que tomam. Os tribunais afirmam que é necessário não apenas que a justiça seja feita, mas também a evidência de que ela foi feita, ao que os críticos respondem que é difícil ver como poderia ficar claro que a justiça foi feita sem as razões para suas ações”.

²⁶³ VARANO, Vincenzo. *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell’Inghilterra moderna*. Milão: Giuffrè, 1973, p. 505. Tradução livre: “na realidade inglesa, atualmente, inexistente lugar para uma pronúncia, ainda que apenas longinquamente jurisdicional, que não seja motivada”.

superiores, ainda convive com grande parte de decisões desprovidas de fundamentação.²⁶⁴ Assim se verifica nos julgados proferidos pelas Cortes de Apelação, a limitar a pronúncia à utilização da expressão *affirmed*. De igual modo, nos julgamentos com auxílio do júri, poucas são as decisões motivadas. Tirante situações dessa estirpe, é comum qualificar a motivação como elemento indissociável da *due process clause*, não a ponto, entretanto, de configurá-la como garantia de racionalidade da decisão e meio de controle (especialmente das partes) sobre o trabalho do juiz.

De toda feita, em que pese as idiosincrasias dos países de tradição de *common law*, o movimento de constitucionalização do dever de fundamentação atinente aos ordenamentos de *civil law* é fenômeno que não pode passar despercebido. Há inúmeros fatores que subsidiam essa afirmação. Por um lado, a própria história: é verdade que normas relativas ao dever de motivação existiram, aqui e acolá, nos séculos precedentes, mas somente com a filosofia iluminista do Século XVIII e com as reformas revolucionárias que deram origem ao conceito moderno de Estado, que o dever de fundamentação atingiu o *status* de regra geral. Ademais, como mostram os exemplos da Itália, da Espanha, de Portugal e do Brasil, é com as constituições democráticas adotadas após a bancarrota dos regimes autoritários que se consolida o valor de garantia fundamental do dever de motivação. Quase todos os códigos processuais dos países de tradição de *civil law*, já a partir do Século XIX, continham o dever de fundamentação da sentença no âmbito da disciplina ordinária dos provimentos do juiz.²⁶⁵ Não existiria, portanto, em princípio, qualquer razão para inserir esse dever em normas de corte constitucional, se o seu significado era somente aquele de prever um requisito técnico relativo ao conteúdo do provimento.

²⁶⁴ Ainda assim, muitas decisões da Corte Suprema não são motivadas, em especial nos frequentes casos em que é negado o *writ of certiorari* ou o recurso é rejeitado “for want a substantial federal question”. Tradução livre: “por demandar uma questão federal substancial”.

²⁶⁵ A Corte Suprema argentina, reiteradamente, com fórmulas quase invariáveis, afirma que: “[l]a doctrina de la arbitrariedad tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, y exige que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del Derecho vigente, con aplicación a las circunstancias de la causa” (Voto do Juiz Carlos S. Fayat, V. 353. XX, “Vaccaro, Francisco Roberto c/Paramio, Pascual Enrique e Inmobiliaria del Salado SRL s/Cumplimiento de contrato”, 17 de fev. de 1987. Fallos: 310:302). Tradução livre: “[a] doutrina da arbitrariedade tende a resguardar a garantia da defesa em juízo e no devido processo, e exige que as sentenças dos juízes sejam fundadas e constituam derivação fundamentada da Lei vigente, conforme aplicável às circunstâncias do caso”.

4.1.2. Funções do dever de motivação: uma análise à luz do art. 489 do CPC/2015

Além da dimensão endoprocessual da garantia fundamental do dever de motivação, intimamente conexa ao problema da impugnação, emerge a sua função extraprocessual “que pode ser compreendida somente no contexto das garantias fundamentais da administração da justiça, típicas do Estado democrático moderno”.²⁶⁶ A motivação aparece para atender às expectativas das partes, assegurando a explicitação dos argumentos que formaram a convicção do órgão julgador, em sua dimensão endoprocessual, e como mecanismo de controle da sociedade, pois que revela o sentido da interpretação e da aplicação das normas jurídicas, em sua perspectiva extraprocessual. A parafrasear PIERO CALAMANDREI,

il giudice non si contenta più di comandare, non si limita più al ‘sic volo, si iubeo’ pronunciato dall’alto del soglio, mas scende al livello del giudicabile e, mentre comanda, cerca di spiegargli la ragionevolezza di quel comando.²⁶⁷

Pela ordem processual brasileira vigente, o art. 489 do CPC/2015, consciente da densidade normativa atrelada ao princípio da fundamentação, exigiu dos magistrados uma construção dialógica da decisão, a participar partes e sociedade da concretização de um processo justo.²⁶⁸ O processo, nessa concepção, deve compreender a dinâmica garantia dos meios e dos resultados, isto é, não apenas a suficiência quantitativa dos meios processuais, mas também um resultado qualitativo constante. É uma das possibilidades de efetivação do processo justo jaz no dever de fundamentação adequada.²⁶⁹

²⁶⁶ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 20-21.

²⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954, p. 664. Tradução livre: “o juiz não se contenta mais em comandar, não se limita mais ao 'sic volo, si iubeo' pronunciado do alto do trono, mas desce ao nível do que pode ser julgado e, enquanto comanda, explica a razoabilidade desse comando”.

²⁶⁸ CAMBI, Eduardo. Processo constitucional e democracia. In: CLÉVE, Clèmerson Melin (Org.). *Direito constitucional brasileiro: organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: RT, 2014, p. 577-578.

²⁶⁹ Cumpre ressaltar que os países europeus signatários da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais têm o dever de proferir decisões motivadas. De acordo com a jurisprudência consolidada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, o dever de motivação está contemplado no art. 6º, inciso I, que trata do processo justo. Em *Taxquet v. Bélgica*, cujo caso versava sobre a necessidade de fundamentação das decisões proferidas pelos júris populares, a Corte pontuou: “il ressort de la jurisprudence précitée que la Convention ne requiert pas que les jurés donnent les raisons de leur décision et que l’article 6 ne s’oppose pas à ce qu’un accusé soit jugé par un jury populaire même dans les cas où son verdict n’est pas motivé. Il n’em demeure pas moins que pour que les exigences d’un procès équitable soient respectées, le public et, au premier chef, l’accusé doit être à même de comprendre le verdict qui a été rendu. C’est là une garantie essentielle contre l’arbitraire, Or, comme la Cour l’a déjà solennellement souligné, la prééminence du droit et la lutte contre l’arbitraire sont des principes qui sous-tendent la Convention [...]. Dans le domaine de la justice, ces principes servent à asseoir la confiance de l’opinion publique dans une justice objective et transparente, l’un des fondements de toute société démocratique (voir *Souminen c.*

Entre as opções hermenêuticas adotadas pelo legislador, não se considera motivada a decisão judicial, interlocutória, terminativa ou definitiva, que: (i) limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (v) limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar os seus motivos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e (vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De seu lado, o art. 927, § 1º, do CPC/2015 retoma a discussão ao tratar da sistemática precedencial, dispondo que “juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”. Essa interação tem uma razão de existir. Os sistemas são lógicos e, portanto, devem ser interpretados para que revelem as normas jurídicas que deles fazem parte, em um todo unitário, coeso e íntegro.²⁷⁰ A dignidade do sistema de precedentes pressupõe a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, a explicitar as razões de convencimento do juiz, as quais servirão de subsídio para identificação do núcleo universalizável. Não basta, portanto, a explicitação rasa de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, sem fazer a necessária contextualização e delimitação conceitual. Ao fazer uso da expressão boa-fé, o julgador deve correlacioná-la com as realidades fáticas e jurídicas do caso concreto.²⁷¹ Toma-se como exemplo o caso decidido pela Suprema Corte dos Estados

Finlande, nº 37801/97, § 37, 1 juillet 2003 et *Tatichvili c. Russie*, nº 1509/02, § 58, CEDH 2007-2011)”. Tradução livre: “[r]esulta da citada jurisprudência que a Convenção não exige que os jurados fundamentem a sua decisão e que o artigo 6.º não impede o réu de ser julgado por um júri popular, mesmo que o seu veredicto não seja motivado. Em verdade, para que os requisitos de um julgamento justo sejam atendidos, o público e, acima de tudo, o acusado devem ser capazes de compreender o veredicto proferido. Esta é uma garantia essencial contra a arbitrariedade, mas, como o Tribunal já assinalou, o Estado de Direito e a luta contra a arbitrariedade são princípios subjacentes à Convenção [...]. No campo da justiça, esses princípios servem para estabelecer a confiança da opinião pública em uma justiça objetiva e transparente, base de qualquer sociedade democrática (ver *Souminen c. Finlande*, nº 37801/97, § 37, 1 de julho de 2003 e *Tatichvili c. Russie*, nº 1509/02, § 58, CEDH 2007-2011)”.

²⁷⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Bookseller, 2006, t. I, p. IX, XII e XIII.

²⁷¹ Sobre o uso de conceitos jurídicos indeterminados, Robert Scofield pontua que: “in these areas judicial outcomes may depend largely upon the material facts of the individual case” (SCOFIELD, Robert G. Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi from Logical Positivism and Legal Realism in the First

Unidos em *United States v Banks*, no ano de 2003, sobre o conceito de razoabilidade.²⁷² A *opinion* demonstrou que sua definição e extensão relacionam-se com as circunstâncias fáticas, como se verifica do excerto abaixo reproduzido:

[a]lthough the notion of reasonable execution must therefore be fleshed out, we have done that case by case, largely avoiding categories and protocols for searches. Instead, we have treated reasonableness as a function of the facts of cases so various that no template is likely to produce sounder results than examining the totality of circumstances in a given case; it is too hard to invent categories without giving short shrift to details that turn out to be important in a given instance, and without inflating marginal ones.²⁷³

De igual modo, precedente, súmula ou jurisprudência devem estar acompanhados de seus motivos determinantes, a demonstrar a similaridade do esforço fático e, nessa condição, a merecer igual tratamento jurídico.²⁷⁴ Ao mesmo tempo, proíbe-se a invocação de padrões genéricos decisórios, cuja estrutura se amolda a qualquer caso concreto, isto é, as decisões-modelo ou decisões-padrão. Os argumentos alinhavados pelas partes merecem o necessário enfrentamento, em ordem a justificar o raciocínio suficiente para a formação de sua convicção.²⁷⁵ Mesmo porque o convencimento judicial não é livre, mas, sobretudo, racional, fundado exclusivamente nos elementos constantes

Half of the Twentieth Century. *King's College Law Journal*, Londres, v. 16, n. 2, p. 311-328, 2005, p. 313. Tradução livre: “nessas áreas, os resultados judiciais podem depender em grande parte dos fatos materiais do caso individual”.

²⁷² 540 US 31, 35-6 (2003).

²⁷³ 540 US 31, 35-6 (2003). Tradução livre: “[e]mbora a noção de execução razoável deva, portanto, ser desenvolvida, temos feito isso caso a caso, evitando categorias e protocolos para buscas. Em vez disso, tratamos a razoabilidade como uma função dos fatos dos casos tão diversos que nenhum modelo provavelmente produzirá resultados mais sólidos do que examinar a totalidade das circunstâncias em um determinado caso; é muito difícil inventar categorias sem dar pouca atenção aos detalhes que se revelam importantes em um determinado caso e sem inflar os marginais”.

²⁷⁴ Para a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a mera transcrição de outra decisão ou de manifestação nos autos, sem qualquer acréscimo, não basta para suprir a exigência de fundamentação prevista no art. 93, inciso IX da CR/1988 (Embargos de Divergência no Recurso Especial – EResp nº 1384669, Rel. Nefi Cordeiro, publicado em 4 de set. de 2019). Nesse mesmo sentido o enunciado 524 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC (art. 489, §1º IV; art. 985, I): “[o] art. 489, § 1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado”. Pela natureza correlata, destacam-se também: Enunciado 305 do FPPC (arts. 489, § 1º, IV, 984, §2º, 1.038, § 3º): “[n]o julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados”. Enunciado 585 do FPPC (arts. 489, § 1º, IV; 1.038, § 3º; 984, § 2º): “[n]ão se considera fundamentada a decisão que, ao fixar tese em recurso especial ou extraordinário repetitivo, não abranger a análise de todos os fundamentos, favoráveis ou contrários, à tese jurídica discutida”.

²⁷⁵ Nesse sentido o Enunciado 516 do FPPC (arts. 371, 369 e 489, § 1º): “[p]ara que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada”. De igual modo, o Enunciado n. 523 do FPPC (art. 489, § 1º, inc. IV): “[o] juiz é obrigado a enfrentar todas as alegações deduzidas pelas partes capazes, em tese, de infirmar a decisão, não sendo suficiente apresentar apenas os fundamentos que a sustentam”.

dos autos do processo e motivado. Daí falar-se em “livre convencimento racional e motivado à luz dos autos”.²⁷⁶ O magistrado não pode prescindir de todas as contribuições relevantes das partes e de seus procuradores para a construção dos precedentes judiciais.

Como se vê, o CPC/2015 está preocupado com a racionalização da prestação jurisdicional, apostando na conformação do sistema precedencial, aliado à estabilização da jurisprudência e do respeito estrito ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais. O sistema jurídico, como produto cultural, “*produce através de sus operaciones confianza en el futuro*”.²⁷⁷ Ao fim e ao cabo, o homem, já dizia NIETZSCHE, “é o animal que pode prometer”.

4.2. A importância da fundamentação para a determinação da *ratio decidendi* em Cross e Harris

A partir das considerações teóricas propostas por GOODHART, as quais, tirante as críticas e deficiências apresentadas, contam com o louvável intento de, metodologicamente, determinar a *ratio decidendi* do caso concreto, vários juristas, entre eles RUPERT CROSS e J. W. HARRIS, buscaram resgatar a importância da fundamentação como meio de se chegar à definição da norma do precedente. Não que GOODHART tenha mostrado absoluto desprezo à fundamentação, tal como fizeram os adeptos do realismo jurídico, mas sua devoção a ela foi apequenada pela nota de significância conferida aos fatos reputados materiais pelo órgão julgador.

É verdade, não custa lembrar, que a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação e que “many of judge’s reasons for arriving at the proposition of law upon which he bases his decision are not part of the *ratio decidendi*”.²⁷⁸ Esse dado, porém, não é em si e por si o bastante para retirar sua centralidade, notadamente quando se pretende definir a norma do precedente. Além da concepção dos fatos materiais, há de se perquirir também a razão pela qual o juiz conferiu a eles tal qualificação e, para isso, “we will look to the judicial reasoning in an effort to discover what portions of the law were in the mind

²⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2019, v. III, p. 105-107.

²⁷⁷ PRICE, Jorge Eduardo Douglas. *La decisión judicial y la teoría de la argumentación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2012, p. 380.

²⁷⁸ CROSS; HARRIS, *op. cit.*, 2004, p. 67. Tradução livre: “muitas das razões do juiz para chegar à proposição de lei na qual ele baseia sua decisão não fazem parte da *ratio decidendi*”.

of the court when the selection [of material facts] was made”.²⁷⁹ Nesse encaixo, para CROSS e HARRIS, a *ratio decidendi* de um caso consiste em

any rule of law expressly or implicitly 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.²⁸⁰

Como pressuposto de sua identificação, há de se analisar os fatos substanciais da decisão, à semelhança do que propôs GOODHART, com o cuidado de que a essencialidade está contemplada na fundamentação e, por isso, sua importância. A definição proposta por CROSS e HARRIS (focada na motivação) atraiu algumas sensíveis críticas. SIMPSON observou que é extremamente difícil enxergar “the force of any logical necessity which would guide the judge in deciding what precise rule was necessary”.²⁸¹ De par com isso, parece tratar as crenças do juiz como conclusivas na definição do que é necessário para a decisão.²⁸² Apesar das críticas, os autores rememoram a importância da fundamentação para a extração do núcleo normativo. Com ela não se confunde, mas também é pelas linhas encrustadas na motivação que se é possível defini-la.

4.2.1. A vinculatividade dos fundamentos e sua relevância no processo hermenêutico de compreensão do sistema de precedentes

Coube ao MINISTRO GILMAR MENDES o mérito de desenvolver, a partir do direito germânico, a ideia de vinculação dos motivos determinantes da decisão. Trazendo a noção de “eficácia transcendente da motivação”, anotou o Ministro que a fundamentação da decisão proferida em sede de controle objetivo de constitucionalidade tem força vinculante, não se restringindo à parte dispositiva, como sói defender a doutrina

²⁷⁹ CROSS; HARRIS, *op. cit.*, 2004, p. 70. Tradução livre: “vamos olhar para o raciocínio judicial em um esforço para descobrir quais porções da lei estavam na mente do tribunal quando a seleção [dos fatos materiais] foi feita”.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 76. Tradução livre: “qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para chegar a sua conclusão, tendo em conta a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte necessária de sua orientação para o júri”.

²⁸¹ SIMPSON, A. W. Brian. The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent. In: HORDER, Jeremy (Org.). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Oxford University, 1961, p. [1]. Tradução livre: “a força de qualquer necessidade lógica que orientaria o juiz na decisão de qual regra exata era necessária”.

²⁸² MARSHALL, *op. cit.*, 1997, p. 513.

clássica.²⁸³ O anteparo de sua construção teórica está concentrado na experiência do Tribunal Constitucional alemão, que, a despeito da celeuma acerca dos limites objetivos dos efeitos vinculantes – se abrangentes da fundamentação ou apenas do dispositivo – inclina-se para a adoção de uma visão transcendental dos motivos determinantes, a contribuir para a preservação e para o desenvolvimento da ordem constitucional, nos termos do § 31 da Lei Orgânica que rege aquela Corte.²⁸⁴ Essa compreensão está umbilicalmente conectada à própria natureza da função desempenhada pelos tribunais superiores, além de ser absolutamente necessária à força normativa da Constituição. Por este construto doutrinário, defende que a eficácia transcendente da motivação recai sobre situações que, pese embora diversas, guardam semelhanças com a decisão pretérita a reclamar as mesmas razões. Portanto, se uma lei específica do Estado de São Paulo é declarada inconstitucional em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a lei Y do Estado de Minas Gerais, materialmente idêntica à lei em questão, atrai a aplicação das mesmas razões, se questionada sua validade, em razão da eficácia transcendente dos motivos determinantes.

O tema ainda é palpitante na academia, mas, aparentemente, no âmbito do STF, por ocasião do julgamento da Reclamação – Rcl nº 3.014/SP, fincou-se o entendimento de que o efeito vinculante se limita à parte dispositiva do acórdão, ou seja, não transcende para alcançar os fundamentos determinantes. Resgatou-se, em uma perspectiva histórica-evolutiva, a ideia já estampada no voto da lavra do MINISTRO MOREIRA ALVES, em 1995, no qual se estabeleceu o limite objetivo da força vinculante, a coincidir-se com o atual posicionamento:

- a) Se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação (ADC), a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e
- b) Essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional nº 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foram seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos

²⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.) *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 101-106.

²⁸⁴ Conforme dicção do § 31, 1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, as decisões têm eficácia vinculante (*Bindungswirkung*).

demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os editados pelo Poder Legislativo.²⁸⁵

Tempos depois, o plenário do STF foi provocado e instado a pronunciar-se sobre a tese de transcendência dos motivos determinantes, ao tempo da Rcl nº 1987, considerado o *leading case* a respeito do tema. O caso versava sobre o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de créditos de natureza trabalhista, em desacordo com o que, na época, dispunha o art. 100, § 2º da CR/1988.²⁸⁶ Nesta reclamação, a Presidente do Tribunal Regional do Trabalho – TRT da Décima Região determinou o sequestro de verbas públicas da entidade estatal, justificada a medida pela falta de pagamento dos precatórios vencidos, a desrespeitar o entendimento consubstanciado pelo STF na ADI nº 1662/SP. Essa ADI, proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, teve como objeto a Instrução Normativa nº 11/97 do TST, que cuidou da uniformização “dos procedimentos para a expedição de precatórios e ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões transitadas em julgado, contra a União Federal, autarquias e fundações”. Em seus itens III e XII, especificamente, equiparou a hipótese de preterição do direito de preferência à situação de não inclusão do débito no orçamento do ente devedor, assim como a de pagamento a menor, ou realizado serodidamente, permitindo, nessas situações, o sequestro de verba pública para o pagamento das obrigações de natureza trabalhista. O STF, no entanto, foi resolutivo. Decidiu que, mesmo com a superveniência da EC nº 30, de 13 de setembro de 2000, nada modificou e, portanto, o sequestro somente era permitido nas estritas hipóteses de preterição do direito de preferência. Porque em desacordo com o texto constitucional, a Instrução Normativa nº 11/97 do TST foi declarada inconstitucional. Sucede que a decisão da Presidente do TRT da Décima Região não se estribou na Instrução Normativa nº 11/97, mas na EC nº 30/2000. Nessa toada, a reclamação não poderia ser julgada procedente com base no fundamento de que a decisão teria desrespeitado a parte dispositiva da ADI nº 1662/SP. A procedência da reclamação somente poderia se ancorar no desrespeito dos fundamentos ou das razões determinantes à declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Ao fim e ao cabo, estava a analisar se os motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade

²⁸⁵ Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC nº 1 – QO, Rel. Moreira Alves, publicado em 16 de jun. de 1995.

²⁸⁶ Art. 100, § 2º: “As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso e preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito (de acordo com a redação do artigo anterior à EC 62/09)”.

teriam força obrigatória a incidir sobre a reclamação. Após sucessivos debates, a Corte julgou a reclamação constitucional procedente. O Ministro Relator, MAURÍCIO CORRÊA, considerou que, malgrado a diferença do ato impugnado, a circunstância fática que o embasou era semelhante à decisão paradigma, uma vez que desobediente ao conteúdo essencial do julgado na ADI, que possuía efeito vinculante, pois julgada no mérito. Na parte que interessa, a ementa do acórdão tem a seguinte redação: “[a]usente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante”.

A norma jurídica a ser aplicada e dotada de eficácia vinculante é aquela extraída da interpretação que o STF promoveu do texto normativo da CR/1988, no sentido de impedir que fossem criadas, por vias obtusas, novas possibilidades de sequestro de verbas diferentes daquelas previstas constitucionalmente. Justifica-se, dessa feita, a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que subsidiaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da CR/1988 devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e o desenvolvimento da ordem constitucional.²⁸⁷ Acompanharam o Relator os Ministros CELSO DE MELLO, CEZAR PELUZO, GILMAR MENDES e NELSON JOBIM. Os votos divergentes ficaram sob a batuta dos Ministros CARLOS AYRES BRITTO, MARCO AURÉLIO, SEPÚLVIDA PERTENCE e CARLOS MÁRIO VELLOSO.

Sabidamente defensor da tese de transcendência dos motivos determinantes, o MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES ponderou que a redução da vinculação à parte dispositiva resultaria no amesquinamento da contribuição que a Suprema Corte poderia dar à preservação e ao desenvolvimento da ordem constitucional.²⁸⁸ Por sua vez, o MINISTRO PERTENCE, preocupado com a tese adotada pelo STF, advertiu que se estava a transformar “em súmula vinculante qualquer premissa de uma decisão”.²⁸⁹ Já o MINISTRO MARCO AURÉLIO, em sua argumentação, pontuou que a atribuição de efeito vinculante aos motivos equivaleria à admissão de coisa julgada extensível aos fundamentos da decisão.²⁹⁰

²⁸⁷ Rcl nº 1987, Rel. Maurício Corrêa, publicado em 21 de mai. de 2004.

²⁸⁸ Rcl nº 1987, Rel. Maurício Corrêa, publicado em 21 de mai. de 2004.

²⁸⁹ Rcl nº 1987, Rel. Maurício Corrêa, publicado em 21 de mai. de 2004.

²⁹⁰ Rcl nº 1987, Rel. Maurício Corrêa, publicado em 21 de mai. de 2004.

A propósito e de modo semelhante, KLAUS VOGEL, ao analisar o instituto da coisa julgada, aponta que sua extensão irrompe os limites da parte dispositiva a contemplar o que denomina de “norma decisória concreta”. Contudo, ao que parece, estaria o autor apenas rotulando a força obrigatória das decisões, peculiar ao sistema de *common law*, de coisa julgada, ou, então, estar-se-ia a atribuir à fundamentação o sentido de *ratio decidendi*.²⁹¹

A discussão dos motivos determinantes, como se sabe, não atinge a coisa julgada, até porque esta não tem a função de atribuir equanimidade ao sistema, mas representa uma das possíveis estabilidades que a ordem jurídica oferece com vistas a evitar a litigância infinita. Tampouco se mistura com o conceito de coisa julgada *erga omnes* que eventualmente o ordenamento possa prever, a exemplo da opção legislativa inserta no art. 103 do CPC/2015. A coisa julgada protege a parte dispositiva da decisão, seja ela *intra partes* ou *erga omnes*. De seu lado, a imutabilidade conferida pela coisa julgada pode até intensificar a eficácia da decisão por torná-la indiscutível, mas a eficácia da decisão, de modo geral, não depende da imutabilidade, tanto que também são eficazes e imperativas as decisões não transitadas em julgado.²⁹² A seu turno, a eficácia vinculante não tem o escopo de tornar indiscutível ou imutável a parte dispositiva da decisão judicial. Muito menos tornar imutáveis seus fundamentos. Bastante o contrário, a eficácia vinculante tem em mira isolar os fundamentos determinantes da decisão, a impedir que sejam ignorados pelo aplicador do direito. Além de não se limitar ao dispositivo, não se volta a dar segurança às partes e, portanto, está muito distante do instituto da coisa julgada.

A par dessa confusão terminológica, a originalidade de VOGEL se imputa à definição de *ratio decidendi*. A norma decisória concreta, tal como a *ratio decidendi*, não se confunde com o dispositivo tampouco com os fundamentos. Para permitir a decisão de casos semelhantes, tanto uma quanto outra devem constituir uma espécie de “extrato significativo da fundamentação”.²⁹³ Por isso, quando bem contextualizado, tem VOGEL o prodigioso intento de aproximar a norma decisória concreta ao conceito de motivos determinantes, embora o faça correlacionando-a com a coisa julgada equivocadamente. E

²⁹¹ VOGEL, Klaus. Rechtskraft und Gesetzeskraft. In: *BVerfG und GG*. Vol 1, 1999, p. 568.

²⁹² O CPC/2015, por exemplo, permite ao juiz determinar as medidas adequadas para efetivação da tutela provisória (art. 297) e autoriza o cumprimento provisório de sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo, a teor dos arts. 520 e seguintes.

²⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Os precedentes no CPC de 2015*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 200.

assim se afirma porque a ideia de norma decisória concreta diz respeito à porção da fundamentação na qual se identifica o motivo pelo qual se alcançou determinada solução jurídica, “deixadas de lado aquelas que não importam como razões de decidir”, qualificadas como *obiter dicta*.²⁹⁴

Quando se aproximam os conceitos de norma decisória concreta e de motivos determinantes, postos em uma mesma dimensão, fica fácil compreender que ambos se referem à *ratio decidendi*, a evidenciar a importância de se extrair da fundamentação a porção significativa que conduziu a Corte a determinado resultado jurídico. A coisa julgada *erga omnes*, nesse debate, torna-se irrelevante, na medida em que não tem a pretensão de dar soluções iguais a casos similares ou análogos. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso restrita à parte dispositiva da decisão, teria alguma significância. Coisa julgada, com eficácia *erga omnes*, não se confunde com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos, pois que apresentam objetivos diversos, com conceitos operacionais e metodológicos próprios. Essa distinção entre a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante é importante e reflete na legislação. O art. 102, § 2º da CR/1988 atribuiu ambos os efeitos às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Por um lado, a utilização das duas expressões – *erga omnes* e efeito vinculante – justifica-se como reforço à obrigatoriedade de as demais autoridades públicas observarem ao quanto decidido pelo STF nas referidas situações. Objetivou-se, com isso, superar os paradigmas anteriores de absoluta autonomia dos juízes na interpretação do direito e da vinculação da administração pública estritamente à lei. De outro lado, conforme anotam GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, a eficácia *erga omnes* atribuída a algumas decisões judiciais refere-se à parte dispositiva da decisão, ao passo que o efeito vinculante acrescenta algo a essa eficácia, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto, mediante a imposição da observância também da norma concreta que se extrai da decisão. Concluem, assim, que “o efeito vinculante não está restrito à parte dispositiva, mas abrange os próprios fundamentos determinantes”.²⁹⁵ Igualmente, nesse sentido, EDWARD DOMENIC RE destaca que a decisão judicial desempenha dupla função: define a controvérsia e estabelece o precedente. A primeira é garantida pela coisa julgada, impedindo as partes de renovar o debate sobre a pretensão ou sobre as questões que foram

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 200.

²⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1385.

decididas, e a segunda torna estáveis os fundamentos determinantes da decisão, sem impedir sua modificação ou rediscussão futura.²⁹⁶

Todavia, não foi esse o caminho eleito pelo STF com vistas a dar fim ao impasse sobre o tema. Isso aconteceu entre os anos de 2009/2010, pela decisão monocrática da lavra do MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO, a evidenciar a postura da Corte em relação à tese de transcendência dos motivos determinantes da decisão judicial:

[o] Plenário deste Tribunal ainda não fixou entendimento no sentido de afirmar a transcendência das razões de decidir nas ações constitucionais. Por ora persiste o entendimento, do Colegiado, segundo o qual a ausência de identidade ‘perfeita’ entre o ato impugnado e a decisão apontada como violada é circunstância que inviabiliza o conhecimento da reclamação. [...] Portanto, seus efeitos vinculantes restringem-se ao objeto de cada ação (as normas impugnadas).²⁹⁷

O caso decisivo foi julgado a 21 de maio de 2010, nos autos da Rcl. nº 3014/SP. Reunido em sessão plenária, o STF entendeu pela inaplicabilidade da tese da transcendência dos motivos determinantes. Cuidava de decisão reclamada do TRT da Décima Quinta Região, a qual afastou lei municipal para adotar o valor da requisição de pequeno valor – RPV previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Insistia o Município que, por ocasião da decisão proferida na ADI nº 2868/PI, a Corte teria firmado o posicionamento de que os entes municipais poderiam dispor sobre os valores da RPV, de acordo com suas possibilidades orçamentárias, sem vínculo com o patamar mínimo fixado pelo ADCT. Ao analisar a questão, o Ministro Relator, CARLOS AYRES BRITTO, observou que, naquele anterior julgamento, não se deliberou sobre a possibilidade de indexação da RPV ao salário-mínimo, mas teve por objeto tão-somente a sua definição segundo as possibilidades orçamentárias dos entes federados, até mesmo em valor inferior ao fixado pelo ADCT. Com base nesse esforço argumentativo, entendeu pela inexistência de identidade entre o caso pretérito e o presente, pois que cingido à

²⁹⁶ RE, Edward D. Stare decisis and the judicial process. *The Catholic Lawyer*, Nova York, v. 22, n. 1, p. 38-47, 1976.

²⁹⁷ Rcl nº 7336/SP, Rel. Carlos Ayres Britto, publicado em 3 de fev. de 2009. Também nesse sentido, ver: Rcl nº 8470/DF, publicado em 26 de jun. de 2009; Rcl nº 7905/RN, publicado em 8 de mai. de 2009; Rcl nº 7280-MC/SP, publicado em 12 de dez. de 2008; Rcl nº 7808/MT, publicado em 12 de mar. de 09; Rcl nº 7956/RN, publicado em 15 de abr. de 2009; Rcl nº 8108/RO, publicado em 20 de out. de 2009; Rcl nº 8471/RS, publicado em 5 de out. de 2009; Rcl nº 8178/RN, publicado em 6 de out. de 2009; Rcl nº 9652/PB, publicado em 18 de dez. de 2009; Rcl nº 5783/CE, publicado em 11 de nov. de 2009.

possibilidade de indexação da RPV ao patamar salarial mínimo.²⁹⁸ A reclamação constitucional, portanto, foi julgada improcedente.

Porém, malgrado o consenso atual do STF em afastar a teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão judicial, consiste em corrente teórica e prática de vital importância para a integridade do sistema de precedentes. Mesmo porque não é possível falar em doutrina precedencial sem agregar valor aos fundamentos. “A importância da eficácia obrigatória dos precedentes, no direito contemporâneo, sustenta a eficácia vinculante dos fundamentos”.²⁹⁹

Percebe-se, portanto, a intrínseca conexão entre os institutos da eficácia vinculante dos fundamentos e da doutrina do *stare decisis*. Na Alemanha, a diferença entre um e outro reside tão-somente no aspecto subjetivo. Enquanto o *stare decisis* refere-se ao poder dos tribunais, a eficácia vinculante dos fundamentos atinge, no direito germânico, indistintamente a todos os órgãos do Poder Público. Decerto, a extensão subjetiva da eficácia vinculante constitui opção técnica, ainda que estribada em valores de Estado. Nada impede, por seu turno, que essa eficácia seja estendida ou limitada. No Brasil, dessemelhante à Alemanha e à Espanha³⁰⁰, a eficácia vinculante atinge apenas os órgãos judiciários e autoridades administrativas. Nem sequer é o STF afetado, por força da norma constitucional, que poderá rever, em determinadas circunstâncias, suas pretéritas decisões. De todo modo, nada obsta que se restrinja a eficácia vinculante apenas ao Poder Judiciário, dada a sua equivalência com a doutrina de *stare decisis*. Nessa

²⁹⁸ Outras decisões que atestaram a rejeição da teoria da transcendência dos motivos determinantes foram as seguintes: decisões monocráticas nas Rcls nºs 10496/CE, 10.538/CE, 10.547/CE, 10.611/GO, todas publicadas em 1 de out. de 2010 e relatadas pela Min. Ellen Gracie; Agravo Regimental – AgR na Rcl nº 4875/SP; AgR na Rcl nº 6319/SC; AgR na Rcl nº 4911/SC, e AgR na Rcl nº 8.175/RN, todas publicadas em 6 de ago. de 2010 e relatadas pelo Min. Eros Grau; decisão monocrática na Rcl nº 10266/SP, publicada em 28 de set. de 2010, Rel. Marco Aurélio; decisão monocrática na =Medida Cautelar – MC na Rcl nº 7957/RN, publicada em 8 de set. de 2010, Rel. Celso de Mello; AgR na Rcl nº 3294/RN, Rel. Dias Toffoli, publicada em 29 de nov. de 11; AgR na Rcl nº 9778/RJ, Rel. Ricardo Lewandowski, publicada em 11 de nov. de 2011; AgR na Rcl nº 3385/RN, Rel. Dias Toffoli, publicada em 8 de set. de 2011; decisão monocrática nas Rcl nº 17585/DF, Rel. Cármen Lúcia, publicada em 16 de jun. de 2014; MC no AgR na Rcl nº 13956/CE, Rel. Celso de Mello, publicada em 7 de mar. de 2014. E nas seguintes manifestações plenárias: AgR na Rcl nº 13300/PR, Rel. Cármen Lúcia, publicada em 25 de fev. de 2013; AgR na Rcl nº 10125/PA, Rel. Dias Toffoli, publicada em 6 de nov. de 2013; AgR na Rcl nº 16004/PB, Rel. Cármen Lúcia, publicada em 29 de nov. de 2013; AgR na Rcl nº 7956/RN, Rel. Dias Toffoli, publicada em 12 de nov. de 2013; AgR no Rcl nº 13907/RS, Rel. Dias Toffoli, publicada em 13 de nov. de 2013.

²⁹⁹ MARINONI, *op. cit.*, 2016, p. 208.

³⁰⁰ Art. 13 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional da Espanha: “[q]uando uma sala considerar necessário afastar-se, em qualquer ponto, da doutrina constitucional precedente estabelecida pelo Tribunal, a questão será submetida à decisão do Plenário”. Disponível em <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOT-PT.pdf>> Acesso em: 30 de jun. de 2020.

dimensão, torna-se plenamente factível pensar na eficácia vinculante dos fundamentos das decisões tanto dos tribunais superiores quanto das próprias cortes intermediárias.

4.2.2. Os motivos determinantes e a *ratio decidendi*

Pela fundamentação, desvendam-se os motivos determinantes que orientaram o órgão julgador na definição do resultado jurídico. Não todo e qualquer motivo, mas aquele determinante, sem o qual não se chegaria à solução apresentada. Os motivos determinantes ou, se se preferir, a *ratio decidendi* estão para a fundamentação da mesma forma que a lei está para o direito. Um não existe sem o outro. Sua individualização já foi objeto de estudos em capítulo pretérito, o que torna desnecessária a retórica. O que cabe nesse momento explicar é que a individualização dos motivos determinantes supõe e pressupõe um novo olhar sobre a motivação, ou melhor, uma outra valoração da fundamentação. Não basta, portanto, pensar em encontrar sua essência apenas. O problema não jaz na análise da estrutura interna da fundamentação. Há de se ter em mira a preocupação com a qualidade. Significa, em outro aspecto, dizer à parte e à sociedade os motivos que levaram o Estado-juiz a pronunciar determinada solução da controvérsia posta à sua apreciação, em razão de regras previamente estabelecidas, sejam de direito material, sejam de direito processual.

Casos há que contenham mais de um motivo suficiente, os quais deverão ser dialeticamente enfrentados pelo tribunal. Pode parecer estranho, mas o recorrente pode apresentar dois motivos suficientes para o atingimento de determinado resultado. Em termos práticos, dois fundamentos que corroboram a tese de violação da lei federal a ensejar o provimento do recurso especial ou de revista, por exemplo. Nenhum deles é necessário, mas ambos são suficientes e, apenas quando devidamente enfrentados pela Corte, considerado seu raciocínio argumentativo, podem ser qualificados como determinantes da decisão.

Por sua vez, um dos motivos suficientes pode não ter sido adequadamente discutido e analisado pelo órgão julgador. Nessa hipótese, aquilo que poderia ser qualificado como motivo determinante ou *ratio decidendi* para efeito de vinculação dos demais órgãos judiciários não adquire tal natureza.

De todo modo, a facilidade de identificação da *ratio decidendi* depende muito da qualidade do teor decisional e, por óbvio, varia casuisticamente. A dificuldade na sua

individualização pode decorrer da complexidade da questão controvertida; da superficialidade das discussões; da variedade e diversidade de fundamentos apresentados nos votos proferidos pelos órgãos fracionários. Retenha-se, no entanto, o seguinte: a fundamentação adequada é corolário do sistema de precedentes. A deficiência do dever de motivação ou até mesmo sua total eliminação coloca em risco sua integridade. Pela sua via ancora-se o dever nomofiláquico dos tribunais, cuja análise segue no capítulo adiante.

5. A EXPERIÊNCIA NOMOFILÁQUICA DAS CORTES DE *COMMON LAW*: REINO UNIDO, ESCÓCIA, AUSTRÁLIA E CANADÁ

*There are more things in heaven and earth,
Horatio, than are dreamt of your philosophy.*

WILLIAN SHAKESPEARE

5.1. Breve panorama do dever de nomofilaquia pelas cortes judiciais

Em referência à Corte de Cassação italiana, PIERO CALAMANDREI, já em 1920, sublinhava que a função de nomofilaquia teria que se desenvolver em conexão com a tarefa de garantia de uniformidade da jurisprudência, assim possibilitadas pela prolação de sentenças capazes não apenas de assegurar a exata interpretação do direito, mas também de impor essa leitura como cânone de decisão dos casos sucessivos.³⁰¹ Dito de outro modo, CALAMANDREI apresentava a ideia de que a Corte de Cassação, uma vez unificada, torna-se aquilo que em tempos modernos se conhece por “corte de precedente”. Antecipava-se, em verdade, o fenômeno de criação do direito pelos tribunais, como sói acontece nos países de tradição de *common law* e está a acontecer, com maior fôlego, nos integrantes da família jurídica de *civil law*. Em fórmula sintética, pode-se falar de *nomofilaquia pelo precedente*, justamente para indicar que a função típica de uma corte superior consiste em assegurar o uniforme respeito à lei por intermédio de decisões universalizáveis e projetáveis para o futuro. Nessa mesma perspectiva, LUIS GUILHERME MARINONI adota o entendimento de que as cortes supremas “só teriam razão para existir caso pudessem definir a interpretação do texto legal ou dele extrair a norma jurídica válida, o que significa ter poder para atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais”.³⁰²

Aludido construto, como se percebe, reduz a função nomofilática pela via precedencial às cortes supremas. Nesse passo, na Itália, o papel seria desenvolvido pela

³⁰¹ CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Nápoles: Morano, 1976, v. II, p. 34, 92 e 105.

³⁰² MARINONI, *op. cit.*, 2016, p. 289. Caso interessante é o da ADIs 6.586 e 6.587. O STF não apenas afirmou a constitucionalidade da exigência de vacinação, mas, preocupado com o precedente, indicou os pressupostos para que essa exigência seja válida.

Corte de Cassação;³⁰³ no Brasil, pelo STF, STJ e TST; nos Estados Unidos, pela Suprema Corte. A premissa não é de todo equivocada, porém incompleta.

De fato, a Suprema Corte estadunidense, por exemplo, situa-se como a pedra angular no processo de estruturação governamental, “which has been almost continuous feature of our national existence”.³⁰⁴ Suas decisões, dotadas de autoridade, tem aplicabilidade em todo o território americano, a vincular as jurisdições estaduais e federais. Mesmo porque “longstanding doctrine dictates that a court is always bound to follow a precedent established by a court ‘superior’ to it”.³⁰⁵ Por isso, raros são os casos de rebeldia. Um caso memorável digno de menção aconteceu no ano de 1983. A Suprema Corte, desde a década de 1960, posicionou-se pela inconstitucionalidade da prática obrigatória de preces e rezas em escolas públicas do ensino infantil, fundamental e médio, porque acintosa à Primeira Emenda Constitucional. A partir desse marco, estava banida a prática de culto religioso no interior das instituições públicas educacionais. O juiz distrital Brevard Hand, sobre a questão, foi resoluto e desafiou a autoridade do precedente. Em *Jaffree v. Board of School Com’rs of Mobile County*³⁰⁶, anunciou que “this Court's independent review of the relevant historical documents [...] convinces it that the United States Supreme Court has erred in its reading of history”.³⁰⁷ Se ato de extrema coragem ou vaidade narcisista não é dado afirmar sem o risco de incorrer-se em erro.

De todo modo, tirante essas raríssimas situações, há um consenso generalizado de que “the duty of a subordinate court to follow the laws as announced by

³⁰³ MICHELE TARUFFO, a esse respeito, chama a atenção para o fato de que a reforma do procedimento envidada pelo Decreto-Legislativo 40/2006, no qual propôs *Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80*, teve como intento o fortalecimento da função nomofilática da Corte, mas a fez sobre uma noção distante daquela proposta por Calamandrei e em contraste com as modalidades inerentes a outros ordenamentos jurídicos. Diz ele: “não se faz nada para dirigir a Corte de Cassação para o papel de uma verdadeira e própria corte do precedente (o que exigiria, por exemplo, uma drástica redução do número das decisões, através de adequados mecanismos de filtro recursal). Por outro lado, faz-se referência a certo tipo de “nomofilaquia do caso concreto”, induzindo a Corte a se pronunciar sobre uma infinidade de questões, independentemente da universalidade do critério de decisão que vem utilizado no caso singular” (TARUFFO, *op. cit.*, 2020).

³⁰⁴ BETH, Loren P. The Supreme Court and American Federalism. *Saint Louis University Law Journal*, St. Louis, v. 10, n. 3, 1966, p. 381. Tradução livre: “que tem sido uma característica quase contínua de nossa existência nacional”.

³⁰⁵ CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents. *Stanford Law Review*, Standford, v. 46, n. 4, p. 817-873, 1994, p. 818. Tradução livre: “doutrina de longa data dita que um tribunal é sempre obrigado a seguir um precedente estabelecido por um tribunal 'superior' a ele”.

³⁰⁶ 554 F. Supp. 1104 (S.D. Ala. 1983).

³⁰⁷ 554 F. Supp. 1104 (S.D. Ala. 1983). Tradução livre: “a revisão independente desta Corte dos documentos históricos relevantes [...] o convence de que a Suprema Corte dos Estados Unidos errou em sua leitura da história”.

superior courts is theoretically absolute”, principalmente se advindas de cortes com amplitude nacional.³⁰⁸ Não somente em relação às cortes supremas, vale complementar, mas também no que concerne às cortes de apelação intermediárias. “*Stare decisis* permits a federal court to overrule its prior decisions under special circumstances”, o que sinaliza, de antemão, o dever nomofilático pela via precedencial a cargo das cortes de apelação.³⁰⁹

KARL LLEWELLYN, em *The Common Law Tradition*, reconheceu oportunamente “the fact of a large number of steady or stabilizing influences on the appellate process, including precedent”.³¹⁰ Não poderia ser diferente. Diante do espectro organizacional judiciário em Estados Unidos, de todas as decisões exaradas em sedes de apelação, pouquíssimas são revisitadas pela Suprema Corte.³¹¹ O que, decerto, conduz a uma inevitável conclusão: o sucesso da doutrina de precedentes vinculantes pressupõe, em grande medida, a estabilidade das decisões exaradas pelas cortes intermediárias, quer na órbita federal, quer na órbita estadual. Um tanto óbvio, na medida em que decidem a maior parte das controvérsias judiciais.³¹² A propósito, em *Smith’s Lessee v. Follwell*, JUSTICE JOHNSON, em voto dissidente, esclareceu que

as precedents entitled to high respect, the decisions of the state courts will always be considered; and in all cases of local law we acknowledge an established and uniform course of decision in the state courts, in the respective states, as the law of this court; that is to say, that such decisions will be as obligatory on this court as they would be acknowledged to be in their own courts.³¹³

Nessas senda, um autor pôde mesmo escrever que “an intermediate court shares in all this and inevitably is a maker of law in the same sense as the supreme

³⁰⁸ CAMINKER, *op. cit.*, 1994, p. 818. Tradução livre: “o dever de um tribunal subordinado de seguir as leis conforme anunciadas pelos tribunais superiores é teoricamente absoluto”.

³⁰⁹ CAMINKER, *op. cit.*, 1994, p. 818. Tradução livre: “o *stare decisis* permite que um tribunal federal anule suas decisões anteriores em circunstâncias especiais”.

³¹⁰ LLEWELLYN, Karl N., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown, 1960, p. 565. Tradução livre: “o fato de um grande número de influências estabilizadoras no processo de apelação, incluindo precedentes”.

³¹¹ Entre a média de 8.000 pedidos de revisão (*writ of certiorari*) anuais, são admitidos e julgados apenas 80.

³¹² “Because the Supreme Court has remained silent regarding many points of law, the federal appellate and district courts bear the responsibility of developing the judiciary’s position on most federal law” (MEAD, Joseph W. *Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States*. *Nevada Law Journal*, Las Vegas, v. 12, n. 3, p. 788-830, 2012, p. 788). Tradução livre: “[c]omo a Suprema Corte permaneceu silenciosa em relação a muitos pontos da lei, os tribunais federais de apelação e distritos têm a responsabilidade de determinar a posição do judiciário em grande parte das leis federais”.

³¹³ *Smith’s Lessee v. Follwell*, 1 Blney’s Rep. 546. 2.

court”.³¹⁴ De maneira que, ao mesmo tempo em que devem respeito aos precedentes firmados pela Suprema Corte, dado o efeito vertical, também se curvam às próprias decisões, considerada a horizontalidade da doutrina de *stare decisis*, fixando balizas para orientar o trabalho dos juízes distritais a elas vinculadas. Em certa medida, a prática também é adotada pelas Cortes inglesas, australianas e parte da experiência canadense.

Antes de mais, porém, mister a análise da organização judiciária daqueles países, para, em seguida, imiscuir-se propriamente no dever nomofiláquico outorgado aos tribunais, como desdobramento natural da doutrina fundada na obrigatoriedade dos precedentes vinculantes.

5.2. A estrutura judiciária do Reino Unido

A organização judiciária inglesa pode parecer complexa e, por vezes, confusa. Muito embora remodelada ao longo dos séculos, sua estrutura basilar remonta há mais de 1.000 anos, sem que fosse reconstruída “from scratch”.³¹⁵

Outro fator que merece ponderação diz respeito à inexistência de documento constitucional escrito, a conduzir alguns à afirmação incisiva de que “nobody knows what our constitution is”.³¹⁶ Por conta dessa nota característica, não há, ao menos no plano constitucional, descrição sobre a estrutura judiciária anglo-saxônica e sua conformação. A base legal de sustentação, portanto, remonta aos *Judicature Acts* de 1873 e 1875.³¹⁷

Sob a ótica piramidal, a base é servida pelas *Magistrates’ Courts*, as quais desempenham relevante papel em matérias civil e criminal, quando presentes questões de menor complexidade.³¹⁸ Contravenções penais e conflitos conjugais³¹⁹ são, em regra,

³¹⁴ KAPLAN, Benjamin. Do Intermediate Appellate Courts Have a Lawmaking Function. *Massachusetts Law Review*, Boston, v. 70, n. 1, p. 10-13, 1985, p. 12. Tradução livre: “um tribunal intermediário partilha de tudo isso e, inevitavelmente, é um criador de leis no mesmo sentido que a Suprema Corte”.

³¹⁵ Em tradução livre “desde o zero”, conforme o *website* do próprio judiciário britânico, disponível em: <<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/court-structure/>>. Acesso em: 28 de set. de 2021.

³¹⁶ OTTON, Philip Howard. The British Judiciary and Court Organization. *Law Library Journal*, Chicago, v. 81, n. 4, p. 649-654, 1989, p. 649. Tradução livre: “ninguém sabe o que nossa constituição é”.

³¹⁷ Disponível em: <<https://www.parliament.uk/about/livingheritage/transformingsociety/laworder/court/overview/judicature-acts/>>. Acesso em: 28 de set. de 2021.

³¹⁸ Um dado curioso diz respeito ao orgulho que se deposita nas *Magistrates Courts*, com mais de 400 anos de idade. Inclusive, foi um sistema conhecido por William Shakespeare. Ele compareceu perante o banco de *Stratford-upon-Avon* pela caça de um veado. Ver: OTTON, *op. cit.*, 1989, p. 650.

³¹⁹ Pelo *Domestic Proceedings and Magistrates’ Courts Act* de 1978 e também pelo *Children Act* de 1989

submetidos a sua análise. Podem, por outro lado, dirigir-se à *Crown Court*, se o tipo penal for de maior potencial ofensivo, a autorizar o recurso de apelação à *High Court* ou, então, à Corte de Apelação e, em algumas ocasiões, à Suprema Corte do Reino Unido.

Além das *Magistrates' Courts*, questões civis menos complexas podem ser direcionadas às *County Courts*, criadas no ano de 1846, com vistas a ampliar o acesso à Justiça. São, ao todo, 220 *County Courts*, servidas por juízes distritais e de circuito, estes últimos indicados pelo *Lord Chancellor* entre pessoas com, no mínimo, cinco anos de atividade jurídica.³²⁰ Destinam-se, em regra, ao tratamento de pequenas causas (*small claims* e *fast track cases*), enquanto as mais complexas são encaminhadas à *High Court*.

Se o caminho adotado iniciar perante às *County Courts* ou às *Magistrates' Courts*, a *High Court* servirá como instância recursal. De suas decisões, cabe recurso e a revisão ficará a cargo da Corte de Apelação – pese as diferentes divisões existentes em sua conformação.

Afora o organograma judiciário, o direito inglês conta com tribunais especializados, os quais não integram a estrutura jurisdicional, mas cujas decisões podem desafiar recurso endereçado à Corte de Apelação. O *Employment Tribunal*, por exemplo, lida com conflitos oriundos da relação entre capital e trabalho. A revisão das sentenças é atribuição do Tribunal de Apelação do Trabalho. Dessas decisões, cabe recurso à Corte de Apelação.

Questões imigratórias, como concessão de asilo ou refúgio, são resolvidas pela *Immigration and Asylum Chamber*; outras relacionadas a propriedades residenciais e rurais são solucionadas pela *Property Chamber*. Todas passíveis de revisão pela Corte de Apelação do Reino Unido.³²¹

A nota típica da estrutura administrativa, todavia, consiste na abrangência de sua atuação. Enquanto as cortes judiciárias têm jurisdição em Inglaterra e País de Gales, com exceção da Suprema Corte, os tribunais administrativos atuam, além dos já citados e em determinados casos, na Irlanda do Norte e Escócia.

as cortes magistras processam e julgam conflitos familiares e, pela especialidade da matéria, recebem o nome de *Family Proceedings Court*.

³²⁰ Seção 71 do *Courts and Legal Services Act* – CLSA de 1990.

³²¹ Para maior aprofundamento, conforme o *website* do próprio judiciário britânico: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2021/04/tribunals-chart-updated-April-2021.pdf>>. Acesso em: 28 de set. de 2021.

5.2.1. A *High Court of Justice* e o dever nomofiláquico da instância revisora

A *High Court* foi criada em 1873 como parte da Suprema Corte de Judicatura. Em sua estrutura, conta com três divisões: a *Chancery Division*; *Queen's Bench Division*; e a *Family Division*. Podem atuar ora como instância revisora, ora como instância postulatória, a depender da natureza do conflito.

A primeira lida, em geral, com questões empresariais, tributárias, testamentárias, falimentares e disputas de patentes.³²² A *Family Division*, por sua vez, trata sobre conflitos familiares de maior complexidade. Por último, a *Queen's Bench Division*, cuja raiz provém da histórica *Court of Common Pleas* e antigo *King's Bench*, tem competência em matéria penal, além de questões cíveis, como responsabilidade civil e contratos.³²³

Em sede revisional, funcionam a *Chancery Divisional Court*, competente para processamento e julgamento de recursos de apelação em matéria tributária, falimentar e patentes. À *Family Divisional Court* compete a revisão das decisões prolatadas em conflitos familiares e à *Queen's Bench Divisional Court*, além do julgamento de recursos afeitos a contratos e responsabilidade civil, cabe a análise de pedidos de *habeas corpus* e exercício de “judicial review of the decisions made by governmental and public authorities, inferior courts and tribunals”.³²⁴

Os juízes da *High Court* ocupam assento na Corte de Justiça, em Londres, pese a possibilidade de se fixarem em qualquer localidade da Inglaterra e do País de Gales. Para se qualificarem como juiz *puisne* (do francês, *puisné*, a significar ordinário), é exigida atividade jurídica pelo período mínimo de 7 anos, a teor da seção 71 do *Courts and Legal Services Act* de 1990, ou de 2 anos se juiz de circuito.³²⁵

No concernente ao dever nomofilático das divisões da *High Court*, é da experiência anglo-saxã a deferência às decisões passadas, em maior medida, inclusive, que a prática estadunidense. “England is still a more law-abiding state than America”, – diz o autor.³²⁶ Não custa lembrar a rigidez de *London Tramways Co. v. London Counti*

³²² A *Chancery Division* consiste na versão moderna da *Court of Chancery*, onde a *equity* foi desenvolvida.

³²³ SLAPPER, Gary; KELLY, David. *The English Legal System*. 7ª ed. Londres: Cavendish, 2004, p. 114-115.

³²⁴ *Ibidem*, p. 116.

³²⁵ Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/41/section/71/enacted>>. Acesso em: 28 de set. de 2021. Tradução livre: “revisão judicial das decisões tomadas por autoridades governamentais e públicas, tribunais inferiores e tribunais”.

³²⁶ OTTON, *op. cit.*, 1989, p. 649. Tradução livre: “[m]ais que a América, a Inglaterra ainda é um Estado cumpridor da Lei”.

Council (1898)³²⁷, a patentear a eficácia interna e externa vinculante dos precedentes, remetendo o leitor ao Capítulo 1, onde analisado de forma pormenorizada.

Antes, porém, dessa decisão emblemática, ainda no Século XVII, a *Exchequer Chamber* definiu que suas decisões teriam aptidão precedencial vinculante, porque equiparadas à lei promulgada pelo Parlamento. Naquele período, aliás, apenas as decisões exaradas pela *Exchequer Chamber* tinham eficácia vinculante, quando nem mesmo a então *House of Lords* ostentava, em suas enunciações, tamanha autoridade.³²⁸

Nesse contexto, fica fácil perceber que as divisões da *High Court* têm compromisso com a integridade do sistema de observância compulsória dos precedentes, fruto, claro, de uma tradição histórica. Mesmo que não seja a corte final, suas decisões têm força vinculante, tanto na dimensão horizontal, quanto na perspectiva vertical. “Each Division has co-ordinate jurisdiction”, reportou Lord Green em *Young v. Bristol Aeroplane Company*.³²⁹ Por isso afirmar que “the Divisional Court has also been held to be bound by its previous decisions”.³³⁰

5.2.2. A Corte de Apelação Britânica

A Corte de Apelação da Inglaterra e do País de Gales foi criada no ano de 1875 e conta com duas divisões internas: a *Civil Division* e a *Criminal Division*. Sua conformação é resultado de sucessivas reformas realizadas no sistema de justiça anglo-saxônico.³³¹

Em 1869, a *Judicature Commission*, responsável pela análise clínica da estrutura judiciária, apresentou relatório indicativo da necessidade de substituição das cortes até então existentes, a exemplo da *Court of Exchequer Chamber*, pela constituição de uma nova Suprema Corte de Judicatura, formada pela *High Court* e uma única Corte de Apelação.³³² Referida recomendação foi, pois, implementada pelos *Judicature Acts* de

³²⁷ *London Tramways Co. v. London County Council* (1898), A.C. 375.

³²⁸ PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law*. 5ª ed. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 2001, p. 347-348.

³²⁹ *Young v. Bristol Aeroplane Company* (1944), K.B. 718. Tradução livre: “[c]ada Divisão tem uma jurisdição coordenada”.

³³⁰ *Police Authority for Huddersfield v. Watson* (1947), K.B. 842. Tradução livre: “[a] Divisional Court também foi tida como vinculada às suas decisões anteriores”.

³³¹ SLAPPER; KELLY, *op. cit.*, 2004, p. 117-118.

³³² Conferir *website* do judiciário britânico no que se refere a *The history of the Court of Appeal*. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/court-of-appeal-home/coa-sub/>>. Acesso em: 28 de set. de 2021.

1873 – 1875. A essa reforma outras se seguiram³³³, como a *Constitutional Reform Act* de 2005³³⁴, a qualificar a Corte de Apelação como uma das *Senior Courts of England and Wales*.

Internamente, constitui-se pelo *Lord Chief Justice*³³⁵, *Master of the Rolls*³³⁶, pelos Presidentes das Divisões da *High Court of Justice* e 38 *Lord e Lady Justices of Appeal*. O *Lord Chief Justice* ocupa a Presidência da *Criminal Division* enquanto o *Master of the Rolls* serve como Presidente da *Civil Division*. A vice-presidência de ambas as divisões ficam sob a batuta de um *Lord ou Lady Justice of Appeal*.³³⁷

Os juízes são indicados a partir da recomendação de um seletivo painel organizado pela *Judicial Appointments Commission*, a qual tem como dever estatutário a seleção de pessoas com base no mérito, “who are of good character”.³³⁸

Funciona, em regra, com divisões de três juízes, “although for every important cases, five may sit”³³⁹, sendo da competência do *Master of the Rolls* a definição

³³³ Entre os anos de 1994-1995, o Relatório Anual da Corte de Apelação revelou as idiossincrasias do sistema de justiça britânico. O *Master of Rolls* à época, Lord Bingham, com base nos dados estatísticos, afirmou que “the delay in hearing certain categories of appeal in the Civil Division of the Court of Appeal has reached a level which is inconsistent with the due administration of justice” (O’HARE, J.; HILL, R. *Civil Litigation*. 10ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2001). Tradução livre: “o atraso na audiência de certas categorias de recursos na Divisão Civil da Corte de Apelação atingiu um nível que é inconsistente com a devida administração da justiça”. Essa deficiência na entrega da prestação jurisdicional também foi reportada por Lord Woolf no relatório *Access to Justice* de julho de 1996. Entre as sugestões de mudanças apresentadas, ganhou destaque a “allocation of civil cases to tracks, which would determine the degree of judicial case management”. Tradução livre: “alocação de processos cíveis para faixas, a determinar o grau de gestão de processos judiciais”. Em termos gerais, os casos seriam qualificados a depender do valor da causa e de sua complexidade. Três seriam as vias: *small claims track*, *fast track* ou *multi-track*. (LORD WOOLF. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*. Londres, 1996). Tamanha a simpatia pelas proposições que ganharam *status* normativo, a partir do *Civil Procedure Act* de 1997 e *Civil Procedure Rules* de 1998.

³³⁴ A reforma constitucional de 2005 consistiu em um ato do Parlamento britânico, dividido em três pontos principais: alteração do cargo de *Lord Chancellor*; criação e estruturação da Suprema Corte do Reino Unido, em substituição à função jurisdicional da *House of Lords* e, por fim, regulamentação da nomeação de juízes.

³³⁵ O *Lord Chief Justice* é o Chefe do Judiciário, em substituição ao papel desempenhado pelo *Lord Chancellor*.

³³⁶ Historicamente, o *Master of the Rolls* servia como secretário-chefe da Chancelaria e, portanto, responsável pelos registros da Corte. Durante o século XV, passou a ocupar a posição de Mestre da Chancelaria e, mais tarde, a exercer função jurisdicional, sendo o segundo mais importante cargo da estrutura judiciária britânica, perdendo apenas para o *Lord Chancellor*, o qual exercia, a um só tempo, a função de Ministro da Justiça e Chefe do Poder Judiciário. Tempos depois, foi alçado à Vice-Chanceler. Pelo *Judicature Act* de 1875 e pelo *Appellate Jurisdiction Act* de 1876, foi nomeado oficiosamente a juiz da Corte de Apelação e Presidente da correspondente Divisão Cível (PATTERSON, Caleb Perry. *Administration of Justice in Great Britain*. Austin: The University of Texas, 1936, p.161).

³³⁷ *The history of the Court of Appeal*. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/court-of-appeal-home/coa-sub/>>. Acesso em: 28 de set. de 2021.

³³⁸ Disponível em: <<https://judicialappointments.gov.uk/>>. Acesso em: 25 de set. de 2021. Tradução livre: “que são de bom caráter”.

³³⁹ SLAPPER; KELLY, *op. cit.*, 2004, p. 118. Tradução livre: “embora para todos os casos importantes, cinco possam sentar-se”.

de seus membros. Para casos afetos à *common law*, indica-se preferencialmente magistrados que, ao tempo da advocacia, lidavam com questões dessa estirpe; em se tratando de matérias ligadas à equidade, a indicação recai sobre juízes “trained in equity”.³⁴⁰ Fato curioso e que merece ser destacado consiste na possibilidade de magistrados aposentados participarem das divisões, além de auxiliarem os juízes da Suprema Corte do Reino Unido.

Novas indicações são operadas no início de cada termo, a evidenciar a rotatividade dos membros que integram as divisões da Corte de Apelação, em sistemática diversa da organização brasileira, com composições de turmas, câmaras e seções de modo permanente.

Em princípio, ao longo do ano civil, o Tribunal conta com quatro termos: *Michaelmas*, a iniciar no mês de outubro e a encerrar a atividade pouco tempo antes do Natal; *Hilary*, que tem como termo inicial a segunda semana de janeiro e termo final a última quinta-feira antes da celebração do feriado de Páscoa; *Easter*, a começar na semana seguinte à Páscoa e a encerrar na sexta que antecede o *Whitsunday*³⁴¹; e, por fim, *Trinity*, que tem como marco inicial a semana seguinte ao *Whitsunday* e marco final o mês de julho.³⁴²

Tal como sucede na *High Court of Justice*, a Corte de Apelação “would usually follow the past decisions of both the specific court the case was in front of and other coordinate courts of the same level”.³⁴³ Não é de se surpreender, nem mesmo ao mais desavisado, a considerar que, desde o século XVIII, o direito inglês prestigia a aderência ao precedente.

E assim o é pela natural constatação de que a Corte, no ato de decidir, quase sempre cria um “poder moral” sobre si mesma; e, quando a decisão cria uma regra com aptidão de universalização, carrega a força da vinculação.³⁴⁴ “If a law well established may be annulled by an opinion, a foundation is laid for the most restless instability”.³⁴⁵

³⁴⁰ DELMAR, Karlen. *Appellate Courts in the United States and England*. Nova York: New York University, 1963, p. 82. Tradução livre: “treinados em equidade”.

³⁴¹ Celebração do Dia de Pentecostes.

³⁴² DELMAR, *op. cit.*, 1963, p. 82.

³⁴³ CATLETT, Fred W. *The development of the Doctrine of Stare Decisis and the extent to which it should be applied*. 31. A.B.A. J., 1945, p. 501-502. Tradução livre: “normalmente seguiria as decisões anteriores da corte específica em que o caso estava e de outros tribunais coordenados de igual estatura”.

³⁴⁴ BLACK, Henry Campbell. *Handbook on the Law of Judicial Precedents or the Science of Case Law*. Saint Paul: West, 1912, p. 185.

³⁴⁵ Tradução livre: “e uma lei bem estabelecida pode ser anulada por um parecer, uma base é lançada para a instabilidade mais inquietada”. Continua o autor a ponderar que: “[n]o system of inflexible adherence to

Por isso, o sistema britânico flexibiliza a rigidez do sistema de *stare decisis* em quatro possíveis hipóteses:³⁴⁶

- (i) quando a regra do precedente se mostrar substancialmente desarrazoada (*plainly unreasonable*);
- (ii) quando cortes de idêntica autoridade apresentar decisões conflitantes;
- (iii) quando há um equívoco na definição da *ratio decidendi*, até então depositada no raciocínio que levou o julgador a determinada enunciação decisória e não na regra ou princípio nela hospedado;
- (iv) quando superado o precedente pela Suprema Corte do Reino Unido.³⁴⁷

De certo modo, essas convicções podem ser encontradas nos alfarrábios de ALEXANDER HAMILTON, notadamente na afirmação de que “strict rules and precedents” são necessários para prevenir “arbitrary decisions in the courts”.³⁴⁸ Todavia, foi no direito inglês que a dimensão horizontal da doutrina de *stare decisis* ganhou notável alcance, a influenciar a América do Norte e outros países de tradição de *common law*.

Tanto as divisões da *High Court of Justice* quanto da Corte de Apelação curvam-se à horizontalidade da doutrina de observância compulsória dos precedentes, mesmo que não sejam consideradas, em certos casos, cortes finais da organização judiciária britânica. O que se tem em mira é a conformação de um sistema de justiça destacado de convicções políticas e interesses pessoais. “In the common law system, this principle takes on the form of a positive obligation: previous decisions must be followed unless there is a justification for departing from them”.³⁴⁹

established law can be as pernicious as such ceaseless and interminable fluctuations” (*Ibidem*, p. 185). Tradução livre: “[n]enhum sistema de adesão inflexível à lei estabelecida pode ser tão pernicioso quanto tais flutuações incessantes e intermináveis”.

³⁴⁶ “The Court of Appeal of England and Wales still considers itself to be bound by its own previous decisions, subject to a number of exceptions” (LUNDMARK, Thomas. *The methodology of using precedents*. [S.l., s.n], 2020). Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/151161886.pdf>>. Acesso em: 4 de out. de 2021. Tradução livre: “[o] Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales ainda se considera vinculado por suas próprias decisões anteriores, sujeito a uma série de exceções”. Nessa mesma linha o precedente firmado em *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd.* (1944), K.B. 718.

CATLETT, Fred W. The development of the Doctrine of Stare Decisis and the extent to which it should be applied. 31. A.B.A. J., 1945, p. 503.

³⁴⁸ *Federalist Paper* n. 78, p. 407.

³⁴⁹ LUNDMARK, *op. cit.*, 2020. Tradução livre: “[n]o sistema de *common law*, esse princípio assume a forma de uma obrigação positiva: as decisões anteriores devem ser seguidas, a menos que haja uma justificativa para delas se afastar”.

Corte de Estraburgo, afirmando a necessidade de preservação da imparcialidade e independência do Poder Judiciário.

Em paralelo, discussões polvorosas ocorriam nos bastidores, contrárias e a favor da criação de uma Suprema Corte. Em resposta ao relatório de autoria de LORD WAKEHAM, no qual se recusava a necessidade de reforma, o governo de Tony Blair firmou o compromisso de manter o *status quo*.³⁵⁴ Todavia, a palavra empenhada não foi suficiente para conter o processo de modernização, até mesmo pela disposição do art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Digno de nota também foi o evento de 12 de junho de 2003, com a publicação não oficial realizada pela *Downing Street*, anunciando a abolição do cargo de *Lord*

positions rather than exercising functions - even a purely ceremonial role must be classified as a "function". The Bailiff in this case had personal involvement, firstly as Deputy Bailiff when the DDP was adopted and subsequently when he presided over the Royal Court in determining the applicant's planning appeal. Any direct involvement in the passage of legislation or of executive rules is likely to be sufficient to cast doubt on the judicial impartiality of a person later called on to determine a dispute over whether reasons exist to permit a variation from the wording of the legislation or rules. The mere fact that the Deputy Bailiff presided over the States of Deliberation when the DDP was adopted is capable of casting doubt on his impartiality when he subsequently determined, as sole judge of the law in the case, the planning appeal. The applicant thus had legitimate grounds for fearing that the Bailiff may have been influenced by his prior participation and that doubt, however slight its justification, is sufficient to vitiate the impartiality of the Royal Court". Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-6073%22%5D%7D%3E>>. Acesso em: 25 de set. de 2021. Tradução livre: "Direito a uma audiência justa em um prazo razoável". "Artigo 6 § 1: Dada a declaração clara do Tribunal de Recurso de que as funções constitucionais do oficial de justiça em relação aos Estados não afetam sua independência judicial e o fato de que uma ação interna não só não foi intentada pelo requerente, mas não foi levantada pelo governo até uma fase tardia, a omissão do requerente não pode ser considerada desarrazoada e não pode equivaler a uma renúncia tácita ao seu direito a um tribunal independente e imparcial. Quanto ao papel do oficial de justiça, a única questão é se ele tinha a "aparência" exigida de independência ou a imparcialidade "objetiva" exigida (não havendo alegação de viés subjetivo). As funções do oficial de justiça não se limitam a questões judiciais e o Tribunal não aceita que, quando atua com competência extrajudicial, apenas ocupe cargos em vez de exercer funções - mesmo uma função puramente cerimonial deva ser qualificada como "função". O oficial de justiça, neste caso, teve envolvimento pessoal, primeiro como vice-oficial de justiça quando o DDP foi adotado e, posteriormente, quando presidiu ao Tribunal Real. Qualquer envolvimento direto na aprovação de legislação ou de regras executivas é provável que seja suficiente para lançar dúvidas sobre a sua imparcialidade. O simples facto de o vice-oficial de justiça presidir aos Estados de Deliberação quando da adoção do DDP é susceptível de pôr em dúvida a sua imparcialidade, na medida em que determinou, como único juiz do processo, o recurso de planeamento. O recorrente tinha, portanto, motivos legítimos para recear que o oficial de justiça pudesse ter sido influenciado pela sua participação anterior e que a dúvida, por menor que fosse a sua contribuição, é suficiente para ferir a imparcialidade da Royal Court".

³⁵⁴ Dizia o relatório: "no one, indeed, would venture really to place the judicial function in the chance majorities of a fluctuating assembly: it is so by a sleepy theory; it is not so in living fact. The doctrine of separation of powers has never strictly applied in the United Kingdom [...] there is no reason why the second chamber should not continue to exercise the judicial functions of the present House of Lords". Report of the Royal Commission on the Reform of the House of Lords, *A House for the Future*, Cm 4534, 2000, para. 9.5. Tradução livre: "ninguém, de fato, se aventuraria a colocar a função judicial nas maiorias fortuitas de uma assembleia flutuante: é assim por uma teoria adormecida; não é assim na realidade viva. A doutrina da separação de poderes nunca foi estritamente aplicada no Reino Unido [...] não há razão para que a segunda câmara não deva continuar a exercer as funções judiciais da atual Câmara dos Lordes".

Chancellor e “that the judicial functions of the House of Lord would be transferred to a new UK Supreme Court”.³⁵⁵

Desde então, inúmeras negociações foram empreendidas pelo governo de Blair a resultarem na publicação do *Constitutional Reform Act* de 2005, criando, expressamente, uma Suprema Corte em solo anglo-saxão. A Corte, contudo, somente entrou em funcionamento no ano de 2009.

Os 12 *Law Lords* mantiveram suas posições, mas com o título de *Lord Justices*. “The jurisdiction of the Court mirrored that of the House of Lords and it became the final court of appeal for appeals in civil and criminal matters from England and Wales, Scotland, and Northern Ireland, save for criminal appeals in Scotland”.³⁵⁶

Na maior parte dos casos, as apelações são decididas pela reunião de, ao menos, cinco *Lord Justices*. Entretanto, para os *hard cases*, o painel pode ser acrescido, a contar com sete ou mais.³⁵⁷

Justamente por ser o berço da dimensão horizontal da doutrina de *stare decisis*, com a emblemática decisão pronunciada no ano de 1898, em *The London Tramways Company, Ltd. v The London County Council*³⁵⁸ — posteriormente flexibilizada³⁵⁹ —, há um senso comum de deferência aos próprios julgamentos. É da gênese da própria doutrina, a impor o respeito às decisões pretéritas, na medida em que promove certeza e previsibilidade do direito; mantém a coerência e a integridade sistêmicas; e legitima o trabalho dos tribunais.

Em seu aspecto vertical, tanto a Corte de Apelação do Reino Unido quanto a *High Court* estão vinculadas às decisões exaradas pela Suprema Corte. Aliás, não se

³⁵⁵ DREWRY, Gavin. The UK Supreme Court – A fine new vintage or just a smart new label on a dusty old bottle? *International Journal for Court Administration*. Williamsburg, v. 3, n. 2, p. 20-33, 2011, p. 5. Tradução livre: “que as funções judiciais da House of Lords seriam transferidas para uma nova Suprema Corte do Reino Unido”.

³⁵⁶ PHILLIPS, *op. cit.*, 2012, p. 10. Tradução livre: “[a] jurisdição do Tribunal refletiu a da *House of Lords* e tornou-se o último tribunal de apelação em questões civis e criminais da Inglaterra e País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte, exceto para recursos criminais na Escócia”.

³⁵⁷ “From its full complement of 12 judges, normally sits in committees of five, rather than en banc as a full plenary court” (AIDAN, O’Neill. Constitutional reform and the UK Supreme Court – A view from Scotland. *Judicial Review*, Abingdon, v. 9, n. 3, p. 216-236, 2004, p. 218). Tradução livre: “[d]e seu complemento total de 12 juizes, normalmente se senta em comitês de cinco, ao invés de en banc, como um tribunal plenário completo”.

³⁵⁸ *The London Tramways Company, Ltd. v The London County Council*, [1898] UKHL 1. [1898] AC 375.

³⁵⁹ No ano de 1966, a proibição de superação foi amenizada. A partir de então, “it was clear that the prohibition on overruling was not absolute” (DIAS, R. W. M. Precedents in the House of Lords. A much needed reform. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 24, n. 2, p. 153-156, 1966, p. 153). Tradução livre: “estava claro que a proibição de anulação não era absoluta”.

confinam à Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte, mas, em matéria civil, têm a aptidão de vincular as cortes escocesas.³⁶⁰

Por conta dessa imbricação, que ultrapassa as linhas divisas de um país soberano, analisar-se-á, no tópico adiante, a estrutura judiciária em Escócia e seu comportamento nomofiláquico.

5.3. A estrutura judiciária escocesa: história e organização

É razoável deduzir que a conformação judiciária escocesa seguisse os mesmos padrões estruturados pela ordem jurídica inglesa. As circunstâncias para isso são óbvias. Escócia, a partir de 1707, passou a integrar o Reino Unido, a sofrer forte influência da *common law*. A premissa, no entanto, é equivocada e pode resultar numa conclusão falsa.

Conquanto seja verdade a afirmação de que, por longos anos, se compartilhou do Poder Legislativo da Inglaterra e do País de Gales³⁶¹, o mesmo não se pode dizer de sua organização judiciária. Há proximidades indiscutíveis, mas “there are also strong differences in the laws and judicial systems of the two countries”.³⁶² Muito em razão da hostilidade nutrida entre os países, aproximando a ordem jurídica escocesa da conformação de *civil law*.³⁶³

³⁶⁰ Cumpre salientar que, em matéria criminal, há uma única possibilidade de revisão das decisões pronunciadas pela *High Court of Justiciary*, na Escócia, pela Suprema Corte do Reino Unido, em sede de apelação. Seriam os casos de *devolution issues*, a versar sobre a omissão do governo escocês em implementar os direitos consagrados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos ou na hipótese de sua violação. *Part I, Schedule 6 of the Scotland Act 1998*.

³⁶¹ Cumpre registrar que o Poder Legislativo da Inglaterra e do País de Gales, pese a edição de leis a contemplar todo o Reino Unido, conta com legislações específicas e dirigidas à regulamentação das relações sociais, econômicas e comerciais exclusivas da Escócia. “A statute passed by the United Kingdom Parliament prima facie applies to the whole of the United Kingdom. If it is intended not to apply to Scotland, this is frequently expressly stated, usually at the end of the Act. If it is intended to apply to Scotland only, the word (Scotland) is included in the title” (FUNIAK, William. *Legal System in Scotland. Tulane Law Review*, Nova Orleans, v 38, 1963-1964, p. 92). Tradução livre: “Uma lei aprovada pelo Parlamento do Reino Unido, *prima facie*, aplica-se a todo o Reino Unido. Se não se destina a se aplicar à Escócia, isso é frequentemente afirmado de forma expressa, geralmente no final da Lei. Se se destina a aplicar-se apenas à Escócia, a palavra (Escócia) é incluída no título”. A situação de dependência, no entanto, modificou-se no ano de 1998, após o referendo popular que impulsionou a criação de uma nova assembleia legislativa escocesa, hoje independente.

³⁶² *Ibidem*, p. 92. Tradução livre: “também há fortes diferenças nas leis e sistemas judiciais dos dois países”.

³⁶³ Clássicos juristas escoceses, entre eles, Stair, Bankton, Kames, Erskine e Bell são estudiosos do direito romano e muito contribuíram para a conformação da ordem jurídica.

À semelhança dos jurisconsultos do direito romano, a Escócia privilegiava “the writings of legal experts”,³⁶⁴ ao contrário do que sucedia na ordem jurídica anglo-saxã, repousada na deferência às decisões pretéritas.³⁶⁵

Antes, contudo, cumpre ressaltar, mesmo que de passagem, a existência do direito costumeiro celta, o qual auxiliou na estruturação, desenvolvimento e sedimentação do Direito escocês. De seu lado, a influência normanda no sul do país trouxe inúmeras vicissitudes do direito feudal, notadamente a partir dos Séculos XII e XIII, as quais serviram de base para a regulamentação de disputas de sucessão, entre outras.³⁶⁶

Com a integração ao Reino Unido, em 1707, a interferência da *common law* foi acentuada, o que não significa menosprezo às demais influências enraizadas no ordenamento jurídico escocês. Prova disso é o estabelecimento, em tratado, da preservação das leis escocesas e de sua organização judiciária.³⁶⁷

Nesse aspecto, tomando em conta a conformação jurisdicional, na base se posiciona “the most generally useful and importante civil court”³⁶⁸, comumente conhecida por *Sheriff Court*.³⁶⁹ O nome pode soar estranho, mas tem legado histórico.

Sheriff, tal como conta a história, era o oficial indicado pela Coroa como seu representante. Há indícios de que o Rei David I (1124-1153) nominou *sheriffs* para representá-lo como juízes, “and that these sheriffs held a sheriff court to administer justice”.³⁷⁰ Imune, pois, à marca indelével do tempo, o nome permanece a designar a mais importante Corte do território escocês, com competência para processamento e julgamento de causas cíveis e determinados tipos penais.

Ao todo, a Escócia conta com seis *sheriffdoms*, formados pelas seguintes regiões: Glasgow e Strathkelvin; Grampian, Highland e Islands; North Strathclyde; South Strathclyde, Dumfries e Galloway; Tayside, Central e Fife.³⁷¹ Cada *sheriffdom* é servido

³⁶⁴ FUNIAK, *op. cit.*, 1963-1964, p. 93. Tradução livre: “os escritos de especialistas jurídicos”.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 93. Sugere-se também: MACKAY, J. G. The history of Roman Law in Scotland. *Journal of Jurisprudence*. Vol. 20, n. 230, 1876, p. 57-112.

³⁶⁶ WALKER, David. *The Scottish Legal System: an introduction to the study of Scots Law*. 7ª ed. Mytholmroyd: Sweet & Maxwell, 1997, p. 69-81.

³⁶⁷ A título de curiosidade, a Escócia não foi conquistada pelo Reino Unido, mas houve a celebração de um tratado (*Treaty of Union of 1707*), com concessões recíprocas dos Estados convenientes. Algo similar ao que ocorreu nos Estados Unidos, por ocasião da adesão da então República do Texas a ente federado da recém-criada União. Ver: *Ibidem*, p. 69-81.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 135. Tradução livre: “a corte civil mais útil e importante”.

³⁶⁹ O termo *sheriff* é derivado de “*shire-reeve*”, a significar o magistrado ou policial do condado.

³⁷⁰ FUNIAK, *op. cit.*, 1963-1964, p. 96. Tradução livre: “e que esses xerifes estabeleceram uma corte de xerifes para administrar a justiça”.

³⁷¹ Algo muito semelhante aos circuitos federais do direito estadunidense e às regiões dos tribunais federais brasileiros.

por um *sheriff* principal,³⁷² a quem incumbe a administração da justiça; pelos *summary sheriffs*, cargo criado pelo *Courts Reform Act* no ano de 2014, responsáveis por julgamentos de causas até o valor de 5.000 libras esterlinas; e pelos *sheriffs* comuns.³⁷³

Sheriff, portanto, significa “judge ordinary of the bounds”.³⁷⁴ É nomeado pela Rainha a partir da recomendação do Primeiro Ministro. Este, por sua vez, segue o nome indicado pelo *Judicial Appointments Board for Scotland*.

Entre os requisitos exigidos para se tornar um *sheriff*, destaca-se o exercício da advocacia pelo período mínimo de dez anos precedentes à indicação, além da aprovação em um rigoroso certame que visa medir o nível de habilidades, experiência e profissionalismo do interessado. Uma vez nomeado, submete-se a um curso de formação e capacitação promovido pelo *Judicial Institute*.³⁷⁵

O *sheriff* principal, em raras ocasiões, processa e julga feitos na primeira instância. “Their primary function is to sit as appellate judge in the Sheriff Court of Appeal”.³⁷⁶ A propósito de sua função nomofilática, destaca-se a aptidão precedencial das decisões pronunciadas em sede revisional, a vincular a própria corte (dimensão

³⁷² Sobre o plexo de atribuições outorgado ao *Sheriff Principal*: “[a] Sheriff Principal has the statutory responsibility for ensuring the efficient disposal of business in the courts in their Sheriffdom. Traditionally, the Sheriff Principal has occupied a unique position as judge, manager and administrator. The Sheriff Principal is the centre of authority for the planning of court business within his or her Sheriffdom. The Sheriff Principal is consulted on matters of practice, policy and legislation. The Sheriff Principal in effect, acts as an interpreter between those with statutory responsibility to support the courts and the judiciary (Scottish Courts and Tribunal Service) and the judiciary itself. Likewise, with the Scottish Government and the Parliament. Sheriff Principal is responsible not only for the Sheriff Courts within their Sheriffdom but also the Justice of the Peace (JP) Courts”. Disponível em: <https://www.judicialappointments.scot/sites/default/files/Sheriff%20Principal%20Role%20Profile_0.pdf>. Acesso em: 19 de out. de 2021. Tradução livre: “[o] Sheriff Principal tem a responsabilidade legal de garantir a disposição eficiente dos negócios nos tribunais em seu Sheriffdom. Tradicionalmente, o Sheriff Principal ocupou uma posição única como juiz, gerente e administrador. O Sheriff Principal é o centro de autoridade para o planejamento de negócios judiciais dentro de seu Sheriffdom. O Sheriff Principal é consultado sobre questões de prática, política e legislação. O Sheriff Principal, com efeito, atua como um intérprete entre aqueles com responsabilidade legal de apoiar os tribunais e o judiciário (tribunais escoceses e serviço do tribunal) e o próprio judiciário. Da mesma forma, com o Governo escocês e o Parlamento. O Sheriff Principal é responsável não apenas pelos Tribunais do Sheriff dentro de seu Sheriffdom, mas também pelas Cortes de Justiça de Paz (JP)”.

³⁷³ Disponível em: <<https://www.scotcourts.gov.uk/the-courts/sheriff-court/about-sheriff-courts>>. Acesso em: 19 de out. de 2021.

³⁷⁴ LEES, J. M. Sheriffs and Sheriffs Courts in Scotland. *Law Magazine and Review*, Londres, v. 6, n. 4, 1881, p. 319. Tradução livre: “juiz ordinário dos limites”.

³⁷⁵ Disponível em: <<https://www.judiciary.scot/home/judiciary/judicial-office-holders/sheriffs/sheriffs-1/sheriffs/judicial-appointments---sheriffs>>. Acesso em: 19 de out. de 2021.

³⁷⁶ Disponível em: <https://www.judicialappointments.scot/sites/default/files/Sheriff%20Principal%20Role%20Profile_0.pdf> Acesso em: 19 de out. de 2021. Tradução livre: “[s]ua função principal é exercer a função de juiz de apelação no Sheriff Court of Appeal”.

horizontal) e demais tribunais de primeira instância (dimensão vertical).³⁷⁷ Ou seja, a despeito da forte influência do direito romano, a Escócia, a partir de sua integração ao Reino Unido, passou a conferir notável apreço à doutrina de observância compulsória dos precedentes.

Seguida à *Sheriff Court*, em matéria cível, encontra-se a mais alta corte da estrutura judiciária escocesa, cuja existência remete ao ano de 1532: a *Court of Session*. De seu lado, posiciona-se a *High Court of Judiciary*, com competência exclusivamente penal, criada no ano de 1672.³⁷⁸ Em conjunto, formam as Cortes Supremas da Escócia (*Supreme Courts of Scotland*), com sede na cidade de Edimburgo.³⁷⁹

5.3.1. A *Court of Session*

A *Court of Session*, concebida como a *Royal Court of Scotland*, tem competência exclusivamente civil, sendo a última instância da organização judiciária escocesa. Contam os alfarrábios históricos que sua criação foi obra do Rei James V, no ano de 1532, sob inspiração do direito francês.³⁸⁰

Divide-se em dois segmentos: a *Inner House* e a *Outer House*. Esta, em geral, analisa e julga processos em primeira instância, mais complexos e com valores acima de 100.000 libras esterlinas. O juiz competente recebe o nome de *Lord Ordinary*.³⁸¹

A *Inner House*, por sua vez, funciona como tribunal recursal, a revisar tanto decisões pronunciadas pelas *Sheriffs Courts* quanto pela *Outer House*. Em sua composição interna, divide-se em duas câmaras ou divisões: a Primeira Divisão (*First Division*) é presidida pelo *Lord President* e a Segunda pelo *Lord Justice Clerk*. Geralmente, as apelações são julgadas por um painel de três juízes. Casos há, entretanto,

³⁷⁷ “Decisions of the Sheriff Appeal Court are binding on itself [...] and all lower courts”. Disponível em: <https://www.judicialappointments.scot/sites/default/files/Sheriff%20Principal%20Role%20Profile_0.pdf> Acesso em: 19 de out. de 2021. Tradução livre: “[a]s decisões do Sheriff Appeal Court são vinculantes para si [...] e para todos os tribunais inferiores”.

³⁷⁸ Não cabe, ao menos neste estudo, tratar sobre as peculiaridades do tratamento das questões penais na Escócia. Todavia, para maior aprofundamento, sugere-se: THE AMERICAN LAW REGISTER. Judicial System in Scotland. *The American Law Register*, Filadélfia, v. 15, n. 5, p. 257-269, 1869.

³⁷⁹ Disponível em: <<https://www.scotcourts.gov.uk/the-courts/court-locations/court-of-session>>. Acesso em: 19 de out. de 2021.

³⁸⁰ THE AMERICAN LAW REGISTER, *op. cit.*, 1869, p. 265.

³⁸¹ FUNIAK, *op. cit.*, 1963-1964, p. 100.

que demandam a constituição de um painel de cinco magistrados, pela sua particular relevância.³⁸²

As decisões emanadas pela *Inner House* ostentam aptidão precedencial, a vincular a própria corte e as instâncias de primeiro grau como consequência da influência britânica. Pese formem um todo unitário, as divisões “are by their constitution co-ordinate and supreme courts having independent authority”.³⁸³ É comum, então, que se tenha diferentes visões a respeito de determinada *quaestio*, o que pode, em um futuro próximo, conduzir a díspares conclusões, a comprometer a doutrina de *stare decisis*.

Quando isso ocorre, a lei atribui a qualquer juiz a competência para, na insurgência de uma questão de significativa repercussão, suficiente para gerar um conflito interno, “to require the opinions of the judges of the rest of the court”.³⁸⁴ Há, dessa feita, um mecanismo, ainda que não mandatário, de uniformidade decisional, como corolário da experiência inglesa e incorporada ao direito escocês.³⁸⁵

A aproximação das ordens jurídicas fica mais evidente com a possibilidade de a Suprema Corte do Reino Unido rever, em determinados casos, as decisões pronunciadas pela *Court of Session* em matéria civil. A despeito da preservação da autonomia das cortes escocesas pelo Tratado da União³⁸⁶, pouco tempo depois, a *House of Lords*, em *Greenshields v. Magistrates of Edinburgh*³⁸⁷, consagrou-se como a Corte Suprema de todo o Reino Unido, a incluir a Escócia. A competência, no entanto, desde 2009, passou a ser da Suprema Corte do Reino Unido, condicionada a revisão à prévia admissibilidade pela *Inner House* ou, em caso de negativa, pelo próprio Tribunal Supremo.³⁸⁸

³⁸² Disponível em: <<https://www.scotcourts.gov.uk/the-courts/court-locations/court-of-session>>. Acesso em: 19 de out. de 2021.

³⁸³ THE AMERICAN LAW REGISTER, *op. cit.*, 1869, p. 265. Tradução livre: “são, por sua constituição, coordenados e supremas cortes com autoridade independente”.

³⁸⁴ THE AMERICAN LAW REGISTER, *op. cit.*, 1869, p. 265. Tradução livre: “para exigir as opiniões dos juizes do resto da corte”.

³⁸⁵ “In Scotland, when problems of precedent arise, including the need to harmonize lines of precedent from different divisions, or to review and possibly overrule existing precedent(s), there is a practice of convening a ‘Whole Court’ of seven (or, in very exceptional cases more) judges to undertake this task in a specially authoritative way”. Tradução livre: “[n]a Escócia, quando surgem problemas de precedentes, incluindo a necessidade de harmonizar linhas com diferentes divisões, ou de revisar e possivelmente anular precedente (s) existente (s), há uma prática de convocar um ‘Tribunal inteiro’ de sete (ou, em casos muito excepcionais, em número maior), o que é feito de um modo autoritário”. In: MACCORMICK; SUMMERS, *op. cit.*, 1997, p. 317).

³⁸⁶ Tratado da União (1707), art. XIX.

³⁸⁷ *Greenshields v. Magistrates of Edinburgh* (1709). In: *The Manuscripts of the House of Lords*. Volume VIII New Series, n. 2651e.

³⁸⁸ *Constitutional Reform Act*, seção 40.

Como consequência, decisões proferidas pela Corte Suprema vinculam a *Court of Session* e demais jurisdições. Não se questiona, por exemplo, em Escócia, a aplicação da *ratio decidendi* definida em *Donoghue v. Stevenson*³⁸⁹, sendo a base jurídica para fundamentar a responsabilidade civil. O mesmo se afirma no tocante à *Rylands v. Fletcher*³⁹⁰, sobre responsabilidade objetiva, a governar as relações na ordem escocesa.

Percebe-se, portanto, que, a par das diferenças, “the doctrine of *stare decisis* in a modified form has been introduced into Scottish law through English influence; and the current tendency is towards a reverence for precedent which would have surprised the Scottish judges of the 19th Century”.³⁹¹

Algo similar aconteceu na Austrália, até pelo tronco colonial comum. Com o processo evolutivo, a conformação judiciária ganhou vida própria, o que será objeto de análise no tópico adiante.

5.4. A organização judiciária federal australiana: gênese e estrutura

Tempos antes da consolidação da *Commonwealth of Australia* no ano de 1901, a Austrália segmentava-se em seis colônias britânicas: New South Wales; Victoria; Queensland; South Australia; Western Australia e Tasmania. Pertencentes à Coroa, era natural que se seguisse a prática costumeira da *common law*.

Naquela época, o Parlamento do Reino Unido outorgou a cada porção colonial um texto constitucional, com a possibilidade de autogoverno. Adotou-se, *a priori*, a soberania do regime parlamentar “under which executive power was exercised by Ministers of the Crown”.³⁹²

A situação política, no entanto, veio a alterar-se a partir da metade do Século XIX, quando proeminentes figuras do período colonial³⁹³ principiaram o discurso da necessidade de unificação das colônias. Para eles, as vantagens econômicas de uma união

³⁸⁹ *Donoghue v. Stevenson*, (1932) (H.L.) 31.

³⁹⁰ *Rylands v. Fletcher*, (1868) 3 (H.L.) 330.

³⁹¹ SMITH, T. B. English Influences on the Law of Scotland. *American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 3, n. 4, p. 522-542, 1954, p. 541-542. Tradução livre: “a doutrina de *stare decisis* em uma forma modificada foi introduzida na lei escocesa por meio da influência inglesa; e a tendência atual é de reverência pelo precedente que teria surpreendido os juízes escoceses do Século XIX”.

³⁹² MCHUGH, Michael H. The High Court of Australia. *Journal of Supreme Court History*, Hoboken, v. 1997, n. 2, 1997, p. 4. Tradução livre: “sob o qual o poder executivo foi exercido por Ministros da Coroa”.

³⁹³ Entre elas, Mr. D. Gilles; Sir. Henry Parkes; Captain Russell; Sir. J. Lee Steere; Sr. John Hall; Mr. Playford.

eram óbvias, especialmente para conter a ameaça imperialista francesa na região do Pacífico.³⁹⁴

Em 1890, delegados das respectivas colônias³⁹⁵, formada a maioria por notáveis advogados, debateram a ideia de criação de uma federação nas sucessivas *Australasian Federation Conferences*, a ter como espelho a Constituição dos Estados

³⁹⁴ BIRD, Ruth. Legal Research and the Legal System in Australia. *International Journal of Legal Information*, Cambridge, v. 28, n. 1, p. 70-92, 2000, p. 70.

³⁹⁵ Com exceção da *Western Australia* que não enviou seu correspondente delegado, mas um representante do governo colonial, muito em razão da relutância em aderir ao movimento de unificação. “*Western Australia was reluctant to join in the creation of a new Commonwealth: 'West Australians possess the spirit of nationalism, but when its 'cause' assumes a form involving essential alterations in the nature of the governmental institutions they have but recently acquired, it is little matter for surprise that few of them should be able to accept so heavy a demand upon the sentiment of local ambition [...]. Few would oppose federal action applied to purposes of defence - which in a measure, we are already getting - nor to quarantine and coast lighting. But what rouses the 'hostility' of some is the wide scope of the present federation proposals. Why, they say, for instance, should we hand over our excellent internal post and telegraph service to the care of a Government thousands of miles away and which could not possibly be so closely in touch with local wants and feelings as a Cabinet upon the spot? And why, in particular, should we give to such a Government supreme control over our customs and immigration policy? The terms we obtained for such renouncement might be excellent. But would that make up for a possible serious interference with local trade, production, and settlement on the part of an outside Parliament and Executive, whose interests were divergent from ours? The people of Western Australia feel little, if any, inconvenience from the various tariffs of the eastern colonies, but they conceive that they might sustain not only inconvenience but loss and disturbance of their economy from a common tariff formed upon them by their neighbours. While as for immigration, misgiving tells them that their own special interests would little affect the policy of East Australia if she got the West, in this matter, under her thumb [...]. Our small population stands in a peculiar position to the federal movement, and the supposed feeling of the people towards it is but what, in the circumstances, might naturally be expected.* Yours etc.

T. Cockburn Campbell,
Perth, May 15th, 1891”.

Disponível em: < https://webarchive.slwa.wa.gov.au/federation/fed/021_cons.htm >. Acesso em: 25 de out. de 2021. Tradução livre: “Os australianos ocidentais possuem o espírito do nacionalismo, mas quando sua ‘causa’ assume uma forma que envolve alterações essenciais na natureza das instituições governamentais que eles adquiriram recentemente, é pouco surpreendente que sejam capazes de aceitar uma exigência do sentimento de ambição local [...]. Poucos se oporiam a uma ação federal aplicada para fins de defesa - o que em certa medida, já estamos conseguindo - nem para quarentena e iluminação costeira. Mas o que desperta a 'hostilidade' de alguns é o amplo escopo das atuais propostas da federação. Por que, dizem eles, por exemplo, deveríamos entregar nosso excelente serviço interno de correios e telégrafos aos cuidados de um governo a milhares de quilômetros de distância e que não poderia estar tão intimamente em contato com os desejos e sentimentos locais como um Gabinete local? E por que, em particular, deveríamos dar a tal governo o controle supremo sobre nossa política aduaneira e de imigração? Os termos que obtivemos para tal renúncia podem ser excelentes. Mas isso compensaria uma possível interferência séria no comércio local, produção e acordo por parte de um Parlamento e Executivo externos, cujos interesses eram divergentes dos nossos? O povo da Austrália Ocidental sente pouca ou nenhuma inconveniência com as várias tarifas das colônias orientais, mas concebe que poderia sofrer não apenas inconveniências, mas também perdas e perturbações em sua economia por causa de uma tarifa comum imposta a eles por seus vizinhos. Quanto à imigração, a preocupação lhes diz que seus próprios interesses especiais pouco afetariam a política da Austrália Oriental se ela tivesse o Ocidente, neste assunto, sob seu controle [...]. Nossa pequena população está em uma posição peculiar em relação ao movimento federal, e o suposto sentimento do povo em relação a ele é apenas o que, nas circunstâncias, seria naturalmente esperado.

Att.,
T. Cockburn Campbell,
Perth, 15 de maio de 1891”.

Unidos, “which circumscribed the scope of national power”.³⁹⁶ Passadas as Convenções dos anos de 1891, 1897 e 1898³⁹⁷, o movimento culminou na redação de uma Constituição, a qual contou com a aprovação dos povos coloniais.³⁹⁸

O passo seguinte consistia na chancela do Parlamento inglês, em um primeiro momento bastante reticente. O debate somente avançou com a edição de uma emenda constitucional a exigir, na órbita da organização judiciária, a revisão das decisões pelo Comitê Judicial do *Privy Council* britânico. Com essa possibilidade, “the Parliament of the United Kingdom enacted the draft Constitution into law as the Commonwealth of Australia Constitution Act 1900”.³⁹⁹ Em seu preâmbulo, fez-se constar:

WHEREAS the people of New South Wales, Victoria, South Australia, Queensland, and Tasmania, humbly relying on the blessing of Almighty God, have agreed to unite in one indissoluble Federal Commonwealth under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and under the Constitution hereby established.⁴⁰⁰

A proclamação de um texto constitucional a reger as relações da federação australiana não significou, ao contrário do que aconteceu nos Estados Unidos da América em 1776, a ruptura com o elo britânico. “The Australian states remained tied to Westminster until the passing of the Australia Act 1986”.⁴⁰¹

A Constituição expressamente consignou o princípio da separação dos Poderes, em um sistema parlamentarista de governo, preservando a ampla autonomia dos Estados. A seção 71, em referência ao Poder Judiciário, depositou a função jurisdicional no corpo da Suprema Corte Federal, a receber o nome de “High Court of Australia, and

³⁹⁶ MCHUGH, *op. cit.*, 1997, p. 4. Tradução livre: “que circunscrevia o âmbito do poder nacional”.

³⁹⁷ Para maior aprofundamento, sugere-se a visita ao sítio: <<https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/summary/summary.w3p;adv=yes;group=;orderBy=customrank;page=0;query=%221890%20Australasian%20federation%20conference%22%20Dataset:conventions;querytype=;resCount=Default>>. Acesso em: 25 de out. de 2021.

³⁹⁸ À exceção da Western Australia.

³⁹⁹ MCHUGH, *op. cit.*, 1997, p. 4. Tradução livre: “o Parlamento do Reino Unido promulgou o projeto de Constituição em lei como a Lei da Constituição da Comunidade da Austrália de 1900”.

⁴⁰⁰ Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2013Q00005/Html/Text>>. Acesso em: 25 de out. de 2021. Tradução livre: “CONSIDERANDO QUE o povo de Nova Gales do Sul, Victoria, Austrália do Sul, Queensland e Tasmânia, humildemente contando com a bênção do Deus Todo-Poderoso, concordou em se unir em uma Comunidade Federal indissolúvel sob a Coroa do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda, e nos termos da Constituição aqui estabelecida”. Certa feita, a High Court, sobre a natureza do texto constitucional, afirmou, pela lavra do Justice Robert que: “The Constitution, as part of an Imperial Act of Parliament, should be interpreted as a statute ordinarily is”. (1920) 28 CLR 129, p. 132. Decerto, essa interpretação não mais se apresenta adequada. Tradução livre: “[a] Constituição, como parte de um Ato Imperial do Parlamento, deve ser interpretada como um estatuto que normalmente é”.

⁴⁰¹ MCHUGH, *op. cit.*, 1997, p. 5. Tradução livre: “[o]s estados australianos permaneceram ligados a Westminster até a aprovação do Ato da Austrália de 1986”.

in such other federal courts as the Parliament creates, and in such other courts as it invests with federal jurisdiction”.⁴⁰² Teve em mira a conformação constitucional estadunidense, especificamente o art. III, seção I.

A despeito de sua criação em 1901, o funcionamento ficou condicionado à edição do *Judiciary Act* de 1903. Em outubro daquele ano, realizou-se, na sede da Suprema Corte em Melbourne, a primeira sessão, presidida por três nobres magistrados.⁴⁰³

5.4.1. A *High Court of Australia*

Pese a estatura da *High Court of Australia*, dentro do organograma judiciário, nem sempre foi a mais alta Corte do país. As Supremas Cortes estatais faziam às vezes na órbita de cada porção colonial, com a ressalva de que, em sede de apelação, suas decisões seriam revisadas pelo Comitê Judicial do *Privy Council*, sediado em Londres. Essa prática se manteve com a Constituição de 1900.

Curioso destacar que, mesmo com a possibilidade de criação de cortes federais, autorizada expressamente pela Seção 73, optou o Parlamento por investir as cortes estaduais já existentes da jurisdição federal, sendo a *High Court of Australia* destinatária de questões constitucionais⁴⁰⁴ e conflitos existentes entre lei federal e estadual.⁴⁰⁵ Até aquele momento, prestava-se como “a general court of appeal in respect of the states, in one sense alternative with the Judicial Committee, in another sense interposed between the state courts and the Judicial Committee”.⁴⁰⁶

E assim permaneceu por longo período, até o advento dos atos normativos datados de 1968 e 1975 (*Privy Council Limitation of Appeals Act* e *Appeals from the High*

⁴⁰² Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2013Q00005/Html/Text>>. Acesso em: 25 de out. de 2021. Tradução livre: “a *High Court of Australia* e em outros tribunais federais criados pelo Parlamento e em outros tribunais investidos na jurisdição federal”.

⁴⁰³ Disponível em: <<https://www.hcourt.gov.au/about/history>>. Acesso em: 25 de out. de 2021. Eram os magistrados advogados com inigualável reputação, participantes das Convenções que precederam a aprovação da Constituição: *Chief Justice* Samuel Griffith; Justice Edmund Barton e Justice Richard O’Connor.

⁴⁰⁴ Embora o desejo que assim fosse, a realidade se mostrou diferente. No ano de 1956, por exemplo, de 57 decisões proferidas pela *High Court of Australia* e devidamente registradas pela *Argus Law Reports*, apenas 6 versavam sobre pontos constitucionais. Ver: SAWER, Geoffrey. The Supreme Court and the High Court of Australia. *Journal of Public Law*, Mytholmroyd, v. 6, 1957, p. 488.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 486-487.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 487. Tradução livre: “uma corte geral de apelação inerente aos estados, em um sentido alternativo ao Comitê Judiciário, em outro, posicionada entre os tribunais estaduais e o Comitê Judiciário”.

Court Act), quando, então, no plano federal, cessou-se a possibilidade de recurso de apelação ao *Privy Council*. A prática, todavia, se manteve na órbita estadual, com sua posterior abolição no ano de 1986.⁴⁰⁷

Em sua composição interna, dessemelhante às lacunas encontradas nas ordens jurídicas dos Estados Unidos e do Reino Unido, a Constituição australiana dita o número mínimo de integrantes, servida pelo *Chief Justice* e, ao menos, outros dois magistrados. Na atual quadra da história contemporânea, conta com sete juízes ao todo, sob a presidência da *Chief Justice* Susan Kiefel, empossada no mês de setembro de 2017.⁴⁰⁸

Os membros são indicados pelo *Governor-General*. A partir da indicação, segue-se à realização de um juramento ao público, pelo qual se firma o compromisso de fielmente cumprir o mister, aposentando-se atingida a idade de 70 anos.⁴⁰⁹

Nos seus primeiros anos de existência, a *High Court* compartilhava o espaço físico com outras cortes estaduais em Sidney e Melbourne. Em 1923, passou a contar com estrutura própria em *Sidney*. Entre os anos de 1972 e 1973, todavia, foi transferida para Canberra, onde sediada, mas com sessões permanentes nas cidades de Sidney e Melbourne, usualmente uma vez ao mês, alternativamente.⁴¹⁰

No concernente à análise nomofilática pela via precedencial, é importante registrar que, reunidos em sessão plenária — como sói acontecer —, dificilmente, verificar-se-á decisões *per curiam*. De todo modo, perfilha a mesma tendência engendrada pela Suprema Corte do Canadá e da Corte de Apelação neozelandesa. Estranhamente, não se seguiu o caminho trilhado pela metrópole britânica, mais rígida e deferente às decisões pretéritas.⁴¹¹

Aliás, o recurso às técnicas de *overruling* é frequente, notadamente em casos a envolver matéria constitucional, “owing to its unique position as the interpreter of the constitutional text”.⁴¹² Quando em mira questões da *common law*, a Corte, ao contrário, não se apresenta tão flexível. Em *Brodie v. Singleton Shire Council*, por exemplo, a decisão prestigiou a autoridade do precedente, apontando que: “if the continuation of a

⁴⁰⁷ MCHUGH, *op. cit.*, 1997, p. 6.

⁴⁰⁸ Disponível em: <<https://www.hcourt.gov.au/justices/current/chief-justice-kiefel-ac>>. Acesso em: 25 de out. de 2021.

⁴⁰⁹ Seção 72 da Constituição. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2013Q00005/Html/Text>>. Acesso em: 25 de out. de 2021.

⁴¹⁰ Disponível em: <<https://www.hcourt.gov.au/about/history>>. Acesso em: 25 de out. de 2021.

⁴¹¹ MASON, Anthony. Reflections on the High Court of Australia. *Melbourne University Law Review*. Melbourne, v. 20, n. 2, 1995, p. 280.

⁴¹² HARDING, Matthew; MALKIN, Ian. Overruling in the High Court of Australia in Common Law Cases. *Melbourne University Law Review*, Melbourne, v. 34, n. 2, p. 529-557, 2010, p. 520. Tradução livre: “devido a sua posição única como intérprete do texto constitucional”.

state of affairs, which discredits the Australian legal system, be mandated by precedent, then it is the task of this Court to look into the authorities said to constitute that precedent”.⁴¹³

As oscilações, no entanto, estão longe de significar que, na Austrália, não se privilegia a doutrina de *stare decisis* e suas dimensões horizontal e vertical. Até porque “the principle of *stare decisis* has been associated with judge-made law in countries like Australia”.⁴¹⁴ Há maior flexibilidade, mas não a ponto de torná-la inexistente. “A decision of this Court [*High Court of Australia*] has authority as a precedent precisely because it is the Court’s decision, not because it is the decision of the participating justices or a majority of them”.⁴¹⁵

Sob aludido prisma, portanto, é certo afirmar que as decisões pronunciadas pela *High Court* são vinculantes, a atingir as cortes estaduais, na dimensão vertical da doutrina de observância compulsória do sistema de precedentes e também no aspecto horizontal, sem prejuízo da utilização das técnicas de distinção e superação.

A propósito dessa conclusão, digno de nota é a deferência das cortes estaduais à *dicta*, o que restou consagrado em uma das mais criticadas⁴¹⁶ e mencionadas decisões da *High Court* em 2007, por ocasião do julgamento de *Farah Constructions Pty Ltd v. Say-Dee Pty Ltd*.⁴¹⁷ Até então, conquanto se devesse respeito às *dicta*⁴¹⁸, já se tinha em

⁴¹³ *Brodie v. Singleton Shire Council*, (2001) 206 CLR 512. Tradução livre: “se a continuação de um estado de coisas, que desacredita o sistema legal australiano, for ordenada por precedente, então é tarefa desta Corte examinar as autoridades que dizem constituir esse precedente”.

⁴¹⁴ HERRIGAN, Bryan. Towards a jurisprudence of High Court Overruling. *Australian Law Review*, Toronto, v. 66, 1992, p. 208-209. Tradução livre: “o princípio de *stare decisis* foi associado ao direito feito por juízes em países como a Austrália”.

⁴¹⁵ *John v. Federal Commissioner of Taxation*, (1989) 166 CLR 417, p. 451. Tradução livre: “[u]ma decisão deste Court [*High Court of Australia*] tem autoridade como precedente precisamente porque é a decisão da Corte, não porque é a decisão dos juízes participantes ou da maioria deles”.

⁴¹⁶ Por ocasião de sua aposentadoria, o então Presidente da Corte de Apelação de *South Wales*, Justice Keith Mason aproveitou a oportunidade para demonstrar sua insatisfação com a decisão em *Farah*. Disse ele: “the precedent in *Farah* represented a profound shift in the rules of judicial engagement and amounted to an assertion of a High Court monopoly in the essential developmental aspect of the common law in Australia” (MASON, Keith. President Mason’s Farewell Speech. *Australian Law Review*, Toronto, v. 82, p. 768-770, 2008, p. 768). Tradução livre: “o precedente em *Farah* representou uma mudança profunda nas regras de engajamento judicial e representou uma afirmação de monopólio da High Court no aspecto essencial de desenvolvimento do direito consuetudinário na Austrália”.

⁴¹⁷ *Farah Constructions Pty Ltd v. Say-Dee Pty Ltd*, (2007) 230 CLR 89.

⁴¹⁸ “Lower Courts in pre-*Farah* cases regarded themselves as under a duty to take very seriously at least some types of High Court dicta, on account of the weight of those dicta combined with the circumstances in which they were uttered” (HARDING, Matthew; MALKIN, Ian. The High Court of Australia’s Obiter Dicta and Decision-Making in Lower Courts. *Sydney Law Review*, Sidney, v. 34, p. 239-268, 2012, p. 242). Tradução livre: “[a]s Lower Courts, nos casos pré-*Farah*, consideravam-se obrigadas a levar muito a sério, pelo menos, alguns tipos de *dicta* da Suprema Corte, devido ao peso destas, combinadas com as circunstâncias em que foram proferidas”.

conta que “they had no duty of obedience”.⁴¹⁹ Em *Farah*, todavia, a persuasão de outrora ganhou contornos de autoridade.⁴²⁰

Certa ou não — a considerar, nesta pesquisa, a distinção elementar entre *dicta* e *ratio decidendi* —, o fato é que a doutrina de precedentes vinculantes permanece central à conformação decisional australiana, ainda que se tenha maior plasticidade quando comparada à ex-metrópole britânica.

5.4.2. A Corte Federal da Austrália

A criação da Corte Federal da Austrália foi resultado de inúmeros debates e diferentes propósitos. Já se sabe que, com a promulgação da Constituição, não se sentiu a necessidade premente de criação de cortes federais. Preferiu-se, ao invés, outorgar às cortes estaduais a competência para processamento e julgamento de questões afeitas à legislação federal. No entanto, a partir de 1963, o discurso reacendeu, tendo como centelha o artigo *The necessity of a New Federal Court*, de P. B. TOOSE e M. H. BYERS.⁴²¹ Para os autores, a ampliação da competência das cortes estaduais seria medida interina, até que sobreviesse a consolidação da organização judiciária federal. Ademais, “it was envisaged that a Federal Court System would be established when there was sufficient volume of Commonwealth legislation for it to interpret and enforce”.⁴²²

Não foram esses os argumentos que serviram de justificativa para a criação da Corte Federal, mas, decerto, tiveram o louvável propósito de devolver a atenção a um assunto já adormecido. A necessidade de gerenciamento de processos, por sua vez, foi o impulso necessário e suficiente para convencer os mais descrentes. Com o aumento do volume processual, a criação da Corte Federal não só desafogaria a *High Court*, mas, sobretudo, refinaria seu trabalho, agora a dedicar-se tão-somente com questões constitucionais de grande repercussão.⁴²³

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 242.

⁴²⁰ A propósito, ver: *R v P* (2010) 109 SARS 1, sobre a possibilidade de configuração de estupro pelo marido na constância da união matrimonial. Tradução livre: “eles não tinham dever de obediência”.

⁴²¹ TOOSE, P. B.; BYERS, M. H. *The necessity for a New Federal Court (A survey of the Federal Court System in Australia)*. *Australia Law Journal*, Toronto, v. 36, 1963. Tradução livre: “[a] necessidade de uma nova Corte Federal”.

⁴²² BOWEN, Nigel H. *The Federal Court of Australia*. *Sydney Law Review*, Sidnei, v. 8, n. 2, 1977, p. 285. Tradução livre: “previa-se que um Sistema de Corte Federal seria estabelecido quando houvesse volume suficiente de legislação da *Commonwealth* para interpretar e se fazer cumprir”.

⁴²³ BIRD, *op. cit.*, 2000, p. 74. A prolepse de refino não aconteceu, continuando a *High Court* a processar e julgar matérias relativas à *Commonwealth*.

Tão convincente o argumento que se materializou com a edição do *Federal Court of Australia Act* de 1976, a dar origem à Corte Federal da Austrália. Ao tempo de sua criação, contava com duas principais divisões: *General Division* e *Industrial Division*. A primeira com ampla competência civil, a processar e julgar precipuamente recursos de apelação, sem contar a possibilidade de atuação como instância originária.⁴²⁴ A segunda, a seu turno, com competência para solucionar conflitos entre capital e trabalho.⁴²⁵

Interessante anotar que, a partir da década de 1980, o governo australiano se comprometera a criar a Corte do Trabalho, cuja iniciativa contara com autorização legislativa pela edição da *Industrial Relations Bill* de 1987. No entanto, diante da resistência do setor empresarial, foi tão logo revogada.⁴²⁶

Após um ano, ao tempo da publicação da *Industrial Relations Bill* de 1988, pela ausência de previsão normativa a subsidiar a criação de uma nova corte, manteve-se a competência da *Federal Court of Australia* para o processamento e julgamento das ações trabalhistas — situação essa, a propósito, que perdurou até a década de 1990.

Especificamente no ano de 1993, por ocasião da promulgação do *Industrial Relations Reform Act*, foi criada, em paralelo à *Industrial Relations Commission*, a *Industrial Relations Court of Australia*, que teve vida demasiadamente curta.⁴²⁷ Com a sua criação, a competência para julgar ações trabalhistas foi transferida para a nova Corte, “which now possesses original jurisdiction in federal labor matters”.⁴²⁸

⁴²⁴ “The Full Court has jurisdiction to hear appeals from State Supreme Courts in income tax matters and in matters concerning trade-marks and patents” (BOWEN, *op. cit.*, 1977, p. 289). Tradução livre: “[a] Corte em formação plenária tem jurisdição para ouvir recursos das Cortes Supremas Estaduais em questões de imposto de renda e em questões relativas a marcas e patentes”.

⁴²⁵ Antes mesmo da criação da Divisão Industrial, a Austrália contava com uma organização administrativa especializada na solução de conflitos trabalhistas. De um lado, a *Conciliation and Arbitration Commission*, a qual tinha como atribuição a solução negociada de disputas; de outro, a *Industrial Court*, com competência para homologação e execução dos ajustes firmados, a atuar também na supervisão das relações sindicais. Ver: CROCK, Mary; MCCALLUM, Ronald. *Australia’s Federal Courts: their origins, structure and jurisdiction*. *South Carolina Law Review*, Columbia, v. 46, n. 5, p. 719-757, 1995, p. 740).

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 742.

⁴²⁷ A criação da corte especializada foi acompanhada de inúmeras críticas pela academia e pelos juristas. WILLIAM BREEN CREIGHTON e ANDREW STEWART afirmavam que “the creation of the court would serve any useful purpose” (CREIGHTON, William B.; STEWART, Andrew. *Labour Law: An introduction*. 3ª ed. Alexandria: Federation, 2000, p. 88). Tradução livre: “a criação da corte serviria a qualquer propósito útil”.

⁴²⁸ CROCK; MCCALLUM, *op. cit.*, 1995, p. 743. Tradução livre: “que agora possui jurisdição original em questões trabalhistas federais”.

No ano de 1997, entretanto, teve seu acervo transferido novamente para a *Federal Court of Australia*.⁴²⁹ “The tide went in, the tide went out”.⁴³⁰ A extinção da Corte condicionou-se à aposentadoria do último juiz, Anthony North, o que se deu em 11 de setembro de 2018. Em março de 2021, foi oficialmente abolida.⁴³¹ Desse modo, permanece com a *Federal Court of Australia* a competência para o tratamento de questões advindas das relações entre capital e trabalho.

Os magistrados a ocupar assentos vitalícios perante a Corte são indicados pelo *Governor-General* e se aposentam compulsoriamente aos 70 anos de idade. A presidência fica sob a incumbência do juiz mais antigo, o qual “is responsible for managing the business of the Court”.⁴³² Podem se reunir em painéis de três ou cinco juízes e, quando isso ocorre, diz-se que se está perante uma *Full Court*.

Em referência à autoridade de suas decisões, é de se frisar que “the use of precedent is indispensable in common law courts”.⁴³³ Por corolário lógico e natural, decisões pronunciadas pela *Federal Court of Australia* têm aptidão precedencial, a vincular as cortes estatais, em sua dimensão vertical. De igual modo, vinculam a si própria, na dimensão horizontal da doutrina de *stare decisis*, com a ressalva de que há maior flexibilidade e recurso às técnicas de distinção e superação. “All Australian courts work on a system of precedents”.⁴³⁴

A mesma sistemática guarnece a estrutura judiciária canadense, a seguir.

5.5. O sistema de justiça do Canadá: história e organização

⁴²⁹ *Workplace Relations and Other Legislation Amendment Act of 1996*. Disponível em: <https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/num_act/wraolaa1996489/>. Acesso em: 29 de out. de 2021.

⁴³⁰ FRENCH, Robert. *Federal Circuit Court – History Repeats Itself*. Melbourne, [s.n.], 2014. Disponível em: <<https://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj1May14.pdf>>. Acesso em: 29 de out. de 2021. Tradução livre: “[a] maré subiu, a maré baixou”.

⁴³¹ *Workplace Relations and Other Legislation Amendment – Abolishment of Industrial Relations Court – Proclamation 2020*. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/F2020L01632>>. Acesso em: 29 de out. de 2021.

⁴³² Disponível em: <<https://www.fedcourt.gov.au/about/judges>>. Acesso em: 29 de out. de 2021. Tradução livre: “é responsável pela gestão dos negócios da Corte”.

⁴³³ BLACKSHIELD, A. R. Precedent in South Australia: the hierarchic and the heuristic. *Adelaide Law Review*, Adelaide, v. 7, n. 1, p. 79-137, 1980-1981, p. 88. Tradução livre: “o uso de precedente é indispensável em cortes de *common law*”.

⁴³⁴ CROCK; MCCALLUM, *op. cit.*, 1995, p. 753. Tradução livre: “[t]odas as cortes australianas operam em um sistema de precedentes”.

À semelhança da Escócia, a Constituição do Canadá provém de ato do Parlamento inglês, contida no *British North America Act* de 1867, ao tempo em que as colônias britânicas de New Brunswick, Nova Scotia e Canada (a qual era integrada por duas unidades administrativas: *Lower Canada*, agora conhecida como província de Québec, e *Upper Canada*, atualmente designada como província de Ontário) formavam o *Dominion of Canada*.⁴³⁵ Desde sua promulgação, contou com sucessivas emendas, todas editadas pelo legislativo britânico em resposta às súplicas do governo canadense.⁴³⁶

Pese a deferência do Parlamento em autorizar que mudanças legislativas se perfizessem pelo governo do Canadá, havia uma razão para manutenção da interferência: o receio de que a minoria francesa se tornasse, em pouco tempo, a maioria na conformação do direito. Por isso, as emendas que se seguiram à promulgação do *British North America Act* foram obras do Parlamento britânico, frente às requisições conjuntas da *House of Commons* e do Senado canadenses.⁴³⁷

Com a publicação do *Canada Act 1982*⁴³⁸ pelo Parlamento do Reino Unido, o *British North America Act* passou a ser conhecido como *Constitutional Act 1867*.⁴³⁹

Diferentemente do que sucedeu nos Estados Unidos, onde se acha um sistema judiciário federal e outros 50 sistemas de justiça estaduais, o Canadá, pelo texto constitucional, prestigiou a unidade da organização judiciária.⁴⁴⁰ A coesão sistêmica, inclusive, pode ser apreendida pela forma homogênea de designação dos magistrados. Juízes das cortes distritais e superiores são designados pelo governo federal, inexistindo

⁴³⁵ EATON, John. Canada's Court System. *Australian Law Librarian*, Melbourne, v. 10, n. 3, p. 232-246, 2002, p. 232.

⁴³⁶ "Our Constitution is contained in the British North America Act of 1867 which was passed by the Parliament of the United Kingdom in London, England, and has been amended by the Parliament on several occasions at the request of the Canadian Government and Provincial Governments" (WILLIS, Errick F. Judicial System of Canada. *North Dakota Law Review*, Grand Forks, v. 36, n. 4. P. 241-245, 1960, p. 241). Tradução livre: "Nossa Constituição está contida na British North America Act de 1867, que foi aprovada pelo Parlamento do Reino Unido em Londres, Inglaterra, e foi alterada pelo Parlamento em várias ocasiões a pedido do Governo Canadense e dos Governos Provinciais".

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 241.

⁴³⁸ O *Constitution Act* de 1982 hospeda a Carta de Direitos e Liberdades do Canadá.

⁴³⁹ Ainda se prefere a utilização do *British North America Act* quando se pretende fazer referência à norma constitucional. "As is the case with many Canadians who learned most of what they know of Canadian politics and government long before 1982, I still choose to refer to the constitution as the BNA Act" (EATON, *op. cit.*, 2002, p. 232). Tradução livre: "[c]omo é o caso de muitos canadenses que aprenderam muito sobre o que sabem sobre a política e o governo canadenses muito antes de 1982, ainda prefiro me referir à constituição como BNA Act".

⁴⁴⁰ Seção 96 do *Constitution Act* de 1867. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/30---31-vict-c-3/latest/30---31-vict-c-3.html>>. Acesso em: 29 de out. de 2021.

sistema eletivo.⁴⁴¹ Permanecem em atividade enquanto atestada a “boa conduta” até o limite de 75 anos idade.

Na base da estrutura judiciária, estão posicionadas as *Provincial Courts*. De acordo com a seção 92 do *BNA Act*, é outorgado a cada província o poder de constituição de cortes criminais e cíveis. Atuam no primeiro grau de jurisdição e lidam com questões penais e cíveis. Em Manitoba, por exemplo, o maior contingente processual decorre de matéria criminal ao passo que, em British Columbia, pela existência de juizado de pequenas causas, – como uma divisão da *Provincial Court* – percebe-se um volume processual maior na esfera cível.⁴⁴²

Em paralelo, a ordem jurídica canadense conta com as *Superior Courts*, erroneamente classificadas como cortes federais, mas que também funcionam na base do sistema de justiça, as quais merecem maior detalhamento em tópico apartado.

5.5.1. As *Superior Courts*: uma excentricidade particular da ordem jurídica canadense

Excêntrica à organização do sistema de justiça do Canadá, pois sem correspondência em outro país de tronco comum, as Cortes Superiores contam com previsão constitucional expressa, geograficamente alinhada na seção 96 do *BNA Act*.⁴⁴³

São cortes em cuja operação, procedimento e autoridade permanecem locais, pese a indicação e remuneração de juízes pelo governo federal. De acordo com a Seção 96 da Constituição canadense, têm competência para processamento e julgamento de feitos criminais e cíveis, federal ou estadual. Daí porque “they are sometimes mistakenly called, ‘the federal courts’, which is a misnomer”.⁴⁴⁴

As Cortes Superiores são identificadas com diferentes nomes, a depender da região onde sediadas. Em Alberta, Saskatchewan, Manitoba e New Brunswick, recebe o nome de *Court of Queen’s Bench*. Na província de Québec, *Cour Supérieure*; em British Columbia, *Supreme Court*; na região de Nova Scotia, Prince Edward Island e

⁴⁴¹ BAAR, Carl. Court Organization, Judicial Selection and Judicial Independence in Canada: a preview of the Canadian Court System. *Judges’ Journal*, Washington, D.C., v. 37, n. 2, 1998, p. 44.

⁴⁴² EATON, *op. cit.*, 2002, p. 234.

⁴⁴³ Seção 96 do *Constitution Act* de 1867. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/30---31-vict-c-3/latest/30---31-vict-c-3.html>>. Acesso em: 29 de out. de 2021.

⁴⁴⁴ EATON, *op. cit.*, 2002, p. 237. Tradução livre: “às vezes são chamadas erroneamente de ‘cortes federais’, que é um nome impróprio”.

Newfoundland, *Supreme Court*; ao passo que, na província de Ontário, *Superior Court of Justice*.⁴⁴⁵

Historicamente, eram conhecidas como *trial courts*, seguindo o modelo inglês da *High Court of Justice*. Da mesma forma que acolá, atuam como cortes de primeiro grau de jurisdição, em matérias mais complexas; e como instância recursal das decisões pronunciadas pelas cortes de província.

A *Court of Queen's Bench of Alberta*, de passagem, apresenta-se como “the Superior Trial Court for the Province, hearing trials in civil and criminal matters and appeals from decisions of the Provincial Court”.⁴⁴⁶ Criada pelo *Court of Queen's Bench Act*, é servida, internamente, por um Presidente, na qualidade de *Chief Justice*, dois *Associate Chief Justices*, e mais 65 magistrados.⁴⁴⁷

De forma bastante particular, a Corte Superior de Justiça de Ontário, considerada “the busiest trial courts in the world”,⁴⁴⁸ não tem sua criação referendada por ato normativo, mas deve sua existência ao legado deixado pela metrópole inglesa. “It is a court of inherent jurisdiction”, a remeter ao ano de 1790, quando Ontário era conhecida como *Upper Canada*. Além de sua idade milenar, consagra-se como o maior tribunal canadense, tanto em volume processual quanto em quantitativo de magistrados. Está presente em 52 localidades ao longo do território, com o número de 300 juízes, sob a presidência do *Chief Justice*, o qual conta com o auxílio do *Associate Chief Justice*, 8 *Regional Senior Judges* e o *Senior Judge of the Family Court*. Reunidos, participam da administração da justiça em toda a província.⁴⁴⁹

No tocante à função nomofiláquica, pela sua posição dentro da ordem jurídica canadense, vinculam-se às decisões pronunciadas pelas cortes superiores, como a Corte de Apelação e a Suprema Corte do Canadá. Ao mesmo tempo, prezam pelo respeito à dimensão horizontal da doutrina de *stare decisis*. Sobre o ponto, nada há de referência decisional pela Suprema Corte. Mas há um caso típico — e recente — de controle difuso de constitucionalidade que serve como amostra ilustrativa, decidido pela Corte Superior

⁴⁴⁵ BAAR, *op. cit.*, 1998, p. 44.

⁴⁴⁶ Disponível em: <<https://albertacourts.ca/qb/home#:~:text=The%20Court%20of%20Queen's%20Bench,decisions%20of%20the%20Provincial%20Court>>. Acesso em: 29 de out. de 2021. Tradução livre: “a *Superior Trial Court for the Province*, ouvindo julgamentos em questões cíveis e criminais e recursos de decisões do Tribunal Provincial”.

⁴⁴⁷ Disponível em: <<https://albertacourts.ca/qb/about/justices-and-masters>>. Acesso em: 29 de out. de 2021.

⁴⁴⁸ Disponível em: <<https://www.ontariocourts.ca/scj/about/>>. Acesso em: 29 de out. de 2021. Tradução livre: “as cortes de julgamento mais ocupadas do mundo”.

⁴⁴⁹ Disponível em: <<https://www.ontariocourts.ca/scj/about/court/>>. Acesso em: 29 de out. de 2021. Tradução livre: “[é] uma corte de jurisdição inerente”.

de Justiça de Ontário, em *McCaw*.⁴⁵⁰ “Faced with a previous section 52 declaration of invalidity issued against section 33.1 of the Criminal Code”, entendeu o magistrado que estava vinculado à *ratio decidendi* da decisão pretérita, exarada por juiz integrante da mesma Corte. “In *R v. Mccaw*, [...] the Ontario Superior Court decided that constitutional declarations of invalidity are binding on other judges of the Ontario Superior Court”.⁴⁵¹

E assim o é pelas seguintes razões: não se admite exceções advindas de lei reputadas inconstitucionais, até porque são excluídas “from the statute books”.⁴⁵² A declaração de inconstitucionalidade, ainda que sob a batuta de magistrado de corte superior, vincula os julgadores subsequentes sempre que presente a mesma *quaestio*.

Permanece, no entanto, a dúvida: estando no plano de constitucionalidade de leis e considerando que a corte superior tem jurisdição limitada à província onde situada, em se tratando de lei federal, declarada inconstitucional (como em *McCaw*), a *ratio decidendi* teria o condão de ultrapassar as linhas fronteiriças e vincular as demais?

A resposta ao questionamento pode parecer ilógica, mas, na hipótese, privilegia-se o princípio do federalismo consagrado pela Constituição. Portanto, a lei federal, declarada inconstitucional por determinada corte superior, resta confinada àquela província, sem gerar efeitos vinculantes para além de seus limites. “A provision of a federal statute could be formally unconstitutional in one province but not another”.⁴⁵³ Não obstante, ostentam uma contundente força persuasiva, “owing to the nature of constitutional supremacy”.⁴⁵⁴

Observa-se, sob aludido construto, a deferência às decisões pretéritas dentro do mesmo tribunal, ainda que sujeitas à revisão posterior. Mais um exemplo da integridade do sistema de precedentes pela observância de sua dimensão horizontal.

⁴⁵⁰ *R v McCaw*, 2018 ONSC 3464.

⁴⁵¹ MANCINI, Mark. Declarations of Invalidity in Superior Courts. *Constitutional Forum*, Edmorton, v. 28, n. 3, p. 31-38, 2019, p. 31. Tradução livre: “[e]m *R v. Mccaw*, [...] o Tribunal Superior de Ontário decidiu que as declarações constitucionais de nulidade são vinculantes para outros juízes do Tribunal Superior de Ontário”.

⁴⁵² Tradução livre: “dos livros de estatuto”. “If a judge of this Court finds that a provision of a statute is unconstitutional, by virtue of s. 52 of the Constitution Act and Ferguson, that provision is invalid for all future cases – it is off the books”. *R v McCaw*, 2018 ONSC 3464, p. 76. Tradução livre: “[s]e um juiz deste Tribunal considerar que uma disposição de uma lei é inconstitucional, em virtude do s. 52 do Constitution Act e Ferguson, essa disposição é inválida para todos os casos futuros - está fora dos livros”.

⁴⁵³ MANCINI, *op. cit.*, 2019, p. 35. Tradução livre: “[u]ma disposição de uma lei federal pode ser formalmente inconstitucional em uma província, mas não em outra”.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 35. Tradução livre: “devido à natureza da supremacia constitucional”.

5.5.2. Sobre as Cortes de Apelação canadenses

Seguidas às cortes superiores, situam-se as Cortes de Apelação. Cada província é servida por uma Corte de Apelação e, pela sua estatura dentro da organização judiciária canadense, “its decisions are binding on all the other courts of the province, subject to being overruled by the Supreme Court of Canada”.⁴⁵⁵

Ao tempo precedente à redação do texto constitucional, já se visionava a criação de uma Corte Geral de Apelação. Nos Debates da Confederação, George-Étienne Cartier, um dos redatores, discursou sobre o papel do novo órgão, fazendo referência ao termo “universal jurisprudence”;⁴⁵⁶ “in apparent reference to the harmonizing influence that such court would exert”.⁴⁵⁷

Nem todos, entretanto, concordavam com a afirmação. Entre os opositores, estavam A. A. DORION e H. E. TASCHEREAU. Para eles, a criação de uma jurisprudência universal seria danosa à evolução do direito, além de se privilegiar a *common law* em detrimento da *civil law* adotada pela então *Lower Canada*.⁴⁵⁸ George-Étienne Cartier rebateu o argumento, com a justificativa de que “the persons appointed to such a court would be unusually well-qualified judges [...] and would be profoundly versed in those principles of equity, which are identical with those of our Civil Code”.⁴⁵⁹

A despeito de seus nobres esforços, não foi possível a criação oficial de uma Corte Geral de Apelação. São, ao todo, dez Cortes de Apelação distribuídas ao longo do território canadense. Toma-se, como amostra, a Corte de Apelação de Ontário, pelo significativo volume processual e pela rígida aderência à doutrina de *stare decisis*. Apresenta-se no topo da pirâmide judiciária daquela província, com competência para processamento e julgamento de recursos de apelação das decisões exaradas pela Corte Superior de Justiça e cortes de província.

⁴⁵⁵ EATON, *op. cit.*, 2002, p. 237. Tradução livre: “suas decisões são vinculantes para todas as outras cortes da província, sujeitas de serem anuladas pela Suprema Corte do Canadá”.

⁴⁵⁶ Confederation Debates in the Province of Canada, 1865. Disponível em: <<https://primarydocuments.ca/tag/confederation-debates/>>. Acesso em: 29 de out. de 2021. Tradução livre: “jurisprudência universal”.

⁴⁵⁷ Confederation Debates in the Province of Canada, 1865. Disponível em: <<https://primarydocuments.ca/tag/confederation-debates/>>. Acesso em: 29 de out. de 2021. Tradução livre: “em aparente referência à influência harmonizadora que tal corte iria exercer”.

⁴⁵⁸ Confederation Debates in the Province of Canada, 1865. Disponível em: <<https://primarydocuments.ca/tag/confederation-debates/>>. Acesso em: 29 de out. de 2021.

⁴⁵⁹ Confederation Debates in the Province of Canada, 1865. Disponível em: <<https://primarydocuments.ca/tag/confederation-debates/>>. Acesso em: 29 de out. de 2021. Tradução livre: “as pessoas nomeadas para tal tribunal seriam juízes excepcionalmente bem qualificados [...] e profundamente versados nesses princípios de equidade, os quais são idênticos aos de nosso Código Civil”.

Dados estatísticos revelam que, entre os anos de 2009 e 2013, foram distribuídas 1.615 apelações anuais, sendo que, desse total, apenas 3% foram revisadas pela Suprema Corte do Canadá.⁴⁶⁰ Isso significa que, para a maioria dos casos, a Corte de Apelação se apresenta como “the final court of appeal”.⁴⁶¹

Internamente, é composta por aproximadamente 30 magistrados, divididos, via de regra, em painéis de três, embora haja a possibilidade de se reunirem em número maior, no total de cinco juízes.⁴⁶² A seleção dos painéis fica a cargo do Presidente, na medida em que “has general supervision and direction over the sittings of the Court of Appeal”.⁴⁶³ A composição, portanto, é aleatória, selecionada a partir da inclusão dos processos em pauta para julgamento. Há, todavia, esforços para indicação de um magistrado especialista na área debatida e de ao menos um juiz sênior. Os painéis se reúnem, em rigor, semanalmente, cujo número varia a depender do quantitativo de processos.⁴⁶⁴

Pela segmentação da Corte em órgãos fracionários e aleatoriamente selecionados, seria natural a dissensão. A realidade, no entanto, demonstra justamente o contrário. Em respeito à doutrina de *stare decisis*, percebe-se uma nítida coesão decisional. Aliás, há quem a considere “the most conservative provincial court”.⁴⁶⁵ As decisões, nesse aspecto, produzem duplo efeito: o primeiro, exógeno, a vincular as demais cortes e o segundo, endógeno, a contingenciar os próprios julgadores. *Delta Acceptance Corporation Ltd v Redman* fixa com precisão os contornos da dimensão horizontal da doutrina de precedentes:

I am bound to give my loyal adherence to the doctrine of stare decisis and follow that decision so long as it remains unreversed by a Court of higher authority or the Legislature does not intervene to change it by clarifying the meaning of the section under review by an appropriate amendment.⁴⁶⁶

⁴⁶⁰ Disponível em: <<https://www.scc-csc.ca/case-dossier/stat/years-annees-eng.aspx>>. Acesso em: 29 de out. de 2021.

⁴⁶¹ DRUCKER, Jeremy. Panel Composition at the Court of Appeal for Ontario. *University of Toronto Faculty of Law Review*, Toronto, v. 73, n. 2, p. 9-31, 2015, p. 14. Tradução livre: “a corte de apelação final”.

⁴⁶² Disponível em: <<https://www.ontariocourts.ca/coa/about-the-court/>>. Acesso em: 29 de out. de 2021.

⁴⁶³ *Ontario Courts of Justice Act*, RSO 1990, c C-43, s 5(1). Tradução livre: “tem supervisão e direção geral sobre as sessões da Corte de Apelação”.

⁴⁶⁴ DRUCKER, *op. cit.*, 2015, p. 14.

⁴⁶⁵ MACGUIGAN, Mark R. Precedent and Policy in the Supreme Court. *Canadian Bar Review*, Ottawa, v. 45, n. 4, p. 627-65, 1967, p. 652. Tradução livre: “a mais conservadora provincial court.”

⁴⁶⁶ *Delta Acceptance Corporation Ltd v Redman* (1966), 55 D.L.R (2d) 481, [1966] 2 O.R. 37, p. 483. Tradução livre: “[d]evo dar minha adesão leal à doutrina de *stare decisis* e seguir essa decisão, desde que não seja revogada por uma Corte de autoridade superior ou que o Legislativo não intervenha para alterá-la, esclarecendo o significado da seção sob revisão por uma alteração apropriada”.

A propósito da deferência à observância obrigatória dos precedentes, as *Rules of Civil Procedure* da província de Ontário vaticinam, na seção 22.03 (1), que, em caso de dissenso ou ausência de definição da *ratio decidendi*, seja a Corte de Apelação provocada para solução da *quaestio*, com vistas a assegurar a estabilidade e integridade da ordem jurídica:

22.03 (1) A motion under rule 22.01 may be made to a judge of the Court of Appeal for leave to have a special case determined in the first instance by that court and the judge may grant leave where subrule 22.01 (2) is satisfied and where the special case raises an issue in respect of which,

(a) there are conflicting decisions of judges in Ontario and there is no decision of an appellate court in Ontario;

(b) there is a conflict between decisions of an appellate court in Ontario and an appellate court of another province, or between decisions of appellate courts of two or more other provinces; or

(c) one of the parties seeks to establish that a decision of an appellate court in Ontario should not be followed. R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 22.03 (1).⁴⁶⁷

Essa rigidez, por sua vez, não se acha tão evidente na Corte de Apelação de British Columbia, considerada como “the most freewheeling Canadian court”.⁴⁶⁸ Observa-se, pelo comportamento da corte, uma maior facilidade em superar decisões pretéritas. “In British Columbia it is apparently too clear for argument that the Court of Appeal may overrule its previous decisions”.⁴⁶⁹ Há um consenso, todavia, de que a técnica deva se limitar “where the Court is clearly of the opinion that it was wrongly decided”.⁴⁷⁰ Agregada à máxima de que “the function of the Court of Appeal to make improvements in practice when the desirability or need of such improvements has been indicated”.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ Disponível em: <<https://www.ontario.ca/laws/regulation/900194>>. Acesso em: 29 de out. de 2021. Tradução livre: “22.03 (1) Uma petição ao abrigo da regra 22.01 pode ser feita a um juiz da Corte de Apelação com vistas a obter autorização para ter um caso processado por esse tribunal e o juiz pode admiti-lo quando a sub-regra 22.01 (2) for satisfeita e onde o caso especial levanta uma questão a respeito da qual, (a) há decisões conflitantes de juízes em Ontário e não há decisão de um tribunal de apelação em Ontário; (b) existe um conflito entre as decisões de um tribunal de apelação em Ontário e um tribunal de apelação de outra província, ou entre as decisões de tribunais de apelação de duas ou mais outras províncias; ou (c) uma das partes procura estabelecer que uma decisão de um tribunal de apelação em Ontário não deve ser seguida. R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 22,03 (1).”

⁴⁶⁸ MACGUIGAN, *op. cit.*, 1967, p. 652. Tradução livre: “a corte canadense mais liberal”.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 652. Tradução livre: “Na British Columbia, é aparentemente claro demais para o argumento de que a Corte de Apelação pode anular suas decisões anteriores”.

⁴⁷⁰ *Bell v. Klein et al* (No. 1) [1954] 4 D.L.R. 273, p. 281. Tradução livre: “em que a Corte é claramente de opinião que foi decidido erroneamente”.

⁴⁷¹ *Sangster v Pugsley*, [1964], 49 D.L.R. (2d) 286, p. 288. Tradução livre: “a função da Corte de Apelação de fazer melhorias na prática quando a conveniência ou a necessidade tiver sido indicada”.

As demais Cortes de Apelação tendem a se aproximar dessa conformação. A Suprema Corte de Alberta, em *R. v Hartfeil*⁴⁷², definiu a possibilidade de superação de decisões pretéritas, sem maiores contingenciamentos. O mesmo se verifica em Manitoba, Prince Edward Island⁴⁷³ e Newfoundland, onde se firmou a tese de que “if precedent hinders practical justice, precedent should be stretched”.⁴⁷⁴

A despeito dessa plasticidade, não se autoriza dizer que as Cortes de Apelação canadenses, em sua maioria, desprezem a doutrina de *stare decisis*. A afirmação é enganosa, a conduzir a conclusões equivocadas. Nem mesmo na Corte Superior de Québec se verifica o menosprezo à observância compulsória dos precedentes. “The doctrine of stare decisis must equally apply in the determination of any case which comes before this court whatever may be the province of its origin”.⁴⁷⁵ Não se exige tratamento legal ou disposição de *common law* para tanto. “It does so again on the grounds of judicial comity”.⁴⁷⁶

Se por um lado, contingenciam as cortes dentro da província, em maior ou menor medida, de outro, não extrapolam seus limites. Quer isso significar que a decisão da Corte de Apelação de Ontário não tem o condão de vincular a Corte de Apelação de Manitoba, mesmo que se esteja a tratar de questão federal. Confinam-se à província onde situadas, pese a força persuasiva do precedente firmado em corte de igual jurisdição.⁴⁷⁷

Em *Wolfe v The Queen*, Chief Justice Laskin enfatizou que: “A provincial appellate Court is not obliged as a matter either of law or of practice, to follow a decision of the appellate Court of another Province unless it is persuaded that it should do so on its merits or for other independent reasons”.⁴⁷⁸ A *praxis*, contudo, revela conduta dissimilar, de respeito às decisões pronunciadas por cortes de igual estatura, pois que “in

⁴⁷² *R. v Hartfeil*, [1931] 2. D.L.R. 277.

⁴⁷³ A propósito, ver: *R. v Thompson*, 30 Man. R. 246.

⁴⁷⁴ A propósito, ver: *Power v. Winter*, [1952], 30 M.P.R. 131, p. 148. Tradução livre: “se o precedente prejudicar a justiça prática, o precedente deve ser mantido”.

⁴⁷⁵ *Delta Acceptance Coporation Ltd v Redman*, [1966], 55 D.L.R. (2d), p. 495. Tradução livre: “[a] doutrina de *stare decisis* deve ser igualmente aplicada na determinação de qualquer caso que seja submetido a este tribunal, seja qual for a província de sua origem”.

⁴⁷⁶ *Vera Cruz* (No. 2), [1984] 9 P.D. 96, p. 98. Tradução livre: “[e]le faz isso novamente com base na cortesia judicial”.

⁴⁷⁷ “Although the Courts of Appeal are federally constituted and they are in large measure interpreting federal law, their jurisdiction does not extend beyond the borders of their own province” (EATON, *op. cit.*, 2002, p. 238). Tradução livre: “[e]mbora as Cortes de Apelação sejam constituídas pelo governo federal e interpretem em grande parte a lei federal, sua jurisdição não se estende além das fronteiras de sua própria província”.

⁴⁷⁸ *Wolfe v The Queen*, [1974] 17 C.C.C. (2d) 425. Tradução livre: “[u]ma *provincial appellate Court* não é obrigada, por uma questão de direito ou de prática, a seguir uma decisão do Tribunal de Apelação de outra Província, a menos que seja persuadida de que deve fazê-lo por seus méritos ou por outras razões independentes”.

the absence of any conflicting opinion by the Supreme Court of Canada or his own Court of Appeal, to follow the applicable decision of an Appeal Court in another Province”.⁴⁷⁹ Nada diferente do que se espera de uma ordem jurídica que, embora mista, privilegia a uniformidade, coesão e integridade das decisões judiciais.

5.5.3. A Suprema Corte do Canadá

O *British North America Act* já tinha outorgado ao Parlamento do Canadá o poder de constituição, gestão e organização de uma Corte Geral de Apelação. Contudo, somente pelo *Supreme Court Act*, em 1875, é que se estabeleceu a Suprema Corte do Canadá, cuja criação rendera polvorosa discussão.

O ponto principal da relutância subjazia na extinção da possibilidade de recurso às cortes britânicas, o que, na prática, não surtira efeito nenhum, pois mantida a apelação dirigida ao *Privy Council*. Porque não integrante do Poder Judiciário do Reino Unido, mas um órgão consultivo da Rainha, não estaria contemplado pela proibição da seção 47 do *Supreme Court Act* (a qual vedava a interposição de recursos de apelação às cortes britânicas).

Desse modo, a Suprema Corte do Canadá foi por longo período “overshadowed by the right of appeal to the Privy Council”.⁴⁸⁰ A primeira tentativa de ruptura do vínculo aconteceu em 1888, por ocasião da publicação de uma emenda ao Código Penal, na qual se proibia o acesso ao órgão da Coroa.⁴⁸¹ A validade da lei foi contestada e, em 1926, por ocasião da decisão exarada em *Nadan v. The King*⁴⁸², declarada inconstitucional, na medida em que o *BNA* não outorgava ao Parlamento canadense a prerrogativa de extinguir a possibilidade de recurso ao *Privy Council*. “This section was invalid and ultra vires”.⁴⁸³

Mais tarde, em 1931, a *Statute of Westminster* foi publicada, a retirar a possibilidade de interferência do Reino Unido na atividade legiferante canadense. Esse

⁴⁷⁹ *Vancouver-Seattle Bus Lines Ltd v Lieutenant-Governor in Council for Province of British Columbia*, [1964], 42 D.L.R. (2d) 82. Tradução livre: “na ausência de qualquer opinião conflitante pela Suprema Corte do Canadá ou seu própria Corte de Apelação, seguir a decisão aplicável de uma Corte de Apelação em outra Província”.

⁴⁸⁰ L., G. R. Historical Sketch of the Supreme Court of Canada. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 3, n. 2, p. 171-173, 1965, p. 171. Tradução livre: “ofuscada pelo direito de apelar ao Conselho Privado”.

⁴⁸¹ CASSELS, Robert. The Supreme Court of Canada. *Green Bag*, Boston, v. 2, n. 6, 1890, p. 241.

⁴⁸² *Nadan v The King*, [1926] A.C. 482, 492, 495.

⁴⁸³ *Nadan v The King*, [1926] A.C. 482, 492, 495. Tradução livre: “[e]ssa seção era inválida e *ultra vires*”.

feito impulsionou o movimento de desvinculação do Poder Judiciário, a tornar a Suprema Corte do Canadá “a court of final appellate jurisdiction”⁴⁸⁴, como consequência primeira da emenda à seção 1024(4) do Código Penal. Teve também sua validade desafiada em *British Coal Corporation v. The King*⁴⁸⁵, mas com resultado diferente. O *Privy Council*, naquela oportunidade, decidiu que “since the passing of the Statute of Westminster, the limitations of the Colonial Laws Validity Act were abrogated and the Dominion was competent to limit appeals on criminal matters to the Supreme Court of Canada”⁴⁸⁶.

A Lei 9 de 1940 universalizou a disposição, a incluir também processos de natureza cível e fazer da Suprema Corte do Canadá “final and conclusive”⁴⁸⁷. Finalmente, após 74 anos, conquistou-se a independência do Poder Judiciário canadense, referendada pela seção 54 do *Supreme Court Act* de 1949.

Em seus dias iniciais, contava com 6 juízes.⁴⁸⁸ No ano de 1927, teve acrescido um membro, sendo, desde 1949, integrada por um grupo de nove magistrados, indicados pelo *Governor-General*. Três juízes provêm da Província de Québec; três de Ontario; dois do Western Canada e um do Atlantic Canada.

Ao todo, recebem aproximadamente 800 apelações, cujo processamento somente é admitido se a matéria envolver questão de repercussão nacional. Além de ocupar o vértice da pirâmide judiciária, de modo bastante inusitado, pode ser provocada pelo *Governor*, por intermédio dos *references*, “to consider important questions of law such as the constitutionality or interpretation of federal or provincial legislation and to give opinion on the question”⁴⁸⁹.

As decisões têm o condão de vincular as demais instâncias do Poder Judiciário em todas as províncias. Na dimensão horizontal da doutrina de *stare decisis*, há uma tendência, ainda que não mandatória, de aderência à *ratio decidendi* pretérita. “Unless perhaps in very exceptional circumstances, a previous deliberate and definite

⁴⁸⁴ L., *op. cit.*, 1965, p. 172. Tradução livre: “uma corte de jurisdição de apelação final”.

⁴⁸⁵ *British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500.

⁴⁸⁶ *British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500. Tradução livre: “desde a aprovação do Estatuto de Westminster, as limitações da *Colonial Laws Validity Act* foram revogadas e o Domínio era competente para limitar recursos em questões criminais à Suprema Corte do Canadá”.

⁴⁸⁷ A propósito, ver: *Attorney-General for Ontario v The Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 127. Tradução livre: “final e conclusiva”.

⁴⁸⁸ CASSELS, *op. cit.*, 1890, p. 242. Eram eles: *Chief Justice* William Buell Richards; Justices William Johnstone Ritchie, Samuel Henry Strong, Jean-Thomas Tascheareau, Telésphore Fournier e William Alexander Henry.

⁴⁸⁹ Disponível em: <<https://www.scc-csc.ca/court-cour/role-eng.aspx>>. Acesso em: 29 de out. de 2021. Tradução livre: “considerar importantes questões de direito, como a constitucionalidade ou interpretação da legislação federal ou provincial e dar opinião sobre a questão”.

decision of this court will be held binding, if it is clear that it was not the result of some mere slip inadvertence”.⁴⁹⁰

A máxima se preserva atual. Em *Housen v. Nikolaisen*, a Corte enfatizou a necessidade de “same legal rules”⁴⁹¹ serem aplicadas a situações análogas. Nada impede, todavia, a utilização das técnicas de distinção e superação quando se revelarem pertinentes, dentro, é claro, de determinados parâmetros.

A própria Suprema Corte do Canadá definiu esses limites em *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd v. Saint John Shipbuilding Ltd*.⁴⁹² Em decisão redigida pelo Justice McLachlin, definiu-se que a Corte pode modificar o precedente firmado, desde que a mudança seja necessária para manter o direito na linha evolutiva social. “Conversely, courts will not intervene where the proposed changes will have complex and far-reaching effects, setting the law on an unknown course whose ramifications cannot be accurately gauged”.⁴⁹³

Aludido construto tem pautado o entendimento da Suprema Corte do Canadá desde então, a prestigiar a aderência ao precedente, tal como se observa na decisão exarada em *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd*.⁴⁹⁴ O desvio ou apartamento da decisão pretérita permanece como exceção, aconselhável em hipóteses nas quais o contexto social não mais condiz com a *ratio decidendi* definida anteriormente.

Seja como for, observa-se que a Suprema Corte do Canadá não só influencia na conformação jurídica do direito provençal, mas, acima de tudo, privilegia a observância de suas decisões passadas, em observância à doutrina de *stare decisis*, a ressoar, inclusive, na província de Québec, onde, pela tradição de *civil law*, ainda há forte resistência para a incorporação de seus princípios.

As cortes estadunidenses caminham também nesse sentido, com maior ênfase, é claro, a merecer um estudo mais detalhado como método de comparação e de experiência, a qual pode a ordem brasileira se espelhar.

⁴⁹⁰ *Stuart v. Bank of Montreal*, [1909], 41 S.C.R. 516, p. 549. Tradução livre: “[a] menos que talvez em circunstâncias muito excepcionais, uma decisão anterior deliberada e definitiva desta corte será considerada vinculante, se for claro que não foi o resultado de algum mero deslize e inadvertência”.

⁴⁹¹ *Housen v. Nikolaisen*, [2002], 2 S.C.R. 235. Tradução livre: “mesmas regras legais”.

⁴⁹² *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd v Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210.

⁴⁹³ *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd v Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. Tradução livre: “[p]or outro lado, as cortes não intervirão quando as alterações propostas ensejarem efeitos complexos e de longo alcance, colocando a lei em um curso desconhecido, cujas ramificações não possam ser avaliadas com precisão”.

⁴⁹⁴ *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842.

6. AS CORTES INTERMEDIÁRIAS ESTADUNIDENSES E A FUNÇÃO NOMOFILÁQUICA PELA VIA PRECEDENCIAL

Under our appellate structural scheme, each three-judge panel of a district court of appeal should not consider itself an independent court unto itself, with no responsibility to the district court as a whole [...]. The suggestion that each three-judge panel may rule indiscriminately without regard to previous decisions of the same court is totally inconsistent with the philosophy of a strong district court of appeal which possesses the responsibility to set the law within its district.

JUSTICE OVERTON

6.1. As Cortes de Apelação Estadunidenses: organização e constituição

6.1.1. Sobre as Cortes Federais de Apelação

No sistema federal, 94 cortes distritais estão organizadas em 12 circuitos ou regiões. Cada circuito conta com sua própria corte de apelação, com a função precípua de rever as decisões exaradas pelos juízes distritais geograficamente situados na jurisdição. A Corte de Apelação para o Circuito Federal eleva o número de cortes intermediárias ao total de 13. Esta, em especial, embora de repercussão nacional, está condicionada à análise de casos singulares, a envolver matérias relacionadas à disputa de patentes e decisões proferidas pela *U.S. Court of International Trade* e *U.S. Court of Federal Claims*.

Porque analisam a maior parte das apelações interpostas⁴⁹⁵, a considerar que a Suprema Corte se limita, em um total de 7.000 casos anuais, a debruçar-se sobre apenas 100 a 150 irresignações⁴⁹⁶, os circuitos federais desempenham a árdua tarefa de manutenção da integridade e coerência da doutrina de *stare decisis*. Diversamente do que sucede nas cortes distritais, pelas quais a produção probatória é realizada ou o juri regularmente constituído, na órbita dos tribunais de apelação, não se opera procedimento instrutório, mas tão-somente a revisão das decisões proferidas em primeiro grau, com o

⁴⁹⁵ SAMUEL JORDAN, sobre o volume processual das cortes de apelação federais, alerta que houve um súbito e exponencial aumento: “[f]ilings increased from 47,000 in 1992 to almost 68,500 in 2005, while the number of authorized judges remained constant” (JORDAN, Samuel P. Early panel announcement, settlement and adjudication. *Brigham Young University Law Review*, Provo, v. 2007, n. 1, p. 55-107, 2007, p. 55). Tradução livre: “os processos aumentaram de 47.000 em 1992 para quase 68.500 em 2005, enquanto o número de juízes permaneceu constante”.

⁴⁹⁶ Disponível em: <<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/about-us-courts-appeals>>. Acesso em: 24 de fev. de 2021.

escopo de garantir que os atos procedimentais foram justos e a lei adequadamente aplicada.⁴⁹⁷

Em sua constituição interna, via de regra, as cortes de apelação se dividem em painéis compostos de três juízes. “Because we typically sit and hear cases in panels of three, appellate judges do not act alone in deciding cases; rather, we deliberate – often extensively – to determine the correct result in a case”.⁴⁹⁸ Diversamente das composições permanentes de turmas e câmaras brasileiras, os painéis dos circuitos federais são, de ordinário, organizados pouco antes das sustentações orais (*oral arguments*), cujo íterim fica a cargo do regimento interno de cada instituição, conforme autoriza a regra 47 das *Federal Rules of Appellate Procedure*.⁴⁹⁹ Nada impede, todavia, que haja variações procedimentais. No ano de 1986, por exemplo, o Circuito Federal para o Distrito de Columbia promoveu uma modificação em seu regimento interno, dirigida à composição dos painéis. Fixou-se, à época, o prazo de 60 dias, a fluir da interposição do recurso de apelação, para a divulgação do painel julgador. As partes, dessa feita, tinham ciência dos membros integrantes do painel muito tempo antes da sustentação oral. Tirantes as exceções, comuns na ciência jurídica, a prática adotada como regra procedimental ordinária tem por escopo coibir prolepses do resultado jurídico, pois, se divulgado o painel prematuramente, teriam as partes aptidão para decifrar o perfil do órgão julgador.⁵⁰⁰ Diz a regra que “panels must consist of three judges and that those panels shall sit at the times and places as the court directs”.⁵⁰¹

⁴⁹⁷ Disponível em: <<https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/about-us-courts-appeals>>. Acesso em: 24 de fev. de 2021.

⁴⁹⁸ *Allegheny Gen. Hosp. v. NLRB*, 608 F.2d 965, 969–70 (3d Cir. 1979). Tradução livre: “[c]omo normalmente sentamos e ouvimos casos em painéis de três, os juízes de apelação não agem sozinhos na decisão dos casos; em vez disso, deliberamos - muitas vezes extensivamente - para determinar o resultado correto de um caso”.

⁴⁹⁹ “Ordinarily, the Court discloses merits panels to counsel in the order setting the case for oral argument.” United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Handbook of Practice and Internal Procedures*, § II.B.8(a), 5 Federal Local Court Rules, 2ª ed. 1999. Tradução livre: “Normalmente, o Tribunal divulga a formação dos painéis aos advogados na ordem das sustentações orais”.

⁵⁰⁰ “Judges are not fungible; they cover the constitutional spectrum; and a particular judge's emphasis may make a world of difference when it comes to rulings on evidence, the temper of the courtroom, the tolerance for a proffered defense, and the like. Lawyers recognize this when they talk about ‘shopping’ for a judge; Senators recognize this when they are asked to give their ‘advice and consent’ to judicial appointments; laymen recognize this when they appraise the quality and image of the judiciary in their own community”. Francolino, 224 F. Supp. 2d at 630 (ao citar Laird, 409 U.S. p. 834-35). Tradução livre: “Os juízes não são fungíveis; cobrem o espectro constitucional; e a ênfase de um determinado juiz pode fazer muita diferença quando se trata de decisões sobre evidências, o temperamento do tribunal, a tolerância para uma defesa apresentada e assim por diante. Os advogados reconhecem isso quando falam sobre ‘comprar’ um juiz; os senadores reconhecem isso quando são solicitados a dar ‘conselho e consentimento’ a nomeações judiciais; leigos reconhecem isso quando avaliam a qualidade e a imagem do judiciário em sua própria comunidade”.

⁵⁰¹ 28 U.S.C. § 46 (2012) (*Assignment of judges; panels; hearings; quorum*). Tradução livre: “os painéis devem consistir de três juízes e se reúnem nos horários e locais determinados pelo tribunal”.

O modo de sua constituição, todavia, não conta com regramento específico. Há circuitos que deixam ao arbítrio do Presidente a tarefa de formação dos painéis e outros que relegam a responsabilidade a servidores da corte.⁵⁰² Sobre este ponto, o *Federal Judicial Center*, em estudo dedicado à análise dos métodos de gerenciamento de processos adotados pelas cortes, apontou que o Quarto Circuito promove a formação dos painéis aleatoriamente, selecionados e distribuídos segundo um sistema informatizado. O Décimo Primeiro Circuito, a seu turno, com vistas a garantir objetividade e transparência na constituição dos painéis correspondentes, o faz mediante sorteio.⁵⁰³ Já o Quinto Circuito, designa os juízes em conformidade com o sistema de inteligência artificial, anotando que “the program tries to ensure that no two judges sit together too frequently in a term”.⁵⁰⁴

A nota característica dos painéis, como se pode observar, radica em sua formação não permanente, a impedir o *judge-shopping* (escolha de juiz). Digno de nota é o famoso excerto extraído de *Grutter v. Bollinger*⁵⁰⁵, a reverberar que a designação “has the obvious, commonsensical and beneficial purpose of maintaining the public's confidence in the integrity of the judiciary”.⁵⁰⁶ Ao final, a Corte estatuiu que: “a system of random assignment is purely objective and is not open to the criticism that business is being assigned to particular judges in accordance with any particular agenda”.^{507 508}

Sob outro prisma, quando não instalados em painéis, os juízes ativos do Circuito podem ser convocados para participação de sessões plenárias (*en banc sessions*).

⁵⁰² LEVY, Marin K. Panel Assignment in the Federal Courts of Appeals. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 103, n. 1, p. 65-116, 2017, p. 75-76.

⁵⁰³ HOOPER, Laural; MILETICH, Dean; LEVY, Angela. *Case management procedures in the Federal Courts of Appeals*. 2ª ed. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 2011.

⁵⁰⁴ *Ibidem*. Tradução livre: “o programa busca garantir que não haja repetição contínua de juízes em um mesmo período”.

⁵⁰⁵ 16 F. Supp. 2d 797 (E.D. Mich. 1998), rev'd 288 F.3d 732 (6th Cir. 2002) (*en banc*), *aff'd* 529 U.S. 306 (2003).

⁵⁰⁶ 16 F. Supp. 2d 797 (E.D. Mich. 1998), rev'd 288 F.3d 732 (6th Cir. 2002) (*en banc*), *aff'd* 529 U.S. 306 (2003).

⁵⁰⁷ 16 F. Supp. 2d 797 (E.D. Mich. 1998), rev'd 288 F.3d 732 (6th Cir. 2002) (*en banc*), *aff'd* 529 U.S. 306 (2003).

⁵⁰⁸ O procedimento, no entanto, não está a salvo de críticas. Marin K. Levy, pesquisador sobre o método de seleção dos painéis, em nível federal, é um de seus grandes opositores. Direciona a sua crítica aos circuitos que atribuem a responsabilidade de designação ao Presidente ou a servidor. Nessas hipóteses, afirma que os painéis podem ser constituídos com a intenção de se alcançar determinado resultado jurídico. Podem, inclusive, constituir um painel mais liberal e outro mais conservador, a depender da matéria discutida e da enunciação decisória que se pretende eleger. “A panel whose members are handpicked raises significant concerns. Parties are not entitled to a panel that was chosen by chance, but they are entitled to one that was not chosen deliberately” (LEVY, *op. cit.*, 2017, p.105). Tradução livre: “[u]m painel cujos membros são escolhidos a dedo levanta preocupações significativas. As partes não têm direito a um painel que foi escolhido por acaso, mas têm direito a um que não foi escolhido deliberadamente”.

O procedimento para definir se o caso será analisado em sessão plenária conta com regulamentação segundo a conformação regimental. O Sexto Circuito, pelo título 28 U.S.C. § 46(c), vaticina que a revisão *en banc* tem lugar sempre que a maioria dos juízes, em atividade, decidem pela sua realização. Os juízes seniores, de outra ponta, somente são convocados se a decisão a ser revisada é oriunda de um painel anterior do qual era membro.⁵⁰⁹

Por ser medida excetiva, a sessão *en banc* é aconselhável sempre que haja risco de desuniformidade decisional, com o escopo de assegurar a integridade e harmonia jurisprudencial, ou nas hipóteses de enfrentamento de um ponto controvertido de excepcional envergadura.⁵¹⁰ Nesse último caso, de modo inusitado, recusou o Sexto Circuito a instalação da sessão *en banc* em *Memphis Planned Parenthood, Inc. v. Sundquist*⁵¹¹, pese embora a sensibilidade da matéria, pois a considerar a (i)legalidade da interrupção prematura e voluntária da gestação em crianças e adolescentes. O painel, naquela ocasião, declarou a constitucionalidade da legislação que exigia prévio consentimento dos responsáveis legais. Em razão da dissidência do juiz sênior Keith, houve o requerimento para revisar a decisão em sessão *en banc*, posteriormente negado, em uma votação acirrada de sete a sete.⁵¹² O usual, todavia, seria a instalação da revisão plenária justamente para se garantir a unidade e coerência decisoriais, especialmente em pululante temática, na qual ainda não se tem uniformidade de entendimento.

6.1.2. Sobre as Cortes Estaduais de Apelação

Em reverência ao princípio federalista de notória densidade na ordem constitucional estadunidense, cada ente federado conta com uma estrutura organizacional própria, regida pela Constituição e atos legislativos estaduais. Via de regra, cada estado conta com uma Suprema Corte, sendo, em níveis hierárquicos, a mais alta instância do sistema de justiça estadual. Alguns entes federados (41 do total de 50 estados) contam, ainda, com um Tribunal de Apelação.⁵¹³ Em seguida, posicionam-se as cortes distritais.

⁵⁰⁹ 28 U.S.C. § 46(c).

⁵¹⁰ *Federal Rules of Appellate Procedure*, 35(a)(I)-(2).

⁵¹¹ 184 F.3d 600, 601 (6th Cir. 1999) (*en banc*) (Keith, J., dissenting from denial of *en banc* petition).

⁵¹² 184 F.3d 600, 601 (6th Cir. 1999) (*en banc*) (Keith, J., dissenting from denial of *en banc* petition).

⁵¹³ Delaware, Maine, Montana, New Hampshire, Rhode Island, South Dakota, Vermont, West Virginia, Wyoming e District of Columbia são entes que não possuem, em sua estrutura organizacional, um tribunal de apelação.

Por essa razão, inexistente uniformidade organizacional no que diz respeito à composição interna dos Tribunais Intermediários, embora se perceba, em maior medida, um paralelismo com o sistema federal de justiça. Em Indiana, as Cortes de Apelação, desde o ano de 1972, contam com painéis constituídos por três juízes. “The three-judge panel avoids the possibility of an evenly divided court”.⁵¹⁴ Os painéis são selecionados mediante a utilização de uma fórmula matemática, com vistas a assegurar que cada membro julgador tenha a oportunidade de trabalhar com os demais componentes da Corte por pelo menos quatro meses em um espaço temporal de 30 meses. Isso indica que o painel conta com um termo de quatro meses, a partir do qual é garantida a rotação.⁵¹⁵

O excentrismo do sistema de justiça do Estado de Indiana consiste na ausência de previsão normativa interna a possibilitar a instalação das sessões *en banc*. Essa situação particular – e muito pontual – contribui para a publicação de decisões dissonantes entre painéis diversos, a ensejar a atuação da Suprema Corte Indiana.

Por sua vez, no Estado de Virginia, a Corte de Apelação, também constituída por painéis de três juízes, indicados aleatoriamente, prevê a possibilidade de instalação de sessões *en banc*, em tudo semelhante ao formato federal.⁵¹⁶

Em Califórnia, onde se situa o maior sistema de justiça estadual do país, com aproximadamente 1.800 magistrados e seis milhões de processos, a atender a uma população de 39,5 milhões de pessoas, os tribunais intermediários obtiveram sua certidão de nascimento no ano de 1904.⁵¹⁷ Atualmente, conta o ente federado com o total de 6 distritos de apelação e 106 magistrados. As sedes distritais são distribuídas da seguinte forma: Primeiro Distrito de Apelação, localizado em São Francisco; Segundo Distrito de Apelação, situado em Los Angeles; Terceiro Distrito de Apelação, na região de Sacramento; Quarto Distrito de Apelação, sediado em São Diego; Quinto Distrito de Apelação, fixado em Fresno; e, por fim, Sexto Distrito de Apelação, na região de São José. Além da competência revisional, definida em lei, inserem-se na sua competência originária processos como *habeas corpus*, mandado de segurança, *certiorari*, entre outros

⁵¹⁴ Disponível em: <<https://www.in.gov/courts/appeals/about/panel/>>. Acesso em: 16 de jul. de 2021. Tradução livre: “[o] painel de três juízes evita a possibilidade de um tribunal igualmente dividido”.

⁵¹⁵ Disponível em: <<https://www.in.gov/courts/appeals/about/panel/>>. Acesso em: 16 de jul. de 2021.

⁵¹⁶ Disponível em: <<http://www.courts.state.va.us/courts/cib.pdf>>. Acesso em: 16 de jul. de 2021.

⁵¹⁷ *California Judicial Branch*. Disponível em: <https://www.courts.ca.gov/documents/California_Judicial_Branch.pdf>. Acesso em: 16 de jul. de 2021.

remédios processuais. Curiosamente, ao longo ano fiscal de 2018 e 2019, as Cortes de Apelação do Estado da Califórnia receberam um total de 18.159 processos.⁵¹⁸

Do ponto de vista interno, os painéis são formados pela reunião de três juízes, garantida a rotatividade, e autorizada a instalação de sessões *en banc*, na forma do dispositivo 28 U.S.C. § 46 (c).⁵¹⁹

Na região do Estado da Flórida, as Cortes de Apelação estruturam-se em 5 distritos, sendo o primeiro na região de Tallahassee, com 15 juízes; o segundo, em Lakeland, com 16 juízes; o terceiro, na cidade de Miami, com o total de dez juízes; o quarto, em West Palm Beach, com 12 juízes e, por último, o quinto, em Daytona Beach, com 11 juízes.⁵²⁰ Os recursos de apelação são decididos por painéis integrados por três juízes, aleatoriamente indicados e, à semelhança do desenho judicial do Estado da Califórnia, permite-se a instalação de sessões *en banc*, a contar com regramento específico na *Rule 35* das *Florida Rules of Appellate Procedure*. A proposição normativa em questão reforça a necessidade de sua provocação “to secure or maintain uniformity of the court’s decisions”.⁵²¹

Em Maryland, os tribunais intermediários recebem o nome de *Court of Special Appeals*, criados no ano de 1966. A Corte de Apelação de Maryland, comumente denominada de Suprema Corte, posiciona-se na cúpula do sistema judicial, a avocar processos segundo sua conveniência e necessidade. As primeiras, por sua vez, têm competência para analisar recursos interpostos em face das decisões prolatadas no âmbito das Cortes Distritais, em painéis constituídos de três juízes, com a possibilidade de instalação de sessões *en banc*, a reunir os 15 membros ativos.⁵²²

Como se pode perceber dessa pequena amostra, a despeito das particularidades de cada ente federado, autoriza-se a constatação de certas similitudes em termos de organização e estruturação do sistema de justiça, a manter um paralelismo com a conformação jurídica federal. *Pari passu*, essa mesma percepção se acha na orla interna dos tribunais intermediários, a garantir a reunião de juízes de modo fracionário, em

⁵¹⁸ *California Judicial Branch*. Disponível em: <https://www.courts.ca.gov/documents/California_Judicial_Branch.pdf>. Acesso em: 16 de jul. de 2021.

⁵¹⁹ *Summerlin v. Stewart*, 309 F.3d 1193 (9th Cir. 2002).

⁵²⁰ *Florida’s Court Structure*. Disponível em: <<https://www.flcourts.org/content/download/216616/file/Court-Structure.pdf>>. Acesso em: 16 de jul. de 2021.

⁵²¹ Tradução livre: “para garantir ou manter a uniformidade das decisões do tribunal”.

⁵²² *Maryland’s Judicial System*. Disponível em: <<https://www.courts.state.md.us/sites/default/files/import/publications/pdfs/mdjudicialsystem.pdf>>. Acesso em: 16 de jul. de 2021.

painéis constituídos de três magistrados, aleatoriamente designados e, sempre que possível, a instalação de sessões plenárias, com o escopo de assegurar a uniformidade decisional própria da doutrina de *stare decisis*.

A preocupação com a preservação da estabilidade e legitimidade do sistema de justiça fica mais evidente ao se investigar a natureza jurídica das decisões emanadas pelos tribunais intermediários, quer no plano dos estados, quer no plano federal. Em ambas as abordagens, a enunciação decisória nasce com a responsabilidade de manter a integridade do ordenamento jurídico. O modo de sua operação é objeto de análise no item adiante.

6.2. Efeito horizontal da doutrina de *stare decisis* no âmbito dos Circuitos Federais de Apelação Estadunidenses

6.2.1. Gênese e evolução: *law of the circuit*

Como se observou da análise pretérita, especificamente na órbita federal de estruturação do sistema de justiça estadunidense, as Cortes de Apelação podem se reunir em sessões plenárias (*en banc*) ou mediante instalação de painéis, compostos, via de regra, por três magistrados, sendo estes os grandes responsáveis pela análise da maior parte dos recursos. Uma vez que cabe aos Circuitos Federais proeminente papel na conformação da doutrina de *stare decisis*, é natural indagar-se sobre a natureza jurídica de suas decisões, se carregadas de aptidão precedencial ou se dela desprovida. A resposta a essa intrincada questão não conta, *a priori*, com regramento específico que a melhor defina.

De todo modo, os Circuitos Federais (com exceção do Sétimo Circuito)⁵²³, zelosos e conscientes do seu prodigioso papel dentro do arquétipo de justiça estadunidense, desenvolveram a chamada doutrina interpainel, a conferir coesão e integridade às decisões judiciais emanadas pelos órgãos fracionários. Pela sua via, o órgão fracionário subsequente está vinculado à *ratio decidendi* definida pelo painel anterior, sempre que haja similitude das categorias fáticas. A significar que “no panel can overrule the precedent established by any panel in the same circuit; all panels are bound by prior

⁵²³ Na órbita do Sétimo Circuito, a regra de vinculação está assentada na prática de circulação das decisões entre os juízes ativos, notadamente daqueles precedentes que foram objeto de revogação.

panel decisions in the same circuit”.⁵²⁴ À decisão exarada pelo painel de três juízes confere-se notável deferência pelos painéis futuros, dentro do mesmo circuito.

Nota-se que a ausência de norma não se impôs como obstáculo ao desenvolvimento da doutrina, até pela naturalidade com que se seguem, em Estados Unidos, enunciações decisórias precedentes quando presentes aproximações de categorias fáticas entre o caso presente e o passado. Em mira o compromisso nomofiláquico pela via precedencial, os tribunais criaram fórmulas para implementação de suas próprias “horizontal *stare decisis* policies”.⁵²⁵ Tão exitosa a política de uniformização que se aceita, nos dias de hoje, sem rebeldia, a “law of the circuit” (lei do circuito), fenômeno relativamente moderno na história judicial, a remeter aos idos da década de 1960.⁵²⁶

Antes da virada hermenêutica, no entanto, nada havia que impusesse uma vinculação às decisões judiciais pronunciadas pelos órgãos fracionários. O painel subsequente poderia recusar aplicação da *ratio decidendi* quando chegasse ao entendimento de que a conclusão jurídica foi equivocada. Ou mesmo, os próprios Circuitos poderiam desconsiderar livremente suas decisões ao pretexto de várias exceções, a incluir casos versados sobre matéria constitucional⁵²⁷, como também de natureza penal, estes, em especial, com o vetor dirigente a não sustentar “proper occasion for the application of the doctrine of the *stare decisis*”.⁵²⁸ Dentro desse panorama histórico, o painel constituído tinha a discricionariedade (embora com limites aparentes nessa discricção) de decidir pela aplicação ou recusa da *ratio decidendi* anterior.⁵²⁹

⁵²⁴ KANNAN, Phillip M. The Precedential Force of Panel Law. *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 76, n. 4, p. 755-766, 1993, p. 755-756. Tradução livre: “nenhum painel pode anular o precedente estabelecido por qualquer painel no mesmo circuito; todos os painéis são limitados por decisões anteriores dentro do mesmo circuito”.

⁵²⁵ Tradução livre: “políticas horizontais de *stare decisis*”. “The corresponding rules regarding *stare decisis* and the law of the circuit, are rules made by the courts themselves, not by legislative fiat” (HARRISON, John. The Power of Congress over the Rules of Precedent. *Duke Law Journal*, Randolph, v. 50, p. 503-543, 2000, p. 722). Tradução livre: “As regras correspondentes ao *stare decisis* e à lei do circuito são regras feitas pelos próprios tribunais, não por decreto legislativo”.

⁵²⁶ D.C. e o Quinto Circuito foram os primeiros a adotar a *law of the circuit*, já nos idos de 1950. *Atlantis Dev. Corp. v. United States*, 379 F.2d 818, 828 (5th Cir. 1967).

⁵²⁷ *Whiteside v. S. Bus Lines*, 177 F.2d 949, 951 (6th Cir. 1949).

⁵²⁸ *Jones v. United States*, 175 F.2d 544, 551 (9th Cir. 1949); ver ainda: *United States v. Scully*, 225 F.2d 113, 118-19 (2d Cir. 1955) (Frank, J., *concurring*). Tradução livre: “ocasião adequada para a aplicação da doutrina do *stare decisis*”.

⁵²⁹ POWELL, Stephen J. Powell & CONCANNON, M. Linda. *Stare Decisis in the Court of International Trade: One Court or Many?* *U.S. Trade Law & Policy*. Vol. A-44178, 1987, p. 358. Dizem os autores que, ao longo de vários anos, “[...] any individual panel had the authority to overrule the decision of another panel”.

Essa noção vaga e ambígua da doutrina de *stare decisis* principiou por modificar-se a partir da década de 1960, consolidando-se dez anos mais tarde. Tem-se notícia de que o Quinto Circuito juntamente com o *District of Columbia* foram os primeiros a impulsionar a prática de vinculação pela via horizontal. Em *Atlantis Dev. Corp. v. United States* (1967), decidiu-se, em alusão ao critério adotado pelo Quinto Circuito, que:

this Court, unlike some of our sister Circuit Courts who occasionally follow a different course, has long tried earnestly to follow the practice in which a decision announced by one panel of the Court is followed by all others until such time as it is reversed, either outright or by intervening decisions of the Supreme Court, or by the Court itself *en banc*.⁵³⁰

Similarmente, o Circuito do Distrito de Columbia, em *Davis v. Peerless Ins. Co.*, julgado em 1958, cuidadosamente alertou sobre a necessidade imperiosa de se assegurar a integridade das decisões judiciais, de modo a impedir a livre e desmotivada recusa de aplicação do núcleo normativo pretérito, salvo se em contrariedade com o quanto definido pela Suprema Corte ou, então, mediante a provocação dos membros ativos para instalação de sessão *en banc*: “this division of the court is not free to overrule so recent a decision as that in the Barnard case, for only by action of the entire court, sitting *en banc*, will such a step be taken”.⁵³¹

A alteração do estado de coisas não aconteceu de súbito, mas estudiosos do tema atribuem a mudança de perspectiva a dois simultâneos fatores: (i) o aumento substancial de demandas e magistrados, o que poderia contribuir para tornar a corte menos coesa e pouco consistente; e (ii) a prática de *published opinions* e *unpublished opinions*.⁵³²

⁵³⁰ *Atlantis Dev. Corp. v. United States*, 379 F.2d 818, 828 (5th Cir. 1967). Tradução livre: “[e]ste Tribunal, ao contrário de alguns de nossos tribunais irmãos que ocasionalmente seguem um curso diferente, há muito tentou seriamente seguir a prática em que uma decisão anunciada por um painel do Tribunal é seguida por todos os outros até o momento em que seja revertida. imediatamente ou por decisões intervenientes da Suprema Corte, ou pelo próprio Tribunal *en banc*”.

⁵³¹ *Davis v. Peerless Ins. Co.*, 255 F.2d 534, 536 (D.C. Cir. 1958). Tradução livre: “esta divisão do tribunal não é livre para anular uma decisão tão recente como a do caso Barnard, pois apenas por ação de todo o tribunal, *en banc*, tal medida será tomada”.

⁵³² Entre os autores, ver: TUCKER, Robert. Vexatious Litigation as Unfair Competition, and the Application of the Noerr-Pennington Doctrine. *Ohio Northern University Law Review*, Ada, v. 22, p. 119-142, 1995.

6.2.1.1. *Aumento substancial de demandas e magistrados*

Em referência ao primeiro fator, dados estatísticos davam conta de que, entre o período de 1953 e 1983, houve um aumento significativo do número de recursos de apelação, a impactar diretamente o trabalho dos tribunais, os quais, sem capacidade de dar vazão ao volume processual, viam-se enlameados pela ineficiência da entrega da tutela jurisdicional, ao mesmo tempo em que sofriam com a deficiência de capital humano.⁵³³ No ano de 1953, as cortes federais receberam um total de 99.000 ações judiciais, ao passo que o número de recursos pendentes de julgamento nas cortes intermediárias somavam a 3.200. Trinta anos depois, *Justice Burger* anotou um acréscimo na ordem de 775%, com o total de 240.000 casos novos e 28.000 processos no âmbito dos tribunais.⁵³⁴

6.2.1.2. *Published e Unpublished Opinions*

O aumento da litigância em solo estadunidense também foi fator decisivo para a bifurcação topológica das decisões judiciais, com eleição daquelas que contariam com oficial publicação. Em rigor, as cortes de apelação federais sistematizam seus julgamentos em duas categorias: (a) *published opinions* e (b) *unpublished opinions*.⁵³⁵ As primeiras constam do *Federal Reporter* e, porque analíticas em seus fundamentos, ostentam força precedencial a vincular o julgador ou painel subsequente, sempre que presentes as mesmas razões de fato. O mesmo, todavia, não acontece com as *unpublished opinions*, as quais constam do *Federal Appendix*, mas desprovidas de força vinculante.⁵³⁶ Quando muito, ostentam força persuasória, cujo resultado jurídico poderá ou não servir de guia ao órgão julgador subsequente.⁵³⁷

⁵³³ TUCKER, *op. cit.*, 1995, p. 119.

⁵³⁴ *Annual Report of the State of the Judiciary*. Disponível em: <<https://www.fjc.gov/content/annual-report-1983-0>>. Acesso em: 16 de jul. de 2021.

⁵³⁵ Cada Corte de Apelação da órbita federal conta com regramento próprio a respeito do método de publicidade de seus julgamentos. Em Décimo Primeiro Circuito, por amostragem, a regra procedimental pode ser encontrada no 11th Circ. Rule. 36-2 e *Internal Operating Procedure* n. 6. O Nono Circuito conta com regra semelhante, categorizando suas decisões em *published e unpublished opinions*, à luz da *Rule 36 das Federal Rules of Appellate Procedure – Ninth Circuit Rules*.

⁵³⁶ As *unpublished opinions* também podem ser consultadas em sítios eletrônicos, como o *Westlaw* ou *Lexis*.

⁵³⁷ Em termos estatísticos, as *unpublished opinions* se apresentam em maior número. Uma pesquisa realizada no Décimo Primeiro Circuito, do qual integram os Estados de Flórida, Georgia e Alabama revela

O momento, então, favorecia à criação de uma regra de uniformidade mais rígida a dar continuidade à doutrina de *stare decisis*. Não à toa que JOSEPH MEAD define *law of the circuit* como “a subset of *stare decisis*”.⁵³⁸

Essa noção fica bastante evidente em *Department of Treasury, I.R.S. v Federal Labor Relations Authority*, decidido em 1988, pelo *District of Columbia Circuit*. JUDGE JACKSON, redigindo pela corte, enfatizou que “the doctrine of *stare decisis* demands that we abide by a recent decision of one panel of this court unless the panel has withdrawn the opinion or the court en banc has overruled it”.⁵³⁹ Terceiro, Quarto, Sexto e Oitavo Circuitos, por exemplo, positivaram o vezo em seus códigos procedimentais, no sentido de que:

reported panel opinions are binding on subsequent panels. Thus, no subsequent panel overrules a published opinion of a previous panel. Court en banc consideration is required to overrule a published opinion of the court.⁵⁴⁰

Malgrado não tenha o painel de três juízes o poder de representação do Circuito, “it does wield the circuit's statutory authority to hear and determine appeals and, therefore, it speaks on behalf of the circuit”.⁵⁴¹ Portanto, decidido um caso pelo painel, a mesma *ratio* deve ser aplicada pelos demais em situações análogas, salvo se a Suprema Corte firmar entendimento contrário ou se, em sessão plenária (*en banc*), decidirem pela

que as *published opinions* são de menor frequência, prática ressonante nas demais cortes de apelação federais. Dados estatísticos disponíveis nos seguintes endereços eletrônicos: <<http://www.call.uscourts.gov/published-opinions-log>>; <<http://www.call.uscourts.gov/unpublished-opinions-log>>. Acesso em: 20 de mar. de 2020. No âmbito do *Federal Circuit*, o Professor JASON RANTANEN constatou que, ao longo do ano de 2015 e primeiro semestre de 2016, a maior parte dos julgamentos foi operada pela via da *Rule 36*. Ver: RANTANEN, Jason. Federal Circuit Now Receiving More Appeals Arising from the PTO than the District Courts. *Patentlyo*, [S.l.]. 2 de mar. de 2016. Disponível em: <<https://patentlyo.com/patent/2016/03/receiving-appeals-district.html>>. Acesso em: 20 de mar. de 2020. Importante salientar que as *unpublished opinions* não são decisões sobre as quais se registra o segredo de justiça ou o sigilo. São públicas e podem ser consultadas pela sociedade, que detêm o controle externo da atividade judicante. Pela matéria nelas veiculadas, de menor complexidade ou, então, sobre a qual não se tem entendimento consolidado, não se prestam a vincular a Corte. Portanto, não formam precedentes.

⁵³⁷ 688 F.3d 742 (Fed. Cir. 2012).

⁵³⁸ MEAD, *op. cit.*, 2012, p. 796. Tradução livre: “um subconjunto do *stare decisis*”.

⁵³⁹ 862 F.2d 880 (D.C. Cir. 1988). Tradução livre: “a doutrina de *stare decisis* exige que obedeçamos a uma decisão recente de um painel deste tribunal, a menos que o painel tenha retirado a opinião ou o tribunal *en banc* a tenha rejeitado”. Citam-se também: *San Juan Cable LLC v. P.R. Tel. Co.*, 612 F.3d 25, 33 (1st Cir. 2010); *FDIC v. Abraham*, 137 F.3d 264, 268 (5th Cir. 1998).

⁵⁴⁰ 3d Cir. I.O.P. 9.1; 4th Cir. Loc. R. 36(b); 6th Cir. R. 206(c); 8th Cir. I.O.P. IV.B; Fed. R. App. P. 35(a)(1). Tradução livre: “as opiniões dos painéis são vinculantes para os painéis subsequentes. Portanto, nenhum painel subsequente supera uma decisão publicada de um painel anterior. A consideração do tribunal *en banc* é necessária para superar uma opinião publicada do tribunal”.

⁵⁴¹ MEAD, *op. cit.*, 2012, p. 796-797. Tradução livre: “exerce a autoridade estatutária do circuito para admitir e processar recursos e, portanto, fala em nome do circuito”.

sua superação. Pela sua célebre envergadura dentro da sistemática judicial, a *en banc session* merece maior detalhamento em título próprio.

6.3. Sessão *en banc*: desafios e proposições

6.3.1. Conceito

Usualmente, os tribunais de apelação do espectro federal decidem em painéis constituídos de três juízes, cuja decisão estampará o entendimento de todo o circuito, em função da eficácia horizontal própria da doutrina de observância compulsória dos precedentes.⁵⁴² Em raras ocasiões, contudo, é possível a reunião de todos os juízes ativos do circuito, oportunidade na qual decidirão um caso concreto. Quando isso ocorre, está-se diante de uma sessão *en banc*, cuja instauração se dá excepcionalmente, limitados aos casos que comprometam a uniformidade decisional entre painéis julgadores ou, então, naquelas hipóteses de “exceptional importance”.⁵⁴³

Sua origem remonta à decadadécada de 1930, dado o conflito jurisprudencial instaurado entre o Nono e Terceiro Circuitos.⁵⁴⁴ Naquela ocasião, a Suprema Corte resolveu a divergência em *Commissioner v. Textile Mills Sec. Corp.*⁵⁴⁵, a definir o entendimento de que “courts of appeals have inherent power to decide cases *en banc*”.⁵⁴⁶ A partir desse marco decisório, o Congresso Nacional providenciou sua ulterior codificação, geograficamente na *Section 46 (C)* do *Judicial Code*. A disposição normativa vaticina que os casos, em sede de apelação, serão julgados por painéis de três juízes, salvo se a maioria dos membros ativos do circuito decidirem pela instalação da sessão *en banc*.⁵⁴⁷

⁵⁴² 28 U.S.C. § 46.

⁵⁴³ SOLIMINE, Michael E. Ideology and En Banc Review. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 67, n. 1, p. 29-76, 1988, p. 29. Tradução livre: “importância excepcional”.

⁵⁴⁴ Compare: *Lang's Estate v. Commissioner*, 97 F.2d 867, 869 (9th Cir.) com *Commissioner v. Textile Mills Sec. Corp.*, 117 F.2d 62, 67-71 (3d Cir. 1940).

⁵⁴⁵ *Commissioner v. Textile Mills Sec. Corp.*, 314 U.S. 326 (1941).

⁵⁴⁶ *Commissioner v. Textile Mills Sec. Corp.*, 314 U.S. 326 (1941). Tradução livre: “os tribunais de apelação têm poder imanente para decidir casos *en banc*”.

⁵⁴⁷ 28 U.S.C. § 46(c) (1982): “Cases and controversies shall be heard and determined by a court or panel of not more than three judges (except that the United States Court of Appeals for the Federal Circuit may sit in panels of more than three judges if its rules so provide), unless a hearing or rehearing before the court in bane is ordered by a majority of the circuit judges of the circuit who are in regular active service. A court in bane shall consist of all circuit judges in regular active service, or such number of judges as may be

Porque estabeleceu balizas gerais com vistas a legitimar sua provocação, sem pretensão de identificar os casos que se submeteriam ao seu crivo, coube a cada corte de apelação desenhar as hipóteses de cabimento, passo este que contou com a chancela da Suprema Corte, no ano de 1953, ao pontificar que: “the court of appeals is left free to devise its own administrative machinery to provide the means whereby a majority may order [an *en banc*] hearing”.⁵⁴⁸

Cada circuito, então, dentro de sua circunferência competencial administrativa, definiu regras procedimentais a reger a instalação da sessão *en banc*. Substancialmente, a matéria foi delimitada pelas *Federal Rules of Appellate Procedure*, promulgadas em 1968, notadamente pela *Rule 35*, a qual estatuiu que as partes podem sugerir a instalação do procedimento, mas a ele não se tem direito subjetivo, salvo se necessário para assegurar a uniformidade decisional ou, então, em casos a envolver questões de “exceptional importance”.⁵⁴⁹ A partir de então, seu uso não foi subestimado

prescribed in accordance with section 6 of Public Law 95-486 (92 Stat. 1633), except that any senior circuit judge of the circuit shall be eligible to participate, at his election and upon designation and assignment pursuant to section 294(c) of this title and the rules of the circuit, as a member of an in bane court reviewing a decision of a panel of which such judge was a member.” Tradução livre: “Os casos e controvérsias devem ser admitidos e processados por um tribunal ou painel de não mais de três juízes (exceto o Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Circuito Federal, o qual pode se reunir em painéis de mais de três juízes se suas regras assim determinarem), a menos que se decida, pela maioria dos juízes ativos do circuito, a realização de uma sessão *en banc*. Um tribunal *en banc* deve reunir todos os juízes ativos do circuito, ou na forma preconizada pela seção 6 da *Public Law 95-486* (92 Stat. 1633), com exceção do juiz sênior do circuito, o qual será elegível para participar, em consonância com a seção 294 (c) deste título e as regras do circuito, como um membro de um tribunal *en banc* que analisa uma decisão de um painel do qual fez parte”.⁵⁴⁸ *Western Pac. R.R. Corp. v. Western Pac. R.R. Co.*, 345 U.S. 247, 250 (1953). Tradução livre: “o tribunal de apelações é livre para planejar sua própria máquina administrativa, com vistas a empregar os meios pelos quais a maioria poderá ordenar uma audiência [*en banc*]”.

⁵⁴⁹ Tradução livre: “importância excepcional”.

Federal Rule of Appellate Procedure 35:

“(a) When Hearing or Rehearing in Banc Will be Ordered. A majority of the circuit judges who are in regular active service may order that an appeal or other proceeding be heard or reheard by the court of appeals in bane. Such a hearing or rehearing is not favored and ordinarily will not be ordered except (1) when consideration by the full court is necessary to secure or maintain uniformity of its decisions, or (2) when the proceeding involves a question of exceptional importance.

(b) Suggestion of a Party for Hearing or Rehearing in Banc. A party may suggest the appropriateness of a hearing or rehearing in bane. No response shall be filed unless the court shall so order. The clerk shall transmit any such suggestion to the members of the panel and the judges of the court who are in regular active service but a vote need not be taken to determine whether the cause shall be heard or reheard in bane unless a judge in regular active service or a judge who was a member of the panel that rendered a decision sought to be reheard requests a vote on such a suggestion made by a party”.

Tradução livre: “(a) Quando uma audiência ou nova audiência *en banc* for solicitada. A maioria dos juízes ativos do circuito pode ordenar que uma apelação ou outro processo seja ouvido ou reexaminado pelo tribunal de apelações *en banc*. Tal audiência não será ordenada, exceto (1) quando a consideração por todo o tribunal for necessária para garantir ou manter a uniformidade de suas decisões, ou (2) quando o processo envolver uma questão de excepcional importância.

(b) Sugestão de uma Parte para Audiência ou Nova Audiência *en Banc*. Uma parte pode sugerir a designação de uma audiência ou uma nova audiência. Nenhuma resposta será apresentada a menos que o tribunal assim ordene. O escrivão deve transmitir sugestões aos membros do painel e aos juízes do tribunal,

pelos tribunais intermediários.⁵⁵⁰ Uma vez em jogo a garantia de uniformidade e integridade das decisões judiciais, baluarte da doutrina de *stare decisis*, várias cortes federais impuseram a regra de que somente reunidos em sessão *en banc* é que se abre permissivo para a superação da lei do circuito.⁵⁵¹

6.3.2. O procedimento *en banc*

A instauração da sessão *en banc* fica condicionada à prévia provocação, seja da parte interessada, em petição fundamentada, seja do próprio membro do tribunal, também mediante manifestação escrita e substancialmente motivada. Uma vez apresentada a súplica, segue-se à votação dos membros ativos do circuito, os quais poderão recusar a instalação ou, então, obtida a maioria, “the case is set for a full round of rebriefing and, sometimes, renewed oral argument”,⁵⁵² após o que são apresentados os votos respectivos.

Outros circuitos, a exemplo do Sétimo, contam com um procedimento *en banc* um tanto informal, “where a panel can circulate to all circuit judges a proposed opinion overruling precedent and obtain the majority's acquiescence through a vote”.⁵⁵³ O Nono Circuito, maior corte do país⁵⁵⁴, criou a possibilidade de instalação de “*mini-banc*

mas uma votação não precisa ser realizada com vistas a determinar se a causa deve ser ouvida ou reconsiderada *en banc*, a não ser que um juiz em exercício ou um juiz que foi membro do painel que proferiu a decisão impulse a votação por solicitação das partes”.

⁵⁵⁰ SOLIMINE, *op. cit.*, 1988, p. 36.

⁵⁵¹ A exemplo de: *Arnold v. Eastern Airlines, Inc.*, 712 F.2d 899 (4th Cir. 1983); 7TH CIR. INT. Op. P. 5(d)(1), a estabelecer “*recused judge is excluded from the count to determine whether a majority of non-recused judges have voted to rehear en banc*”.

⁵⁵² SOLIMINE, *op. cit.*, 1988, p. 38. Tradução livre: “o caso está definido para uma rodada completa de *rebriefing* e, às vezes, sustentação oral renovada”.

⁵⁵³ MEAD, *op. cit.*, 2012, p. 797. Tradução livre: “onde um painel pode circular a todos os juizes de circuito uma opinião proposta sobrepondo precedente e obter a aquiescência da maioria por meio de uma votação”.

⁵⁵⁴ *Circuits Number of Judges*:

<i>District of Columbia</i>	12
<i>First</i>	6
<i>Second</i>	13
<i>Third</i>	12
<i>Fourth</i>	11
<i>Fifth</i>	16
<i>Sixth</i>	15
<i>Seventh</i>	11
<i>Eighth</i>	10
<i>Ninth</i>	28
<i>Tenth</i>	10
<i>Eleventh</i>	12
<i>Federal</i>	12

procedures”, a reunir 11 juízes ao invés da totalidade de seus membros.⁵⁵⁵ A medida teve por escopo amenizar a tensão entre vozes dissonantes e otimizar as demandas do procedimento *en banc*.⁵⁵⁶

Em linhas gerais, a instauração da sessão *en banc* é bem simples, mas essa qualidade não a isenta de críticas acachapantes. De um lado, o atraso na entrega do provimento jurisdicional;⁵⁵⁷ de outro, o aumento exacerbado de seu manejo, a erodir a responsabilidade decisional dos painéis que compõem a corte.⁵⁵⁸ Tanto uma quanto outra, embora devam ser consideradas, perdem-se no vazio de suas proposições. As respostas a elas são oferecidas pelos próprios juízes. O Quinto Circuito, em particular, aponta que as causas dessegregatórias da década de 1960, se ouvidas em sessão *en banc*, “would give greater authority and legitimacy to their decisions”.⁵⁵⁹

No concernente ao incremento da litigância a impactar na eficiência e para o qual atua a sessão *en banc* como (mais um) fator prejudicial – segundo a opinião crítica, observa-se que o manejo do procedimento não supera a casa de 1% do volume processual julgado com solução de mérito. Esse padrão persistiu entre os anos 1960 e 1970 e, mesmo após o acréscimo constatado na década de 1980, não sofreu alteração expressiva.⁵⁶⁰ E assim se mantém até os dias atuais. A Corte de Apelação para o Quarto Circuito, por exemplo, recebe aproximadamente 5.000 novos casos anuais. Destes, apenas 0,3% se sujeitam ao procedimento *en banc*.⁵⁶¹

Com base nesses dados estatísticos, torna-se possível o arremate das seguintes conclusões. A cogitar um número quase inexpressivo de casos *en banc* é natural que se tolere um pequeno atraso na entrega do provimento jurisdicional, sem que isso reflita negativamente no sistema de justiça em sua globalidade. Do contrário, a experiência demonstra que as decisões *en banc* auxiliam no aprimoramento da qualidade da fundamentação, o que, por sua vez, contribui para a legitimidade e autoridade do Poder Judiciário.⁵⁶² É de se ter em conta que a instauração do procedimento consiste em ato

⁵⁵⁵ 9th CR. R. 25.

⁵⁵⁶ SOLIMINE, *op. cit.*, 1988, p. 37.

⁵⁵⁷ Kaufman adverte que “the interval between oral argument and *en banc* disposition is five times as great – on average – as for a panel disposition” (KAUFMAN, Irving R. Do the costs of the *en banc* proceeding outweigh its advantages? *In: Judicature*, vol. 69, 1985, p. 7).

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 7.

⁵⁵⁹ Ver: *Singleton v. Jackson Mun. Separate School Dist.*, 419 F.2d 1211 (5th Cir. 1969) (*en banc*), *rev'd*, 396 U.S. 290 (1970). Tradução livre: “daria maior autoridade e legitimidade às suas decisões”.

⁵⁶⁰ Disponível em: <<https://www.uscourts.gov/statistics-reports/analysis-reports/directors-annual-report>>. Acesso em: 20 de nov. de 2021.

⁵⁶¹ Disponível em: <<https://www.ca4.uscourts.gov/faqs/faqs---statistics>>. Acesso em: 20 de nov. de 2021.

⁵⁶² SOLIMINE, *op. cit.*, 1988, p. 42.

discricionário, sujeito a prévia e densa justificação. “The en banc procedure, a type of second tier review within the same court, is discretionary”.⁵⁶³ Nem todas as súplicas de instalação serão atendidas, mas somente aquelas versadas sobre o comprometimento da estabilidade das decisões judiciais e casos que contam com excepcional relevância a merecer um *olhar de lince*. Pois, “se tu olhares, durante muito tempo, para um abismo, o abismo também olha para dentro de ti”.⁵⁶⁴

Nessa senda, sem menosprezar a palavra crítica, a conclusão que se desenha parte da constatação de que o procedimento *en banc* apresenta mais virtudes que faltas. Contribui sobremaneira para o desenvolvimento da ciência jurídica e para a melhoria qualitativa das razões decisórias, além de assegurar uniformidade dentro da mesma corte. Ufana-se estabilidade, coerência e integridade da ordem jurídica. Comprometidos quaisquer desses axiomas, aparece a decisão *en banc* como instrumento processual de salvaguarda.

6.3.3. Hipóteses de cabimento

6.3.3.1. *Conflitos intracircuitos*

Considerada a regra segundo a qual fica o painel subsequente adstrito à *ratio decidendi* pretérita, é de se esperar que o critério de uniformidade reverberado pela *Rule 35* das *Federal Rules of Appellate Procedure* seja observado. A existência de decisões conflitantes, dentro do mesmo tribunal, coloca em risco a própria sanidade da doutrina de *stare decisis*, que tende a se acentuar à medida em que se incrementa o volume processual, a desdobrar-se no aumento de magistrados atuantes. POSNER acresce ao risco a claudicância com que se enfrenta grande porção da legislação federal, a exemplo dos casos que orbitam em torno da Décima Quarta Emenda Constitucional, berço da *due process clause*.⁵⁶⁵

O dilema, entretanto, reside em decifrar qual o tipo de conflito suficiente para atender ao critério adotado pela proposição normativa, a qual, de passagem, nada diz. Em

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 51. Tradução livre: “[o] procedimento *en banc*, um tipo de revisão de segundo nível dentro do mesmo tribunal, é discricionário”.

⁵⁶⁴ NIETZSCHE, Friedrich. *Além do Bem e do Mal*. Curitiba: Hemus, 2001.

⁵⁶⁵ POSNER, Richard. *The Federal Courts: crisis and reform*. Cambridge: Harvard University, 1985, p. 19.

referência aos conflitos intercircuitos, ESTREICHER E SEXTON esclarecem que não é toda e qualquer divergência jurisprudencial a demandar a intervenção da Suprema Corte estadunidense, mas tão-somente aquela dissonância direta e intolerável, “that lead to shopping among circuits for a forum, or inhibit planning in the absence of a nationally binding rule”.⁵⁶⁶

A mesma lógica presta-se a resolver o dilema dos conflitos intracircuitos. Se se parte da premissa de que os painéis estão vinculados a decisões passadas, poucos são, portanto, os conflitos existentes. Quando surgem, presumem-se facilmente detectáveis. E o são somente se desviarem da *ratio decidendi* do caso julgado – e não de divergência entre *dicta* – a ponto de tornar o conflito intolerável. Em assim sendo, é o procedimento *en banc* adequado instrumento para resolver a distorção e garantir a uniformidade.

6.3.3.2. *Questões de Excepcional Relevância (Questions of Exceptional Importance)*

A segunda hipótese de admissão do procedimento *en banc* jaz em decisões fracionárias que versam sobre matéria de especial envergadura. Essas questões estão umbilicalmente ligadas à criação do Direito, com a definição de normas que serão aplicadas a uma miríade de casos, os quais são de maior recorrência nas cortes de origem e de apelação.⁵⁶⁷ Se, portanto, uma decisão cria o Direito, a maioria do circuito pode determinar a instalação da sessão *en banc*, de modo a, novamente, examinar a questão. “Cases of importance would be those that recur frequently in a circuit or are of particular significance to litigants or the bar generally in the circuit”.⁵⁶⁸

Decerto, alguns casos serão substancialmente qualificados para um circuito e para outro nem tanto. A propósito, curiosa a regra definida pelo Segundo Circuito, segundo a qual quanto mais relevante a matéria, menor a necessidade de instalação da sessão *en banc*. A razão para isso não é tão óbvia. Supõe-se que os casos de singular

⁵⁶⁶ ESTREICHER, Samuel; SEXTON, John. *Redefining the Supreme Court's Role – A Theory of Managing the Federal Judicial Process*. New Haven: Yale University, 1986, p. 57. Tradução livre: “que conduzam à violação do princípio do juiz natural, ou inibam o gerenciamento na ausência de norma vinculante nacional”.

⁵⁶⁷ SOLIMINE, *op. cit.*, 1988, p. 56.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 58. Tradução livre: “[c]asos importantes seriam aqueles que se repetem com frequência em um circuito ou são de particular importância para litigantes ou para os advogados no circuito”.

importância serão solucionados pela Suprema Corte.⁵⁶⁹ Raciocínio um tanto quanto inocente, considerada a dificuldade de a Suprema Corte revisar grande parte dos apelos a ela dirigidos, a deixar à margem de análise vários casos de excepcional relevância. Dessa feita, não é mais sustentável – se é que em alguma época o foi – a transferência de responsabilidade para a Suprema Corte.

Questões concernentes ao aborto ou à pena de morte, por exemplo, merecem tratamento *en banc* pela notória relevância e acentuado impacto social. A mesma lógica não se aplica, contudo, em casos de valores expressivos, sem maiores repercussões jurídicas e sociais. A expressão monetária do litígio, isoladamente considerada, não atende ao critério de excepcional importância adotada pela *Rule 35* das *Federal Rules of Appellate Procedure*.

6.3.4. Conflitos intercircuitos

Conflitos intercircuitos tendem a ser resolvidos pela Suprema Corte. Por seu turno, também interessa à decisão de instalação de procedimento *en banc*, justamente para identificar o *locus* do conflito com a finalidade de solucioná-lo. “Authority exists for the proposition that circuits should en banc such panel decisions”.⁵⁷⁰ Aliás, o Nono Circuito conta com previsão normativa expressa a permitir a sessão *en banc* sempre que a decisão fracionária ocasionar um conflito inter-circuito.⁵⁷¹

Sob esse prisma, o procedimento *en banc* atuaria como remédio processual destinado a auxiliar o trabalho da Suprema Corte na solução de conflitos entre os circuitos federais. A norma inserta na *Rule 35* não impede a exegese. Embora não mencione expressamente a possibilidade de instalação do procedimento nas hipóteses de conflitos entre circuitos, nada impede sua catalogação na parte final do dispositivo como casos de excepcional importância. Mesmo porque a existência de divergências dessa estirpe encerra um problema para a Suprema Corte, pois compreende aproximadamente um terço

⁵⁶⁹ *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 479 F.2d 1005, 1021 (2d Cir. 1973).

⁵⁷⁰ *Hall v. City of Santa Barbara*, 813 F.2d 198, 209-11 (9th Cir. 1987); *Pangilinan v. INS*, 809 F.2d 1449, 1450-55 (9th Cir. 1987); *Christian Science Reading Room v. City & County of San Francisco*, 807 F.2d 1466, 1467-78 (9th Cir. 1986); *EEOC v. Franklin & Marshall College*, 775 F.2d 110, 122 (3d Cir. 1985); *Uviedo v. Steves Sash & Door Co.*, 760 F.2d 87, 88-89 (5th Cir. 1985). Tradução livre: “[e]xiste autoridade com o propósito de que os circuitos analisem, em sessão *en banc*, as decisões proferidas pelos painéis”.

⁵⁷¹ 9TH CIR. R. 12(b).

dos apelos a ela endereçados.⁵⁷² POSNER, todavia, manifesta discordância. Segundo o jurista: “one circuit's panel decision should not trigger ripples of en banc decisions in other circuits if the other circuits wish to disagree”.⁵⁷³ A ponderação faz sentido. O conflito entre circuitos não é de todo ruim. Pelo contrário, presta-se ao desenvolvimento da ciência jurídica e, por corolário, ao seu aprimoramento. Contudo, ao atingir dimensões negativas, a colocar em risco a integridade da ordem jurídica, o procedimento *en banc* aparece como instrumento corretor da anomalia. Nesse ponto, SOLIMINE apresenta uma solução paliativa: a instalação da sessão *en banc* condiciona-se à existência de, ao menos, três decisões proferidas por diferentes circuitos em um mesmo sentido.⁵⁷⁴ “This should be added as a final factor in deciding whether to *en banc* a panel decision”.⁵⁷⁵

6.4. Efeito horizontal da doutrina de *stare decisis* no âmbito das Cortes de Apelação Estaduais estadunidenses

As Cortes de Apelação estaduais são dirigidas, em geral, por regras bastante singelas. A primeira delas consiste na vinculação às decisões emanadas pela Suprema Corte estadunidense e Suprema Corte estadual. A segunda diz respeito a seu papel de construção e conformação do direito estadual, à semelhança do que ocorre na órbita federal. Todavia, em vista da estrutura federalista adotada, com amplos poderes outorgados aos Estados na definição de seu sistema judiciário, há significativas diferenças organizacionais, o que impossibilita uma sistematização única.

Em Flórida, a dar sequência ao flerte anteriormente deflagrado, desde a criação das Cortes de Apelação, no ano de 1956, a estrutura judiciária é análoga ao sistema federal. Funcionam como cortes intermediárias, a decidir a maior parte dos recursos interpostos, com pouca possibilidade de revisão de suas decisões pela Suprema Corte correspondente.⁵⁷⁶ De acordo com a sua Constituição, cada tribunal é composto de, no mínimo, três juízes, com a ressalva de que é dado ao Poder Legislativo a faculdade de

⁵⁷² Malgrado a inferência se dirija à Corte de Burger, os dados permanecem atuais. HELLMAN, Arthur. Case Selection in the Burger Court: a preliminary inquiry. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, v. 60, n. 5, 947-1055, 1985, p. 1015.

⁵⁷³ POSNER, *op. cit.*, 1985, p. 256-257. Tradução livre: “a decisão do painel de um circuito não deve desencadear uma série de decisões *en banc* em outros circuitos em caso de discordância”.

⁵⁷⁴ SOLIMINE, *op. cit.*, 1988, p. 60.

⁵⁷⁵ ESTREICHER; SEXTON, *op. cit.*, 1986, p. 114. Tradução livre: “[i]sso deve ser adicionado como um fator conclusivo para analisar, *en banc* uma decisão pronunciada pelo painel”.

⁵⁷⁶ São, ao todo, cinco Cortes de Apelação, cada qual sediada em um distrito.

umentar o número de assentos.⁵⁷⁷ Assim foi operado no Primeiro e Segundo Distritos, os quais, atualmente, contam com doze juízes; o Terceiro Distrito alcançou o número de dez juízes; já o Quarto Distrito tem o número de doze e, em menor quantidade, o Quinto Distrito, com o total de sete juízes.

Em termos precedenciais, a mesma lógica sedimentada pelos Circuitos Federais é replicada, via de regra, na esfera estadual em Flórida. A Suprema Corte, aliás, já enfatizou que as decisões emanadas pelas Cortes de Apelação representam a lei do Estado, a não ser que tenham sido superadas por aquela casa.⁵⁷⁸ Nessa senda, vinculam os juízes de origem, em sua perspectiva vertical. De igual modo, estão a vincular as próprias Cortes de Apelação, na dimensão horizontal do sistema de *stare decisis*. Tal qual a “lei do circuito”, convencionou-se a criação da chamada “lei do distrito”, a orientar o trabalho do julgador subsequente. Quer dizer que a decisão emanada pelo painel distrital tem o condão de vincular o seguinte, sempre que as circunstâncias fáticas se apresentarem similares ou análogas. Essa prática, a propósito, é relativamente recente.

Originariamente, em 1968, a Suprema Corte do Estado da Flórida principiou por afirmar que decisões conflitantes de um mesmo distrito deveriam ser lidas no sentido de que o julgado seguinte e, portanto, mais recente, superava o precedente.⁵⁷⁹ O entendimento foi modificado no ano de 1972, quando, pela Primeira Emenda Constitucional, determinou-se que os conflitos intradistritais seriam resolvidos pela respectiva instância superior.⁵⁸⁰ Em paralelo, discussões tomaram o átrio da Suprema Corte, todas dirigidas para que se autorizasse a instalação de procedimentos regimentais, tal como o procedimento *en banc*, com o propósito de solução de possíveis e eventuais conflitos.⁵⁸¹ Àquela altura, o fenômeno já era inevitável e acontecia tacitamente nos corredores das Cortes de Apelação. A positivação, então, veio a referendar aquilo que já acontecia na prática. No ano de 1980, pelas *Florida Rules of Appellate Procedure*, estava consagrado o procedimento *en banc* para solução de conflitos intradistritais, mediante a Regra 9.331. Ao mesmo tempo, restringiu-se a atuação da Suprema Corte, dali em diante com competência residual para avaliar somente os conflitos instaurados interdistritalmente. “The rule was promulgated to reduce the supreme court's workload

⁵⁷⁷ Constituição do Estado da Flórida, art. V, § 4(a).

⁵⁷⁸ 385 So. 2d 156 (Fla. 2d DCA 1980), superado por *Weiman v. McHaffie*, 470 So. 2d 682 (Fla. 1985).

⁵⁷⁹ *Little v. State*, 206 So. 2d 9 (Fla. 1968)

⁵⁸⁰ Constituição do Estado da Flórida, art. V § 3(b)(3).

⁵⁸¹ Para maior aprofundamento, ver: *Report of the Supreme Court Commission on the Florida Appellate Structure*, 53 FLA. B.J. 274, 279 (1979).

and restore the appellate courts to what they were originally intended to be: courts of last resort, with a few narrow exceptions”.⁵⁸² Sempre que estiver em causa conflitos entre painéis do mesmo distrito, o procedimento *en banc* é instalado, em tudo semelhante à *praxis* federal. Em sessão plenária, os juízes distritais ativos se reúnem para decidir um caso concreto, o qual poderá conduzir à aplicação da lei do distrito ou, então, a depender das circunstâncias, superá-la.⁵⁸³

De tudo, uma coisa é certa: as decisões pronunciadas pelos órgãos fracionários das Cortes de Apelação, estaduais e federais, ostentam força precedencial com aptidão de vincular os painéis seguintes, como corolário da integridade e coesão do sistema de *stare decisis*. A experiência demonstrou que o procedimento *en banc* não só é necessário como sobretudo útil para a garantia da estabilidade jurídica, especialmente em tribunais com número superior a três juízes. A divergência, nesses casos, é algo natural, mas que pode ser facilmente resolvida mediante a concertação de propósitos dirigidos à manutenção da legitimidade da instituição “by making it possible for a majority of its judges always to control and thereby to secure uniformity and continuity in its decisions, while enabling the court at the same time to follow the efficient time-saving procedure”.⁵⁸⁴

⁵⁸² MATTIS, Taylor. *Stare decisis* among and within Florida’s District Courts of Appeal. *Florida State University Law Review*, Tallahassee, v. 18, n. 1, p. 143-175, 1990, p. 164. Tradução livre: “[a] regra foi promulgada para reduzir a carga de trabalho da suprema corte e restaurar o papel dos tribunais de apelação, ao que deveriam ser: tribunais de último recurso, com poucas exceções”. Prossegue o autor afirmando que: “the new appellate structural scheme, including the *en banc* process, was intended to solve that problem and to provide litigants with a clear statement of the law within any given district”. Tradução livre: “o novo esquema estrutural de apelação, incluindo o processo *en banc*, pretendia resolver esse problema e fornecer aos litigantes uma declaração clara da lei em qualquer distrito”.

⁵⁸³ Esse movimento de uniformidade e vinculação também é reverberado em 23 Estados, sendo eles: Alabama, Arkansas, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Iowa, Kansas, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Missouri, Nevada, Ohio, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, Tennessee, Texas, Virginia e Washington, além do Distrito de Columbia. Os Estados que ainda não adotam o procedimento *en banc* são: Alaska, Arizona, Califórnia, Colorado, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Kentucky, Maine, Minnesota, Montana, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, New York, North Carolina, North Dakota, Oklahoma, Rhode Island, South Dakota, Utah, Vermont, West Virginia, Wisconsin and Wyoming. As razões para a sua não incorporação podem ser assim sintetizadas: (i) dos 27 Estados citados, nove não contam com Cortes de Apelação intermediárias e, por conseguinte, despendendo a adoção do procedimento *en banc*; (ii) seis Estados contam com Cortes de Apelação com menor volume processual e estrutura, a prescindir de um instrumento de uniformização de jurisprudência, o que já é operado sem maiores dificuldades; (iii) Os 12 restantes, a despeito de contarem com Cortes de Apelação com maior estrutura e volume processual, reconhecem o efeito horizontal da doutrina de *stare decisis* em seus julgados. Para maior aprofundamento, ver: THE COMMITTEE ON STATE COURTS OF SUPERIOR JURISDICTION. *En banc* Review in New York State Courts. *The Record*, Nova York, v. 63, n. 3, p. 691-699, 2008.

⁵⁸⁴ THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW. The *En Banc* Procedures of the United States Courts of Appeals. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 21, n. 3, p. 447-454, 1954. Tradução livre: “tornando possível que a maioria de seus juízes sempre controle e, assim, garantindo uniformidade e continuidade em suas decisões, permitindo ao mesmo tempo que o tribunal siga o procedimento eficiente que economiza tempo”.

Em Brasil, contudo, ainda não se atingiu esse estágio de amadurecimento jurídico. O art. 927 do CPC/2015, sobre o ponto específico, é silente. Nada que impeça o diálogo com outros sistemas jurídicos, notadamente para atender ao espírito inaugurado pela ordem processual vigente: de criação de uma cultura fundada no sistema de precedentes vinculantes.

6.5. Conclusões preliminares

Em um esboço sintético das principais vicissitudes do sistema adotado pelas cortes federais, nota-se que: (i) as *published opinions*, a despeito de retratar o pensamento de um painel composto de três juízes, vinculam os demais em decisões futuras e análogas; (ii) paralelamente, vinculam os juízes federais distritais, os quais deverão aplicar a mesma *ratio* sempre que o mosaico fático se apresentar similar; e (iii) os precedentes firmados só poderão ser superados por ocasião da instauração do procedimento *en banc*, ou se contrários ao entendimento cimentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos.⁵⁸⁵

⁵⁸⁵ No Canadá, a mesma visão foi contemplada. De acordo com Ross Flowers, “in several judicial decisions, the view has been expressed that judges of the same court are bound by what has been previously decided in that court by another judge”. Tradução livre: “em várias decisões judiciais, foi expressa a opinião de que os juízes do mesmo tribunal estão vinculados ao que foi previamente decidido por outro juiz”. A decisão proferida em *Regent Holdings Ltd. v. McKay* (1972), 25 D.L.R. (3d) 615 (B.C.S.C.), por exemplo, esclareceu que: “where two judges of the same court in two different cases have been called upon to interpret the same document and both have interpreted it differently, the judge in the latter case is bound to follow the decision of the previous case unless he can, in effect, show that it was wrong”. Tradução livre: “quando dois juízes do mesmo tribunal em dois casos diferentes foram chamados a interpretar o mesmo documento e ambos o interpretaram de forma diferente, o juiz no último caso é obrigado a seguir a decisão do caso anterior, a menos que possa, de fato, demonstrar que estava equivocado”. Para maior aprofundamento, ver: FLOWERS, Ross. *Stare Decisis in Courts of Co-Ordinate Jurisdiction. Advocates' Quarterly*, Toronto, v. 5, n. 4, p. 464-490, 1985.

7. OS TRIBUNAIS BRASILEIROS E O DEVER NOMOFILÁQUICO PELA VIA PRECEDENCIAL: UMA SUGESTÃO PROPOSITIVA

A minha ardente vontade de criar impele-me sempre de novo para os homens, assim como é impelido o martelo para a pedra.

FRIEDRICH NIETZSCHE

7.1. O art. 927 do CPC/2015: rol exemplificativo ou taxativo?

Diferentemente do legado histórico que impulsionou a conformação da doutrina de *stare decisis* em países de tradição de *common law*, onde inexistia texto escrito a exigir o dever de observância compulsória das decisões judiciais, no Brasil, a lei prescreve o que é precedente. O art. 927 do CPC/2015 desponta como o referencial normativo sobre o tema, a catalogar, em seus incisos, as decisões com aptidão de universalização e de cumprimento obrigatório. São elas: (i) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e, por fim, (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Pela sua narrativa analítica, discussão que se coloca interessante diz respeito à natureza do rol enumerado pelo art. 927. Pela mais básica e elementar regra da hermenêutica, poder-se-ia dizer que se trata de rol taxativo, na medida em que a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*).⁵⁸⁶ Além disso, porque norma de índole restritiva, a vincular demais cortes judiciais e juízes, não admitiria interpretação extensiva. Nesse sentido, evita-se a dilatação do sentido da norma, “não obstante a amplitude de sua expressão literal”.⁵⁸⁷

O argumento, ainda que lógico, parece desprezar a visão sistêmica com que se deve tratar o sistema de precedentes. Talvez pelo fetiche à norma escrita e à pureza de

⁵⁸⁶ MAXIMILIANO, *op. cit.*, 1965, p. 262.

⁵⁸⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 269.

seus sentidos. “— Se o legislador infraconstitucional pretendesse deixá-lo como tipo normativo aberto, assim o teria feito.” É, pois, o que sustenta “a erva do conhecimento” jurídico.⁵⁸⁸

Todavia, ao interpretar, o aplicador do direito, em contato com o texto normativo, atribui valores aos símbolos nele contidos, adjudica-lhes significados e, durante este processo, alcança um conteúdo próprio a influenciar a conformação do direito positivo. Não se atém às palavras apenas, mas exige um navegar de dentro para fora do texto e de fora para dentro. Daí porque ser preferencialmente sistêmica, na medida em que proporciona a compreensão do direito em sua inteireza, enquanto conjunto de disposições normativas que se conversam entre si, integradas e conectadas.⁵⁸⁹

Sob esse prisma, ao introduzir, na ordem processual brasileira, um sistema voltado à observância compulsória das decisões judiciais, o legislador infraconstitucional o fez imbuído dos axiomas que o ornamentam, a privilegiar o tratamento isonômico, a proteção à confiança e a segurança jurídica. Vetores axiológicos que transbordam da exegese do art. 927, o qual, lido isoladamente, em nada contribui para o aprimoramento da ciência jurídica. Do contrário, agudiza a miopia e a atrofia desde logo.

Para que possa, por sua vez, penetrar espaços abertos, o diálogo com a ordem jurídica — interna e externa —, em sua totalidade, é essencial. Nesse encaixo, a leitura do dispositivo deve ser empregada ombreada ao art. 926, em que se estabelece o dever geral de uniformidade do direito nacional, constitucional e infraconstitucional. Há uma exortação aberta para que os tribunais brasileiros mantenham íntegra, coesa e uniforme sua jurisprudência. Não se trata de mera faculdade, a deleite do órgão julgador. Eis que encerra um poder-dever de uniformização de jurisprudência, como desdobramento de sua missão nomofilática pela via precedencial.

Os graus de sua força, claro, variam a depender do órgão prolator e da natureza da decisão. Em controle abstrato de constitucionalidade, a enunciação decisória proferida em confronto com a *ratio decidendi*, possibilita o manejo da reclamação constitucional ou, inclusive, a desconstituição da coisa julgada. As hipóteses catalogadas no art. 927 do CPC/2015 fixam a dimensão dessa força precedencial, a indicar as consequências jurídicas de sua rebeldia. Outras não expressamente alinhadas na disposição normativa desafiam recurso para as instâncias superiores sem a possibilidade

⁵⁸⁸ NIETZSCHE, *op. cit.*, 2011, p. 34.

⁵⁸⁹ MAXIMILIANO, *op. cit.*, 1965, p. 262.

de manejo de atalhos processuais. Essa diferenciação de grau, entretanto, não compromete a sua natureza precedencial.

Há quem restrinja esse papel às Cortes Supremas. MARINONI, sobre o ponto, afirma que somente o STF e o Superior Tribunal de Justiça – acrescente-se, aqui, o TST – têm a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional. Portanto, formam precedentes, ao passo que os Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e os Tribunais de Justiça formam jurisprudência.⁵⁹⁰ O limite de representação científica do fenômeno, levado ao extremo, é tanto mais transparente quanto mais vasta for a opacidade ativamente produzida. Este dilema foi, de resto, eloquentemente antecipado por Shakespeare: “Hamlet: Do you see nothing there? Queen: Nothing at all, yet all that is I see”.⁵⁹¹

De fato e incontestavelmente, às Cortes Superiores foi atribuída a tarefa de uniformização do direito, com a ressalva de que nelas não se exaure. O legislador não fez nenhuma restrição. *Mutatis mutandis*, enfatizou o dever dos tribunais de promover a estabilidade do direito, fixado no propósito de consolidação de uma cultura fincada no sistema de precedentes. À parte dos enunciados de súmula – que, por razões óbvias, não são precedentes –, decisões que foram mencionadas nos seus incisos I e III estão situadas entre os precedentes das Cortes Supremas. Precedente é gênero, que encarta as decisões enunciadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e os acórdãos estabelecidos em julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos.

As decisões oriundas do incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, a que faz referência o inciso III, são de cumprimento obrigatório em vista de sua natureza de coisa julgada *erga omnes*. MARINONI complementa que: “a norma do art. 927 consiste apenas na lembrança de alguns precedentes, além das súmulas e controversas decisões tomadas em incidentes de natureza *erga omnes*, que deverão ser observados pelos juízes e tribunais”.⁵⁹² Mesmo porque não se é possível exaurir em cláusulas enumerativas todo um sistema de precedentes, ao risco de reduzi-lo demasiadamente.

⁵⁹⁰ MARINONI, *op. cit.*, 2016, p. 288. Ver ainda: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela de direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. II, p. 613.

⁵⁹¹ Tradução livre: “Hamlet: Você não vê nada lá? Queen: Absolutamente nada, mas ainda assim é tudo o que vejo”. No espaço da cultura da língua portuguesa vem obrigatoriamente à memória o título do poema de Manoel de Barros, em a *Gramática Expositiva do Chão*: “retrato quase apagado em que se pode ver perfeitamente nada”.

⁵⁹² MARINONI, *op. cit.*, 2016, p. 288.

Dessa feita, ao rol enumerado pelo art. 927 do CPC/2015, pode-se acrescentar outras tipologias decisórias que carregam aptidão precedencial. Uma decisão proferida em sede de cognição sumária (tutelas provisórias, por exemplo) pode ter densidade precedencial suficiente a atrair, para o esforço fático, o mesmo resultado jurídico eleito pelo caso antecedente, se similar. A sentença pode ter força de precedente, sempre que as mesmas categorias fáticas se façam presentes. À decisão monocrática exarada pelo relator, nada obsta a que seu núcleo normativo seja aplicado a casos análogos. Essa pequena amostra fixa a dimensão macrocósmica do sistema de precedentes, não reduzido a uma taxatividade do preceito legislativo, o qual serve de via, entre outras tantas possíveis.

À guisa de conclusão e, em resposta ao questionamento inicial, pode-se afirmar que o art. 927 do CPC/2015 não encerra *numerus clausus*. Superado esse inicial imbróglio, torna-se possível ampliar a cartografia jurídica em ordem a incluir, entre as decisões com aptidão precedencial, os acórdãos turmários, à semelhança da práxis estadunidenses.

7.2. Os acórdãos turmários e sua aptidão precedencial

7.2.1. Os Tribunais Regionais do Trabalho Brasileiros: estrutura e composição

Em termos organizacionais, os tribunais intermediários brasileiros dividem-se em câmaras, turmas e seções, segundo as balizas fixadas constitucionalmente. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem a estrutura da Justiça do Trabalho, à luz do art. 11 da CR/1988. Embora a previsão constitucional, a composição interna dos tribunais não é uniforme, porque desigual o número de seus membros. Com o mínimo de sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República, entre pessoas com mais de 30 e menos de 65 anos de idade, dividem-se, via de regra, em turmas, compostas de, no mínimo, três magistrados, fixamente designados.⁵⁹³ Atualmente, em Brasil, são, ao todo, 24 Tribunais Regionais do

⁵⁹³ Os painéis estadunidenses são constituídos aleatoriamente com vistas a obstar o *judge shopping*. Para maior aprofundamento, dirige-se o leitor para o Capítulo 5.

Trabalho⁵⁹⁴, distribuídos em cada ente federado, com exceção do Estado de São Paulo, onde são encontrados o TRT da Segunda Região, a abranger a grande São Paulo e a baixada santista e o TRT da Décima Quinta Região, a contemplar a cidade de Campinas e adjacências.

Similar aos painéis estadunidenses, as turmas julgadoras têm, entre outras atribuições, competência revisional, a decidir grande parte dos conflitos entre capital e trabalho. A presidência da turma é exercida por períodos determinados, segundo a conformação regimental, em obediência ao art. 21 da Lei Complementar nº 35/1979.⁵⁹⁵ Quando reunidos com a totalidade de seus membros, diz-se tribunal pleno. Neste ponto, a CR/1988, em seu art. 93, inciso IX, dispôs expressamente que:

XI – nos tribunais, com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno.

Além da criação do órgão especial, a Lei nº 7.701/1988 instituiu os denominados grupos de turmas, também com funções do tribunal pleno, com competência originária para o processamento e julgamento de dissídios coletivos, ações rescisórias, mandados de segurança e outros remédios processuais. A depender da conformação dos regimentos internos, os tribunais podem criar Seções Especializadas, a exemplo do TRT da Terceira Região, o qual, além das 8 turmas, conta com 1ª Seção Especializada de Dissídios Individuais – 1ª SDI, para julgamento de mandados de segurança; 2ª Seção Especializada de Dissídios Individuais – 2ª SDI, com competência para processamento e julgamento de ações rescisórias e a Seção Especializada de Dissídios Coletivos – SDC.⁵⁹⁶ Já o TRT da Décima Quarta Região, pela sua pequena estrutura, conta com tão-somente duas turmas, cada qual com três magistrados.⁵⁹⁷

⁵⁹⁴ Diz o art. 112 da CR/1988: “haverá pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada Estado e no Distrito Federal”, a significar que está autorizada a instalação de até 27 tribunais.

⁵⁹⁵ Em Estados Unidos, a presidência da Suprema Corte é vitalícia. Nos Estados, há uma variação. A presidência da Suprema Corte da Florida, por exemplo, tem termo final, mas possibilitada a recondução pela eleição dos membros do tribunal. Justice Charles foi indicado no ano de 2008, servindo como presidente do período de 2010 a 2012. Foi eleito pelos seus pares para um segundo mandato, em 2018 e, novamente, em 2020. Para maior aprofundamento, sugere-se a visita ao sítio eletrônico: <<https://www.floridasupremecourt.org/Justices/Chief-Justice-Charles-T.-Canady>>. Acesso em: 19 de nov. de 2021.

⁵⁹⁶ Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/institucional/2-grau/composicao>>. Acesso em: 17 de jul. de 2021.

⁵⁹⁷ Disponível em: <<https://portal.trt14.jus.br/portal/composicao>>. Acesso em: 17 de jul. de 2021.

7.2.2. Os acórdãos turmários e sua força vinculante: “a lei do tribunal”

Toda decisão judicial pode qualificar-se como precedente. Não se nasce como tal; porém, torna-se. Isso significa que uma decisão monocrática ou, mesmo, colegiada tem aptidão precedencial. Os acórdãos turmários enquadram-se, por óbvio, nesse caldo, e assomam-se ao art. 927, pois que não encerra *numerus clausus*. Dentro desse contexto, talvez se possa associar a ordem jurídica à descrição de WHITMAN sobre o universo: “we are all onward, onward, slowly, bettering. Life, Life is an endless march, an endless army (no halt but it is duly over). The world, the race, the soul – in space and time the universe, all bound as is befitting each – all surely going somewhere”.⁵⁹⁸ Tudo, decerto, está vinculado: espírito e corpo; decisão e vinculação.

A partir dessa afirmação, percebe-se que a decisão pronunciada pelo órgão fracionário interessa não somente às partes, mas ao tribunal como um todo. Isso porque tem o condão de vincular as demais turmas julgadoras, sempre que presentes similitudes de categorias fáticas. Dito de outro modo, o acórdão exarado pela turma pretérita carrega consigo a vinculação do núcleo normativo, com aptidão de universalização, a fazê-lo incidir sobre o caso presente, desde que análogos. EDILTON MEIRELES bem observa que:

a partir do disposto no *caput* do art. 926 do CPC se pode afirmar que, uma vez lançada a primeira decisão judicial com adoção de determinada tese jurídica, o Tribunal manterá íntegra, estável e coerente sua jurisprudência se as demandas julgadas posteriormente envolvendo o mesmo tema alcançarem idêntica solução.⁵⁹⁹

Significa que a turma julgadora, ao decidir um caso concreto, fixa as balizas normativas a serem seguidas pelas turmas seguintes, em virtude da horizontalidade própria da doutrina de *stare decisis*. Nesse ponto, todavia, há forte resistência.

A ordem processual brasileira, pelo art. 3º, inciso III, item b, da Lei nº 7.701/1988, admite o dissenso. Aliás, ele é vital para a evolução da ciência jurídica. Não

⁵⁹⁸ WHITMAN, Walt. Going Somewhere. *The Walt Whitman Archive* [S.l., s.d.]. Disponível em: <<https://whitmanarchive.org/published/LG/1891/poems/342>>. Acesso em: 17 de jul. de 2021. Tradução livre: “estamos todos para a frente, para a frente, lentamente, melhorando. A vida, a vida é uma marcha sem fim, um exército sem fim (não há ‘alto’, mas está devidamente encerrado). O mundo, a raça, a alma - no espaço e no tempo, o universo, tudo ligado como convém a cada um - todos certamente indo a algum lugar”.

⁵⁹⁹ MEIRELES, Edilton. Os acórdãos de turmas possuem alguma eficácia precedencial? In: PRITSCH, Cesar, *et al.*, *op. cit.*, 2020, p. 415.

fosse a divergência, mas a total e desmedida reverência à decisão pretérita, o direito fossilizaria. A história já experimentou similar processo em *London Tramway Co. v London County Council* e o resultado foi desastroso.⁶⁰⁰

JEREMY BENTHAM, a propósito dessa rigidez, foi um dos maiores críticos da *common law*. Enquanto WILLIAM BLACKSTONE a defendia, ao afirmar que “the common law was the perfection of reason”⁶⁰¹, JEREMY BENTHAM a atacava, a dizer que: “no sound principles can be expected from that writer [Blackstone] whose first object is to defend a system”.⁶⁰²

As paixões de ambos, contudo, contribuem para a erosão do sistema. Nem tanto ao céu, nem tanto ao mar, alerta o colóquio popular com toda a sua sapiência. Há de se perquirir, sempre, o equilíbrio: antídoto dos excessos. Essa linha mediana perpassa pela anotação percuciente de que a doutrina de *stare decisis* convive com o conflito jurisprudencial. Inclusive, é algo intrínseco à existência humana. A aderência irrestrita a decisões pretéritas pode se mostrar — como já aconteceu — autofágica. Sob esse primeiro ângulo, então, é de se reter o seguinte: *stare decisis* e divergência jurisprudencial não são expressões antônimas.

Qual a medida dessa divergência jurisprudencial, por seu turno, é dimensão do fenômeno que precisa ser melhor investigada. Se a ponto de gerar insegurança jurídica, mister a atuação jurisdicional com o propósito de suplantá-la. Nessa perspectiva, há possibilidade de plena convivência do art. 3º, inciso III, item b, da Lei nº 7.701/1988 com a ordem processual inaugurada pelo CPC/2015. A leitura, decerto, deve ser feita sistematicamente e não de modo isolado, como se cada qual tivesse vida própria e independente. Eis que, apresentada a decisão pela turma ou câmara julgadora, o ordinário seria o seguimento das da *ratio decidendi* no futuro, se análogas as circunstâncias de fato. O contexto, no entanto, poderá demandar outra via, a da superação ou da distinção, respeitados os princípios da fundamentação, argumentação e dialeticidade qualificadas, a partir da instalação de sessão a reunir os julgadores ativos da corte.

Por isso, sem menosprezar o conflito, mas semelhante à “lei do circuito”, na orla federal, ou à “lei do distrito”, no âmbito estadual⁶⁰³, permite-se a criação da chamada

⁶⁰⁰ *London Tramway Co v London County Council*, [1898] AC 375.

⁶⁰¹ BLACKSTONE, *op. cit.*, 1979, v. I, p. 442-443. Tradução livre: “a *common law* era a perfeição da razão”.

⁶⁰² BENTHAM, *op. cit.*, 1843, v. 10, p. 1-32. Tradução livre: “nenhum princípio sólido pode ser esperado daquele escritor [Blackstone], cujo primeiro objetivo é defender um sistema”.

⁶⁰³ Sobre a “lei do circuito” e a “lei do distrito”, redireciona o leitor ao Capítulo 5.

“lei do tribunal”, a orientar o trabalho da corte, a racionalizá-lo e, sobretudo, a empregar a máxima de que “Law must be stable and yet it cannot stand still”.⁶⁰⁴ Ao longo do processo de identificação da norma do caso concreto, ao órgão julgador fracionário é imposto o dever de comparação; extração dos fatos materiais (*material facts*) e determinação da *ratio decidendi*.⁶⁰⁵ Simultaneamente, exige-se o compromisso de fundamentação adequada⁶⁰⁶, a impedir “ceaseless and interminable fluctuations”.⁶⁰⁷ A lei do tribunal aparece, neste ponto, a parafrasear JOSEPH MEAD, como “a subset of *stare decisis*”.⁶⁰⁸ Em paralelo, os juízos de origem ficam vinculados às decisões exaradas pelos órgãos fracionários, na esteira do espectro vertical do sistema de precedentes vinculantes.

Diminuir o papel dos tribunais a formador de jurisprudência apenas tem por consequência a eliminação de todas as técnicas de controle argumentativo de suas decisões, a permitir que não observem os seus próprios julgados pretéritos. Na órbita dos Tribunais de Justiça, inclusive, importa negar o caráter vinculante das decisões versadas sobre matéria local (direito local estadual), para os quais são a última instância do Poder Judiciário. É de todo evidente que não foi esse o espírito do legislador infraconstitucional ao reforçar o sistema de observância obrigatória dos precedentes. Conquanto se tenha o dever de uniformização do direito, permanecem os tribunais e seus respectivos órgãos vinculados a seus julgamentos passados, em ordem a garantir a integridade do sistema, a estabilidade das relações jurídicas e a legitimidade das instituições democráticas. A desuniformidade decisional, por sua vez, compromete a previsibilidade e os tribunais intermediários “não poderão ficar omissos quanto ao dever de solucionar divergências”,⁶⁰⁹ à luz da cláusula geral precedentalista alinhada no art. 926. A diretriz, por si só, já confere a necessária carga normativa para se imprimir ao acórdão turmário força vinculante.

⁶⁰⁴ POUND, Roscoe. *Law Finding through Experience and Reason: Three Lectures*. Athens: University of Georgia, 1960, p. 23. Tradução livre: “o Direito deve ser estável e ainda assim não pode ficar estático”.

⁶⁰⁵ Para maior aprofundamento, dirige-se o leitor ao Capítulo 2 desta pesquisa.

⁶⁰⁶ Sobre o dever de fundamentação adequada, ver Capítulo 5.

⁶⁰⁷ POUND, *op. cit.*, 1960, p. 38. Tradução livre: “flutuações incessantes e intermináveis”.

⁶⁰⁸ MEAD, *op. cit.*, 2012, p. 796. Tradução livre: “um subconjunto de *stare decisis*”.

⁶⁰⁹ FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 635.

7.3. Os conflitos intraturmas: o adeus ao incidente de uniformização de jurisprudência

É natural que magistrados apresentem, para uma mesma questão, conclusões jurídicas diversas, pois faz parte da natureza humana diferenças de pensamento. Em um órgão colegiado, essas divergências são mais agudas e o conflito de opiniões não só existe, como também já foi identificado pela doutrina precedentalista. Os circuitos federais, em Estados Unidos, sensíveis ao efeito pernicioso do sintoma, criaram o procedimento *en banc* para solucioná-lo. O mesmo se seguiu no âmbito dos estados.

Todavia, no Brasil, até recentemente, os tribunais poderiam se socorrer do incidente de uniformização de jurisprudência, com previsão no CPC/1973, em seus arts. 476 a 479. O processo do trabalho, inicialmente lacunoso, aplicava a previsão de modo subsidiário, o que foi colmatado pela introdução do incidente de uniformização de jurisprudência a partir da Lei nº 13.015/2014, que acresceu ao art. 896 da CLT os §§ 3º, 4º, 5º e 6º. O TST, mais tarde, editou a Resolução nº 37/2015, complementando o já estabelecido em lei. Com a vigência do CPC/2015, o incidente de uniformização de jurisprudência foi extirpado⁶¹⁰, mantendo-se o procedimento no processo do trabalho (art. 2º da Instrução Normativa nº 40/2016, TST) até a sua posterior revogação pela Lei nº 13.467/2017.

A significar que, diferentemente do procedimento *en banc* utilizado pelas cortes federais e, em grande parte, pelas cortes estaduais estadunidenses, não se tem, na atual conjuntura, um mecanismo análogo uniformemente aplicado pelos tribunais brasileiros. É matéria que se deixa ao arbítrio dos regimentos internos, com a advertência de que o TST, pela Resolução nº 41/2018, em seu art. 18, insiste na obrigatoriedade de os Tribunais Regionais do Trabalho uniformizarem a sua jurisprudência por força do art. 926 do CPC/2015, aplicável ao processo do trabalho subsidiariamente, com vistas a manter sua jurisprudência íntegra, estável e coerente.⁶¹¹

A propósito dessa discricionariedade, o TRT da Vigésima Quarta Região, em seu regimento interno, notadamente no art. 145, introduziu a chamada “arguição de divergência”, no sentido de que “compete a qualquer desembargador ou juiz convocado,

⁶¹⁰ Em substituição, introduziu outros institutos similares, ainda de pouca utilização, como o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas, além da força vinculante atribuída aos acórdãos pronunciados pelo pleno e órgão especial, à luz do art. 927 do CPC/2015.

⁶¹¹ Art. 18 da Instrução Normativa nº 41/2018: “O dever de os Tribunais Regionais do Trabalho uniformizarem a sua jurisprudência faz incidir, subsidiariamente ao processo do trabalho, o art. 926 do CPC, por meio do qual os Tribunais deverão manter sua jurisprudência íntegra, estável e coerente”.

ao proferir seu voto na turma, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal, acerca da matéria exclusivamente de direito, quando no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma”.⁶¹² Trata-se de um mecanismo simplificado de uniformização, autorizando as partes e o Ministério Público, no prazo alusivo ao recurso, às contrarrazões e, também, em embargos de declaração, por petição avulsa, requerer que o julgamento obedeça ao disposto no referido artigo. Admitida a arguição, lavrar-se-á o respectivo acórdão, o qual será endereçado ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento, dando-se ciência a todos os desembargadores de sua admissão para que os processos a eles distribuídos sejam suspensos até ulterior decisão, com o processamento dos capítulos não afetados. Louvável alternativa, pois que, na falta do incidente de uniformização de jurisprudência, mantém o propósito de promoção de estabilidade, coerência, coesão e integridade do sistema jurídico, com a ressalva de que somente se discute questão de direito, o que limita seu arco de incidência.

Por sua vez, de maneira mais ampla, o TRT da Nona Região, pela Resolução Administrativa nº 38/2018, dedicou um capítulo para o tratamento do incidente de uniformização regional nas turmas, nos termos do art. 926 do CPC/2015, sempre quando houver:

divergência na interpretação do direito entre julgados dos órgãos do Tribunal em relação a determinada matéria ou quando no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra Turma, nas seguintes condições: I – por qualquer dos magistrados votantes na sessão; II – pelo Ministério Público, em parecer ou arrazoado fundamentado; III – pelas partes, ao arrazoarem recurso ou em petição devidamente fundamentada.⁶¹³

O pedido, quando formulado pelo Ministério Público ou pelas partes, deverá ser apresentado até 72 horas antes da sessão designada para julgamento do feito, competindo ao órgão julgador apreciar preliminarmente o requerimento. Em sendo acolhido, suspender-se-á o julgamento dos demais pontos do recurso, lavrando-se o acórdão pelo relator ou por outro desembargador que o tenha suscitado. Seguir-se-á ao presidente do tribunal que, após o parecer da Comissão de Uniformização de Jurisprudência, designará a sessão de julgamento, dando-se ciência a todos os desembargadores. O julgamento do incidente de uniformização regional será tomado por maioria simples, computados os votos eletrônicos. “A tese jurídica fixada será publicada

⁶¹² Disponível em: <<https://www.trt24.jus.br>>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

⁶¹³ Art. 2º da Resolução nº 38/2018, TRT da Nona Região. Disponível em: <<https://www.trt9.jus.br/portal/noticias.xhtml?id=6659510>>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

em acórdão com ementa, que constituirá precedente de uniformização da jurisprudência Regional, a ser observado pelos Juízes e Tribunal nos termos dos art 926, § 1º e 927, V, do CPC”.⁶¹⁴ À semelhança da arguição de divergência, o incidente proposto tem o desiderato de uniformizar os entendimentos turmários, cuja decisão terá efeito vinculante, em suas dimensões horizontal e vertical.

Contudo, em que pesem as iniciativas engendradas, os mecanismos uniformizadores são incipientes para garantir a uniformização de entendimentos pelos órgãos fracionários, porque descentralizados, pouco utilizados, e regionalizados. Tal como sói acontecer nos Circuitos Federais, no Brasil, seria de grande utilidade a criação de um procedimento unificado de uniformização de jurisprudência mandatário entre turmas e câmaras, ancorado no dever consubstanciado no art. 926 do CPC/2015, cânone da integridade do sistema de *stare decisis*. Sua falta, porém, não retira a força vinculante das decisões pronunciadas pelos órgãos fracionários. Como formadores de precedentes, devem respeito às suas próprias decisões, a dirigir o trabalho do órgão fracionário seguinte e os juízes de origem sempre que as mesmas situações fáticas se fizerem presentes.

7.4. O incidente de uniformização *en banc* (IUBanc)

“Sonho que sou a poetisa eleita; aquela que diz tudo e tudo sabe; que tem a inspiração pura e perfeita; que reúne num verso a imensidade”.⁶¹⁵ O momento exato da inspiração, nunca se sabe. Acontece ao acaso, diante de uma paisagem, de uma imagem, de uma experiência, do silêncio ou de um vago pensamento. Não à toa a célere frase de PABLO PICASSO, ao redarguir sobre o momento preciso da inspiração. Responde ele: “que a inspiração chegue não depende de mim. A única coisa que posso fazer é garantir que ela me encontre trabalhando”.⁶¹⁶ Tal como a arte, o Direito se estrutura a partir de fontes inspiradoras, que vão desde a instalação de uma nova ordem constitucional à criação de códigos e institutos jurídicos. A CR/1988 se inspirou nos textos escritos de países

⁶¹⁴ Art. 13 da Resolução nº 38/2018, TRT da Nona Região. Disponível em: <<https://www.trt9.jus.br/portal/noticias.xhtml?id=6659510>>. Acesso em: 17 de jun. de 2020.

⁶¹⁵ ESPANCA, Florbela. *Vaidade*. Disponível em: <<https://www.escritas.org/pt/t/1801/vaidade>>. Acesso em 22/07/2021.

⁶¹⁶ Frase de Pablo Picasso. *Cambio 16*: Edições 884-887, Informacion y Publicaciones, S. A., 1988.

democráticos; o controle difuso de constitucionalidade tem como tônica o *judicial review* estadunidense; o princípio da cooperação tem suas raízes fincadas na conformação codicista portuguesa (art. 7º do Código de Processo Civil lusitano de 2013: “1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”);⁶¹⁷ a inspiração do incidente de resolução de demandas repetitivas veio da Alemanha (*Musterverfahren*).⁶¹⁸ O incidente de uniformização *en banc*, que ora se propõe, é inspirado no procedimento adotado pela *praxis* do sistema de justiça dos Estados Unidos da América. Como toda inspiração, alguns ajustes são necessários para melhor atender à realidade brasileira, sem perder de vista o elo genético de conexão.

7.4.1. Definição do instituto

À semelhança do que sucede acolá, trata o incidente de uniformização *en banc* de mecanismo processual com a finalidade de promover uniformidade, estabilidade e integridade das decisões judiciais, sempre que o conflito entre turmas e câmaras seja de substancial importância a colocar em risco a segurança jurídica e a legitimidade das instituições do Poder Judiciário.

Não é todo e qualquer conflito que se habilita à instalação do procedimento *en banc*. Malgrado “substancial importância” seja expressão catalogada como conceito jurídico indeterminado e, portanto, aberta à exegese, é de se ter em conta que o incidente de uniformização *en banc* mira o conflito suficiente a erodir a confiança do tribunal e incentivar o processo de escolha de magistrados (*judge-shopping*). Conflitos de somenos

⁶¹⁷ Para maior aprofundamento, ver: FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013.

⁶¹⁸ Conforme restou consignado na Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta”. O *Musterverfahren* foi introduzido na ordem jurídica alemã em 16/08/2005, com vigência delimitada até o ano 2010, pela Lei do Processo-Modelo dos Investidores de Capital (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz –KapMuG*). Contou com prorrogação posterior de dois anos, sendo que, em data de 19/10/2012, novo diploma conferiu-lhe sobrevida até 1 de nov. de 2020. (STURNER, Rölf. Reformas recentes e perspectivas de desenvolvimento do Processo Civil alemão. *In: Seminário internacional Brasil - Alemanha Pontes de Miranda*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2010, p. 41-53).

relevância não interessam à sanidade da doutrina de *stare decisis*. Outros, todavia, transbordam a relação processual em si e impactam a ordem social, econômica e política, a merecer um olhar atilado dos membros da corte, reunidos em composição plenária.

7.4.2. Procedimento

7.4.2.1. *Da capacidade subjetiva*

O incidente de uniformização *en banc* poderá ser suscitado por quaisquer dos membros do tribunal, como também pelos membros do Ministério Público.

7.4.2.2. *Da instauração do procedimento*

Avistada a diferença de entendimento entre turmas e câmaras, ao longo da sessão ou antes mesmo de sua ocorrência (notadamente quando se tem notícia antecipada da posição da turma ou câmara recursal), o julgamento será suspenso ou retirado de pauta, com redação de relatório escrito e fundamentado, contendo descrição sucinta do caso e a necessidade de superação da lei do tribunal, remetido *in continenti* ao Presidente. Recebido o relatório, o(a) Presidente, no prazo de 72 horas, promoverá a remessa da súplica aos demais componentes do tribunal, convocando-os à manifestação, em igual prazo, pela instalação ou recusa do incidente de uniformização *en banc*. Da decisão que aceita ou nega o incidente não desafia recurso.

A votação será encaminhada por maioria simples. A se entender pela desnecessidade do procedimento, acompanhada da apresentação dos votos correspondentes, retomar-se-á o julgamento do recurso pelo órgão fracionário. Do contrário, em se votando pela necessidade de instauração do incidente de uniformização *en banc*, o recurso de apelação ou o recurso ordinário é incluído em pauta de julgamento, sob a lupa de todos os membros ativos do tribunal, reunidos em sessão plenária.

7.4.2.3. *Do julgamento en banc*

Por ocasião da realização da sessão *en banc*, os julgadores poderão:

- (i) decidir pela manutenção da *ratio decidendi* definida por uma de suas turmas ou câmaras julgadoras em casos passados e semelhantes. Nessa hipótese, estarão a aplicar a “lei do tribunal”; ou
- (ii) decidir pela superação do entendimento firmado (*overruling*), em decisão fundamentada, a qual terá aptidão precedencial vinculante, a revestir-se de “nova lei do tribunal”, autorizada a modulação de seus efeitos, na forma do art. 927, § 3º do CPC/2015.

Sob esse prisma, distancia-se da “arguição de divergência”, na medida em que, nesta, analisa-se o elemento abstrato, ou seja, tão-somente a questão de direito, ao passo que o *incidente de uniformização en banc* descera às minúcias do caso concreto, a analisar os aspectos fáticos essenciais e o núcleo normativo com aptidão de universalização, sem necessidade de suspensão dos processos que com a matéria guardam conexão – mas apenas e isoladamente daquele objeto de discussão –, pois não se discute teses *in abstracto*, mas a situação *in concreto*.

Em formação dialética, os magistrados apresentarão suas razões, autorizada, *in casu*, apresentação de sustentação oral, segundo o costume e prazo regimentais. O debate e a construção dialética e dialógica da decisão *en banc* são essenciais para a solidificação da cultura de precedentes. Questões ligadas à política judiciária, dentro desse contexto, são perniciosas. Em substituição, ganha protagonismo a fundamentação, a reger soberanamente o processo de eleição do resultado jurídico a ser atingido.

Superados os debates, seguir-se-á à lavratura do acórdão, o qual poderá encaminhar pela manutenção da lei do tribunal ou pela superação. A decisão proferida pelo órgão plenário tem força precedencial, a vincular demais turmas e câmaras julgadoras (efeito horizontal) e os demais magistrados (efeito vertical). Nessa formatação lógica, assegura-se “uniformity and continuity in its decisions, while enabling the court at the same time to follow the efficient time-saving procedure”.⁶¹⁹

⁶¹⁹ THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW, *op. cit.*, 1954.

7.5. O *modus* de introdução do incidente de uniformização *en banc* pela via regimental

Discussão relevante concerne à modalidade de introdução do incidente de uniformização *en banc* na ordem jurídica brasileira: se pela via legislativa ou se pela via regimental. Com o advento da CR/1988, delimitou-se, de modo mais criterioso, o campo de regulamentação das leis e dos regimentos internos dos tribunais, com a incumbência atribuída a estes últimos de deferência à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (art. 22, inciso I da CR/1988), bem como às garantias fundamentais das partes, “dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” (art. 96, inciso I, alínea a). Nesse encaixe, “nem o Poder Executivo e nem o Poder Legislativo podem editar normas sobre os trabalhos internos das Cortes Judiciárias”.⁶²⁰ Afinal de contas, “lei e regimento têm órbitas distintas. Dentro de suas áreas respectivas, soberanos o são, igualmente, o Legislativo e o Judiciário”.⁶²¹ A celeuma, portanto, diz respeito à competência: se o incidente de uniformização *en banc* pode ser soberanamente introduzido e regulamentado pela via regimental.

Sobre o ponto, JOSÉ FREDERICO MARQUES anota que o termo “direito processual” contempla não somente “as normas relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual”⁶²², como também as normas que têm em vista compor preceitos que regulem os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição.⁶²³ O ato de julgamento, por sua vez, consiste em momento culminante da ação jurisdicional e, nessa condição, há de ser regulado em seu regimento interno, livre da interferência dos demais Poderes, pois expressão da garantia constitucional de sua autonomia orgânico-administrativa (art. 96,

⁶²⁰ ADI nº 1105 – MC, rel. Ministro Paulo Brossard, publicado em 27 de abr. de 2001.

⁶²¹ GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. São Paulo: Forense, 1958, p. 176. De par com isso, o regimento interno ostenta natureza jurídica de lei material. “Na taxinomia das normas jurídicas, o regimento interno dos tribunais se equipara à lei”. ADI 1.105 – MC, rel. Ministro Paulo Brossard, publicado em 27 de abr. de 2001. Nesse mesmo sentido: HC 143.333, rel. Ministro Edson Fachin, publicado em 21 de mar. de 2019: “[o]s regimentos internos dos Tribunais, editados com base no art. 96, I, a, da Constituição Federal, consubstanciam normas primárias de idêntica categoria às leis, solucionando-se eventual antinomia não por critérios hierárquicos mas, sim, pela substância regulada, sendo que, no que tange ao funcionamento e organização dos afazeres do Estado-Juiz, prepondera o dispositivo regimental”.

⁶²² MARQUES, José Frederico. Dos Regimentos Internos dos Tribunais. In: *Nove Ensaios Jurídicos em Homenagem ao Centenário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo: Lex, 1975, p. 88.

⁶²³ *Idem*. Organização Judiciária e Processo. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, v. I, 1960, p. 20.

inciso I, alínea a), da CR/1988).⁶²⁴ Decerto, a linha divisiva é demasiada delgada, de modo que o deslinde não se faz por traços retílineos, nítidos e firmes de alto a baixo; há zonas cinzentas e entrâncias e reentrâncias a revelar que à matéria de competência se verificam situações

que lembram os pontos divisórios do mundo animal e vegetal. Nada mais fácil distinguir um elefante de uma flor, uma rosa, uma orquídea, ou um lírio. No entanto, há determinados seres que os cientistas vacilam em dizer se pertencem ao mundo vegetal ou ao mundo animal.⁶²⁵

De toda sorte, cada Poder ostenta uma porção privativa competencial a obstar a ingerência dos demais, como extensão de sua autodeterminação. Nesse processo de investigação da raia divisiva, incumbe a tarefa de identificação dos chamados *atos interna corporis*, blindados à atividade legiferante a merecer tratamento pela via dos regimentos internos. Aliás, o STF, há muito, em decisão memorável, firmou essa diretriz, a reconhecer a inconstitucionalidade da Lei nº 2.790/1956, que promovia alteração no art. 875 do então CPC/1973, para admitir que as partes interviessem no julgamento depois de proferido o voto do relator. Na ocasião, o MINISTRO EDGAR COSTA redarguiu que:

a própria autonomia interna dos tribunais, no que diz respeito à sua competência privativa para estabelecer as normas a seguir na marcha dos seus trabalhos, através dos seus regimentos, que, por preceito constitucional (art. 97, II), lhes cabe, livre da interferência de outros poderes.⁶²⁶

A ordem dos julgamentos e os atos processuais contidos no âmago da *judicatio*, portanto, refogem da regulamentação normativa da lei formal e inserem-se no radar dos regimentos internos. Dessa feita, a introdução de mecanismos com a finalidade de uniformizar a jurisprudência — entre eles, o incidente de uniformização *en banc* — consiste em matéria a merecer disciplinamento jurídico dos regimentos internos dos tribunais, porque vinculada à ação jurisdicional. Não à toa a diretriz alinhavada no art. 926 do CPC/2015, mandatária do dever de uniformização, integridade e coerência das decisões judiciais.

⁶²⁴ “Consiste o autogoverno da magistratura no exercício de funções normativas e administrativas tendentes a garantir a plena independência ao Poder Judiciário entre os órgãos do Estado” (MARQUES, *op. cit.*, 1975, p. 168).

⁶²⁵ ADI nº 1105 – MC, rel. Ministro Paulo Brossard, publicado em 27 de abr. de 2001.

⁶²⁶ MARQUES, José Frederico. Dos Regimentos Internos dos Tribunais. In: *Nove Ensaios Jurídicos em Homenagem ao Centenário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo: Lex, 1975, p. 62.

7.6. Conclusões preliminares

Em uma apertada síntese do que foi tratado nas linhas transatas, pode-se concluir que:

- (i) O art. 927 do CPC/2015 enumera um rol aberto das decisões com aptidão precedencial, sem pretensão de esgotamento do fenômeno;
- (ii) Os acórdãos proferidos pelos órgãos fracionários vinculam as turmas e câmaras seguintes, sempre que análogas as categorias fáticas, como extensão do efeito horizontal da doutrina de *stare decisis*;
- (iii) Simultaneamente, os juízes primevos estão vinculados às decisões emanadas pelas cortes intermediárias, em vista do efeito vertical próprio do sistema de *stare decisis*;
- (iv) Na hipótese de conflitos intraturmas, aparece o incidente de uniformização *en banc* como mecanismo a assegurar a integridade e coesão das decisões judiciais, na forma do art. 926 do CPC/2015.
- (v) Por se tratar de matéria inserida na competência interna dos tribunais, o incidente de uniformização *en banc* merece tratamento regulatório pelos respectivos regimentos internos, à luz da diretriz do art. 96, I, a da CR/1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nothing is stable. Nothing absolute. All is fluid and changeable. There is an endless becoming.

HERÁCLITO

Diante das considerações anteriormente expeditas, é possível apresentar, a esta altura, conclusões sobre a força precedencial dos acórdãos fracionários, indicando, assim, o que se pode esperar do cenário que se desanuvia.

Em primeiro lugar, parece evidente que a tentativa de aproximação do legislador infraconstitucional à ordem processual de países de tradição de *common law* teve como espírito a necessidade de se promover estabilidade, isonomia e integridade às decisões judiciais. E o fez pela compreensão do sistema de observância compulsória dos precedentes, à luz da disposição normativa alinhada no art. 926 do CPC/2015.

Com essa progressiva imbricação de ordens jurídicas, a ponto de se tornar quase sem sentido a diferenciação,⁶²⁷ é indispensável que o conceito seja construído nas mesmas linhas que sua raiz genética. Se radicada da tradição britânica, a adequada conformação do sistema de precedentes tem em nota a significação naquele país desenvolvida. Nesse sentido, precedente é norma do caso concreto, com aptidão de universalização.

Ao contrário do legado histórico lusitano, caracterizado pelo alto poder de abstrativização dos assentos, o sistema precedentalista inverte a lógica, a desenvolver-se levando em conta as circunstâncias fáticas do caso a ser apreciado. Para o Brasil, também é novidade, na medida em que segue a herança colonial com a manutenção de teses, súmulas e orientações jurisprudenciais, as quais, de certa forma, ganham estatura de lei. Daí o caráter inovador da doutrina de *stare decisis*.

Sob a ótica interna, o precedente se decompõe em duas partes: a *ratio decidendi* ou *holding*, está última mais comum entre os estadunidenses e o *obiter dictum*. O primeiro consiste no núcleo normativo que delimitará as balizas para o julgamento de caso futuro e similar. O *dictum*, por sua vez, encerra questões acessórias e secundárias, as quais não interferem na enunciação decisória eleita. Difícil, todavia, é extrair o núcleo

⁶²⁷ No mesmo sentido, Estevão Mallet, ao ponderar que: “nos dias de hoje, porém, a distinção enunciada tem cada vez menos razão de ser” (MALLET, *op. cit.*, 2020, p. 5).

decisório com aptidão de universalização. Os bancos acadêmicos dão conta de inúmeros métodos utilizados por grandes juristas ingleses com o propósito de determinar a *ratio decidendi*. Todos, entretanto, insuficientes, mas com o louvável intento de discernir alguns aspectos cardeais. A *ratio decidendi* está conectada ao elemento fático material e essencial, encontrado na fundamentação, mas sem com ele confundir-se.

A investigação se dirige para as circunstâncias fáticas, concebidas como essenciais pelo órgão julgador, para a eleição da decisão. Por isso, a relevância da fundamentação adequada como garantia de sanidade do sistema de precedentes. A falta de um implica automaticamente a falta do outro. E a ordem processual brasileira realçou essa importância em diploma infraconstitucional (art. 489 do CPC/2015), pese a existência de norma constitucional a respeito (art. 93, inciso IX, da CR/1988).

Curiosamente, nem o Reino Unido tampouco os Estados Unidos contam com previsão semelhante. O dever de fundamentação decorre espontaneamente da doutrina de *stare decisis*. A par da distinção entre *published* e *unpublished opinions*, a motivação existe, embora as primeiras tenham aptidão precedencial a vincular a própria corte, na dimensão horizontal; e as demais instâncias do Poder Judiciário, no espectro vertical.

A decisão pronunciada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América produz efeitos endógenos e exógenos. O mesmo sucede em relação à Suprema Corte do Canadá. No Reino Unido, a Suprema Corte irradia sua força vinculante para a Inglaterra, Escócia e País de Gales, malgrado a independência do Poder Judiciário de cada ente público.

Aliás, a horizontalidade e verticalidade do sistema de precedentes naqueles países não se confinam às cortes supremas. Fosse assim, a doutrina de *stare decisis* não teria vida longa. Seria abreviada prematuramente, na medida em que poucas são as questões processadas e julgadas pelas últimas instâncias do Poder Judiciário daqueles países. Daí que se sobressai o papel das cortes intermediárias de apelação, cujas decisões têm aptidão precedencial. Seja em maior ou menor medida, a variar o grau de vinculação, as decisões exaradas pelos painéis e divisões das cortes de apelação produzem efeitos internos e externos. Mesmo em *British Columbia*, onde se encontra um sistema precedentalista mais flexível, preza-se pela observância das decisões pretéritas.

Em Estados Unidos, a prática se apresenta ainda mais evidente. Tanto na esfera federal quanto na órbita estadual, as cortes de apelação desempenham relevante papel para a conformação da doutrina de *stare decisis*. Antes mesmo que se tivesse a experiência positivada pelos regimentos internos ou códigos processuais, o senso comum

demandava o respeito às decisões pretéritas. Assim se deu tão naturalmente, a conduzir à criação da lei do circuito ou lei do distrito. O painel julgador, selecionado aleatoriamente, fica vinculado à *ratio decidendi* pretérita, exigindo a reunião dos membros ativos do tribunal para o caso de superação (sessão *en banc*). Pelo efeito horizontal da doutrina de observância compulsória dos precedentes, o painel subsequente fica vinculado pela lei do circuito ou lei do distrito, se no plano estadual, ficando a superação da *ratio decidendi* condicionada à instalação de sessão *en banc*. “For the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, rules derived from precedents must, unless they are plainly unreasonable and inconvenient be applied to all cases which arise”.⁶²⁸

Observa-se que nem todo conflito entre painéis se sujeita à instalação da sessão plenária. Somente aqueles nos quais haja risco de comprometimento da estabilidade e legitimidade da instituição com efeitos deletérios à sociedade. Questões de excepcional envergadura sujeitam-se ao crivo qualificado, pois que dependem de um debate igualmente qualificado.

A aderência ao precedente não implica engessamento do direito. “When a rule, after it has been duly tested by experience, has been found to be inconsistent with the sense of justice or with the social welfare, there should be less hesitation in frank avowal and full abandonment”.⁶²⁹ A superação, no caso, é operada mediante instauração de um procedimento qualificado, no qual se incentiva o debate, a argumentação jurídica e a dialeticidade.

Até porque não consiste a doutrina de *stare decisis* em mandamento constitucional, mas uma criação da práxis jurisdicional. O vezo de tratamento isonômico em situações fáticas similares se desenvolveu naturalmente, a exigir “a strategy of self-binding to guard against injustices, inefficiencies and other weaknesses”.⁶³⁰

Diferente, no entanto, é a lógica da ordem processual brasileira. A conformação precedencial, dessemelhante ao processo evolutivo dos países de tradição de *common law*, é ditada em lei, com destaque para o art. 927 do CPC/2015. A lei diz o que é precedente e o cataloga, sem pretensão de exaustão. Neste ponto, uma nota: o art.

⁶²⁸ *Mirehouse v. Rennell*, [1833] 1 Cl. & Fin. 527, 546. Tradução livre: “[p]ara atingir uniformidade, consistência e certeza, as regras derivadas de precedentes devem, a menos que sejam claramente irracionais e inconvenientes, ser aplicadas a todos os casos que surjam”.

⁶²⁹ CARDOZO, *op. cit.*, 1921, p. 150. Tradução livre: “[q]uando uma regra, depois de devidamente testada pela experiência, for considerada incompatível com o senso de justiça ou com o bem-estar social, deve haver menos hesitação no reconhecimento franco desse fato e seu abandono total”.

⁶³⁰ DUXBURY, *op. cit.*, 2008, p. 116. Tradução livre: “uma estratégia de autolimitação para se proteger contra injustiças, ineficiências e outras fraquezas”.

927 do CPC/2015 elenca decisões, cujo grau de vinculação admite rescindibilidade da sentença acobertada pelo manto da *res judicata* ou até o manejo da reclamação constitucional. Não se esgota, em seu interior, as enunciações decisórias que tenham aptidão precedencial. Qualquer decisão, ainda que de natureza interlocutória, pode se tornar um precedente, a despeito do diferente grau de vinculação.

Aludido construto teórico serve, portanto, de anteparo para a máxima de que os acórdãos fracionários também carregam essa nota característica, suficiente o bastante para definir as balizas do núcleo normativo com aptidão de universalização. Vinculam a corte, sempre que similares condições fáticas se fizerem presentes, considerada a horizontalidade da doutrina de *stare decisis*. Pela dimensão vertical, vinculam as demais instâncias da organização judiciária. E as razões para isso são óbvias. Admitir que casos análogos possam, dentro da mesma estrutura judiciária, resultar em diferente tratamento jurídico “would rase a feeling of resentment and wrong in my breast; it would be na infringement, material and moral, of my rights”.⁶³¹ É, em outros termos, a negação, *in concreto*, da justiça.

Sob esse prisma, torna-se plenamente factível a criação da “lei do tribunal”, a orientar o trabalho dos demais órgãos fracionários. A turma ou câmara julgadora fica vinculada à *ratio decidendi* passada, quando as circunstâncias fáticas se mostrarem semelhantes. Não se pretende com isso menosprezar a divergência jurisprudencial, pois é condição necessária para a evolução e aprimoramento da ciência jurídica. O contexto dirá se é recomendado seguir o precedente ou dele se afastar, em solenidade e fundamentação qualificadas.

BENJAMIN NATHAN CARDOZO ponderava que “precedents drawn from the days of travel by stage coach do not fit the conditions of travel today”.⁶³² Talvez tenha o autor superestimado a proposição. Ainda que definida a *ratio decidendi* 10, 20 ou 30 anos atrás não significa, por esse critério apenas, obsolescência. Aliás, *Donoghue v Stevenson*⁶³³ serve como contraponto, pois, pese sua idade avançada, permanece atual. Não obstante, a autoridade do precedente pode erodir pelo anciloseamento, como ocorre com a lei. Daí a advertência de LORD WATSON, em 1894, e cujas lições superam a marca indelével do tempo:

⁶³¹ CARDOZO, *op. cit.*, 1921, p. 150. Tradução livre: “iria despertar um sentimento de ressentimento e mal em meu peito; seria uma infração, material e moral, dos meus direitos”.

⁶³² *MacPherson v. Buick Motor Co.*, [1916] 217 NY 382, p. 391. Tradução livre: “precedentes tirados dos dias de viagem de antanho não se adequam às condições da viagem de hoje”.

⁶³³ *Donoghue v Stevenson*, [1932] H.L. 100.

their function [dos tribunais] is not necessarily to accept what was held to have been the rule of policy a hundred or hundred and fifty years ago, but to ascertain, with as near an approach to accuracy as circumstances permit, what is the rule of policy for the then present time.⁶³⁴

Sob esse prisma, torna-se plenamente factível a criação da “lei do tribunal”, a orientar o trabalho dos demais órgãos fracionários. A turma ou câmara julgadora fica vinculada à *ratio decidendi* passada, quando as circunstâncias fáticas se mostrarem semelhantes. Não se pretende com isso menosprezar a divergência jurisprudencial, pois é condição necessária para a evolução e aprimoramento da ciência jurídica. O contexto dirá se é recomendado seguir o precedente ou dele se afastar, em solenidade e fundamentação qualificadas. Se diverso e sobre o qual a autoridade do precedente não se sustenta, inevitável a superação. “It is revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past”.⁶³⁵

A utilização das técnicas de superação e distinção, contudo, deve ser empregada em situações excepcionais, quando substancialmente equivocado ou quando a conjuntura social, econômica e política se revelar destoante daquela em que o precedente foi formado. Por isso a exigência de um debate qualificado que a experiência estadunidense e canadense, especificamente na província de Ontário, criou e se apresentou exitosa. A roda foi inventada, despicienda a reinvenção. Basta, então, sua readaptação ao modelo brasileiro.

Sedimentada a lei do tribunal ou a lei da câmara, em havendo divergência suficiente a criar um ambiente de insegurança jurídica com repercussões negativas, instala-se o incidente de uniformização *en banc*, a reunir os membros ativos da corte.

⁶³⁴ *Nordenfelt v Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co. Ltd.*, [1984] H.L. 535, p. 554. Tradução livre: “sua função [dos tribunais] não é necessariamente aceitar o que foi considerado a regra de política há cento ou cento e cinquenta anos, mas verificar, com uma abordagem de precisão tão próxima quanto permitida pelas circunstâncias, qual é a regra de política para o tempo presente”. Oliver Wendell Holmes ainda advertia que “the mere fact that a precedent is old should not be of no consequence. An ancient precedent which is relevant to the problem facing us today ought not to be dismissed as without authority simply because of its age” (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the Law. Harvard Law Review*, Cambridge, v. 78, n. 6, 1897, p. 469). Tradução livre: “o mero fato de que um precedente é antigo não deveria ter nenhuma consequência. Um antigo precedente que é relevante para o problema que enfrentamos hoje não deve ser descartado como sem autoridade simplesmente por causa de sua idade”.

⁶³⁵ *Ibidem*, 1897, p. 469. Tradução livre: “[é] revoltante se os fundamentos sobre os quais foi estabelecido tenham desaparecido há muito tempo, e a regra simplesmente persista como uma imitação cega do passado”.

Qualifica-se a argumentação e automaticamente a própria fundamentação, além de assegurar a estabilidade, integridade e coerência das decisões judiciais.

“Adherence to precedent must then be the rule rather than the exception if litigants are to have faith in the even-handed administration of justice in courts”.⁶³⁶ De fundo, foi esse o propósito do CPC/2015, reservando, em seu texto, uma cláusula aberta ao dever dos tribunais de manter sua jurisprudência estável, coerente e íntegra. Se Heraclitus acreditava na inconstância da existência humana, o que é uma verdade, que, ao menos, no sistema de justiça, a estabilidade e segurança jurídica sejam vetores da atuação jurisdicional. Ganha a ordem jurídica, ganha a sociedade.

⁶³⁶ CARDOZO, *op. cit.*, 1921, p. 150. Tradução livre: “[a] adesão ao precedente deve então ser a regra, e não a exceção, se os litigantes tiverem fé na administração imparcial da justiça nos tribunais”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOWICZ, Michael; MAXWELL, Stearns. Defining Dicta. *Stanford Law Review*, Standford, v; 57, n. 4, p. 953-1094, 2005.

AIDAN, O'Neill. Constitutional reform and the UK Supreme Court – A view from Scotland. *Judicial Review*, Abingdon, v. 9, n. 3, p. 216-236, 2004.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1960.

ANFE, Ariana Julia de Almeida. *Técnicas de utilização de precedente: estudo comparativo Inglaterra - Estados Unidos – Brasil*. Dissertação. FDUSP. 2016.

ANDRADE, Carlos Drummond de. *A rosa do povo*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AUSTIN, John. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. 5ª ed. Londres: Murray, 1885, v. 2.

BAAR, Carl. Court Organization, Judicial Selection and Judicial Independence in Canada: a preview of the Canadian Court System. *Judges' Journal*, Washington, D.C., v. 37, n. 2, 1998.

BAKER, J. H. *Records, reports and the origins of case-law in England*. Berlim: Duncker & Humblot, 1989.

BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENTHAM, Jeremy. *Truth v Ashhurst; or Law as it is contrasted with it is said to be*. Londres: Moses, 1823.

_____. *The Works of Jeremy Bentham*. Edimburgo: Tait, 1843, vs. 10 e 11.

BETH, Loren P. The Supreme Court and American Federalism. *Saint Louis University Law Journal*, St. Louis, v. 10, n. 3, 1966.

BIONDO, Bondi. Summatim cognoscere. In: *Scritti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1965.

BIRD, Ruth. Legal Research and the Legal System in Australia. *International Journal of Legal Information*. Vol. 28, n. 1, 2000.

BLACK, Henry Campbell. *Handbook on the Law of Judicial Precedents or the Science of Case Law*. Saint Paul: West, 1912.

BLACKSHIELD, A. R. Precedent in South Australia: the hierarchic and the heuristic. *Adelaide Law Review*, Adelaide, v. 7, n. 1, p. 79-137, 1980-1981.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Chicago: University of Chicago, 1979, v. I.

_____. *Commentaries on the laws of England: in four books*. Londres: Gale, Making of Modern Law, 2010.

BONAPARTE, Napoleão. *Memórias de Santa Helena*. Lisboa: Meridiano, 1941.

BOTTIROLI, Giovanni. Desiderare, decidere, deliberare. In: *La decisione. Ambiti, soggetti, procedure*. Franco Angeli: Milão, 1982.

BOWEN, Nigel H. The Federal Court of Australia. *Sydney Law Review*, Sidnei, v. 8, n. 2, 1977.

BRANNOCK, Steven; WEINZIERL, Sarah. *Confronting a PCA: finding a path around a brick wall*. Disponível em www.stetson.edu. Acesso em data de 20/03/2020.

BRAUDEL, Fernand. *Gramática das Civilizações*. Lisboa: Teorema, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo, Noeses, 2015.

CAETANO, Marcello José das Neves Alves. *História do direito português: 1140-1495*. Lisboa: Verbo, 1981.

CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. Nápoles: Morano, 1976, v. II

_____. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAMBI, Eduardo. Processo constitucional e democracia. In: CLÉVE, Clèmerson Melin (Org.). *Direito constitucional brasileiro: organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: RT, 2014.

CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents. *Stanford Law Review*, Standford, v. 46, n. 4, p. 817-873, 1994.

CAPITANT, Henri. *Introduction à l'Étude du Droit Civil: notions generales*. Paris: A. Pedone, 1927.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Paris: Puf, v. I.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University, 1921.

_____. *Jurisdiction of the Court of Appeals*. 2^a ed., 1909.

CARPI, Frederico e TARUFFO, Michele. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*. Milano: CEDAM, 1994.

CASSELS, Robert. The Supreme Court of Canada. *Green Bag*, Boston, v. 2, n. 6, 1890.

NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto e questão-de-direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.

_____. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014.

CAVALCANTI, Marcus. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*, Salvador: Juspodium, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CHARMONT, J. *La renaissance du droit naturel*. 10^a ed. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and judicial review*. Lawrence: University of Kansas, 1989.

COKE, Edward. *Commentary upon Littleton*. 10^a ed. Londres: Harper & Walthoe, 1703.

_____. *The selected writings of Sir Edward Coke: a commentary upon Littleton*. Indianapolis: Liberty Fund, 2003.

COLLIER, Charles W. Precedent and Legal Authority: A Critical History. *In: Wisconsin Law Review*, vol. 1988.

CONSOVOY, William S. The Rehnquist Court and the end of constitutional stare decisis. *Utah Law Review*, Salt Lake, v. 53, 2002.

COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ancito Lopes Editor, nº 152, RT 508/64.

_____. *Fundamentos del Derecho Processual Civil*. Buenos Aires: Aniceto Lopez, 1942.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CREIGHTON, William B.; STEWART, Andrew. *Labour Law: An introduction*. 3ª ed. Alexandria: Federation, 2000.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª ed. Oxford: Clarendon, 2004.

CROCK, Mary; MCCALLUM, Ronald. Australia's Federal Courts: their origins, structure and jurisdiction. *South Carolina Law Review*, Columbia, v. 46, n. 5, p. 719-757, 1995.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al (Coord). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAWSON, John P. *The Oracles of the Law*. Nova York: Buffalo, 1986.

DEAN, Michael. *The Modern Law Review*. Vol. 80, Oxford: Wiley, 2017.

DELMAR, Karlen. *Appellate Courts in the United States and England*. Nova York: New York University, 1963.

DIAS, R. W. M. *Jurisprudence*. 4ª ed. Oxford: Butterworth, 1976.

_____. Precedents in the House of Lords. A much needed reform. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 24, n. 2, p. 153-156, 1966.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DONNE, John. *Devotions upon Emergent Occasions*. [S.l, s.n], 1624. Disponível em: <<http://triggs.djvu.org/djvu-editions.com/DONNE/DEVOTIONS/Download.pdf>>. Acesso em: 5 de out. de 2021.

DOUGLAS, William O. Stare Decisis. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 49, n. 6, p. 735-758, 1949.

DRAPER, Cecil Mead. The Court of Common Pleas. *Dicta*, Denver, v. 21, n. 5, p. 105-121, 1944.

DREWRY, Gavin. The UK Supreme Court – A fine new vintage or just a smart new label on a dusty old bottle? *International Journal for Court Administration*. Williamsburg, v. 3, n. 2, p. 20-33, 2011.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University, 2008.

DRUCKER, Jeremy. Panel Composition at the Court of Appeal for Ontario. *University of Toronto Faculty of Law Review*, Toronto, v. 73, n. 2, p. 9-31, 2015.

EATON, John. Canada's Court System. *Australian Law Librarian*, Melbourne, v. 10, n. 3, p. 232-246, 2002.

En banc Review in New York State Courts. Record of the Association of the Bar of the City of New York, vol. 63, n.3, 2008.

ESTREICHER, Samuel; SEXTON, John. *Redefining the Supreme Court's Role – A Theory of Managing the Federal Judicial Process*. New Haven: Yale University, 1986.

EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (Org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

FAGUNDES, Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

FERNANDES, Ernesto. RÊGO, Anibal. *História do direito português: súmulas das lições proferidas pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no curso do 1º ano jurídico de 1940-41 na Faculdade de Direito de Lisboa*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1941.

FERRAZ, Sérgio. O prejudgado no direito processual trabalhista brasileiro. *Revista de direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 211-248, 1970.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4ª ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FLAVIN, Bernard de la Roche. *Treize Liures des Parlemens de France*. Bordeaux : Simon Millanges, 1617.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FLOWERS, Ross. Stare Decisis in Courts of Co-Ordinate Jurisdiction. *Advocates' Quarterly*, Toronto, v. 5, n. 4, p. 464-490, 1985.

FRANCIS, Joseph F. Three cases on possession – some further observations. *Saint Louis Law Review*, St. Louis, v. 14, n. 1, p. 11-24, 1928.

FRENCH, Robert. *Federal Circuit Court – History Repeats Itself*. Melbourne, [s.n.], 2014. Disponível em: <<https://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj1May14.pdf>>. Acesso em: 29 de out. de 2021.

FROMONT, Michel. *Grands systèmes de droit étrangers*. 8ª ed. Paris: Dalloz.

FUNIAK, William. Legal System in Scotland. *Tulane Law Review*, Nova Orleans, v 38, 1963-1964.

FUX, Luiz. *Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: [s.n], 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>>. Acesso em: 27 de jan. de 2021

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*. Vol. II. Trad. de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

GÉNY, François. *Methode d'interpretation et sources en droit prive positif*: essai critique. Paris: Libr. Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1919

GHIRARDI, Olsen. *Patologías lógico-formales de la sentencia*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 40, n. 2, p. 161-183, 1930.

_____. *Essays in jurisprudence and the common law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1931.

GOSNEY, Steven N. What Are My Chances on Appeal: Comparing Full Appellate Decisions to Per Curiam Affirmances. In: *Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 18, no. 2, Fall 2017, p. 115-142.

GRAY, Charles M. Parliament, Liberty and Law. In: HEXTER, J. H. (Org.). *Parliament and Liberty from the Reign of Elizabeth to the English Civil War*. Stanford: Stanford University, 1992.

GRAY, John Chipman Gray. *The nature and sources of the Law*. Londres: Quid Pro, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20ª ed. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. São Paulo: Forense, 1958.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A fundamentação das decisões judiciais trabalhistas e o CPC de 2015. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

HAINES, Charles Grove. *The american doctrine of judicial supremacy*. Whitefish: Kessinger, 1914.

HALE, Matthew. *The history of the Pleas of the Crown*. Vol. 1. London, 1736.

HARDING, Matthew; MALKIN, Ian. Overruling in the High Court of Australia in Common Law Cases. *Melbourne University Law Review*, Melbourne, v. 34, n. 2, p. 529-557, 2010.

_____; _____. The High Court of Australia's Obiter Dicta and Decision-Making in Lower Courts. *Sydney Law Review*, Sidnei, v. 34, p. 239-268, 2012

HARRISON, John. The Power of Congress over the Rules of Precedent. *Duke Law Journal*, Randolph, v. 50, p. 503-543, 2000.

HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*, New Haven: Yale University, 1993

HELLMAN, Arthur. Case Selection in the Burger Court: a preliminary inquiry. In: *Notre Dame Law Review*, vol. 60, n. 5, 1985.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *História das Instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.

HESSE, Hermann. *Demian*. São Paulo: Record, 2015.

HOBBS, Thomas. A dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England. In: MOLESWORTH, W. (Org.). *English works of Thomas Hobbes*. Londres: John Bohn, 1840, v. IV.

HOLDSWORTH, William. *History of English Law*. Londres: Methuen, 1952, v. XII.

HOLMES JR, Oliver Wendell. Law in Science and Science in Law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 12, n. 7, p. 443-463, 1899.

_____. The path of the Law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 78, n. 6, 1897.

HOOPER, Laural; MILETICH, Dean; LEVY, Angela. *Case management procedures in the Federal Courts of Appeals*. 2ª ed. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 2011.

HORRIGAN, Bryan. Towards a jurisprudence of High Court Overruling. *Australian Law Review*, Toronto, v. 66, 1992.

HUDSON, John. *The Oxford History of the Laws of England: 871-1216* Oxford University, 2012.

HUGHES, Graham. Common Law systems. In: MORRISON, Alan B. (Org.). *Fundamentals of American Law*. Oxford: Oxford University, 1999.

HUNTINGTON, Samuel. *The clash of civilizations and the remaking of world order*. Nova York: Oxford, 1997.

IBBETSON, David J. *Case law and judicial precedents in mediaeval and early-modern England*. Bruxelas: Wetenschappelijk Comité voor Rechtsdeschiedenis, 1997

JOBIM, Marco Felix. *Precedentes judiciais – diálogos transnacionais*. Florianópolis: Tirant La Blanch, 2018.

JOLOWICZ, J. A. England. In: CAPPELLETTI, M.; TALLON, D. (Orgs). *Fundamental guarantees in civil litigation*. Milão: Giuffrè, 1973.

JORDAN, Samuel P. Early panel announcement, settlement and adjudication. *Brigham Young University Law Review*, Provo, v. 2007, n. 1, p. 55-107, 2007.

_____. OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KANNAN, Phillip M. The Precedential Force of Panel Law. *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 76, n. 4, p. 755-766, 1993.

KAPLAN, Benjamin. Do Intermediate Appellate Courts Have a Lawmaking Function. *Massachusetts Law Review*, Boston, v. 70, n. 1, p. 10-13, 1985.

KAUFMAN, Irving R. Do the costs of the en banc proceeding outweigh its advantages? In: *Judicature*, vol. 69, 1985.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KÖHLER, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*. 44ª ed. Munique: C.H. Beck, 2012.

KRAMER, Larry D. Marbury and the Retreat from Judicial Supremacy. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, v. 20, n. 2, p. 205-230, 2003.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2015.

L., G. R. Historical Sketch of the Supreme Court of Canada. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 3, n. 2, p. 171-173, 1965

LEAL, Vitor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, 1981.

_____. Atualidade do Supremo Tribunal. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 5, 1964.

LEEN, Craig E. Without Explanation: Judicial Restraint, per Curiam Affirmances, and the Written Opinion Rule. *In: FIU Law Review*, vol. 12, no. 2, Spring 2017.

LEES, J. M. Sheriffs and Sheriffs Courts in Scotland. *Law Magazine and Review*, Londres, v. 6, n. 4, 1881.

LEVENHAGEN, Antônio José de Barros. O procedimento sumaríssimo e as garantias do devido processo legal. *In: Revista do TST*, vol. 66, nº 4, Brasília, out/dez 2000.

LLEWELLYN, Karl N., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown, 1960.

LORD GARDINER. Statements to the House: Judicial Precedent. *www.parliament.uk*, Londres, 29 de jul. de 1966. Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>>. Acesso em: 6 de dez. de 2021.

LORD WOOLF. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*. Londres, 1996.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCCA, Rodrigo Ramira de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

LUNDMARK, Thomas. *The methodology of using precedents*. [S.l, s.n], 2020. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/151161886.pdf>>. Acesso em: 4 de out. de 2021.

MCCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*. Revisado por Sanford Levinson. 5th ed. London: The University of Chicago Press, 2010.

MACCORMICK, Neil. A Reply to Comments on Rhetoric and the Rule of Law. *Northern Ireland Legal Quarterly*, Belfast, v. 59, n. 1, p. 44-48, 2008.

_____. Can stare decisis be abolished? *Judicial Review*, 1966.

_____. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University, 1978.

_____. Why cases have rationes and what these are. In: GOLDSTEIN, Laurence (Org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o direito processual civil*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MACGUIGAN, Mark R. Precedent and Policy in the Supreme Court. *Canadian Bar Review*, Ottawa, v. 45, n. 4, p. 627-65, 1967.

MAINE, Sumner. *Dissertations on Early Law and Custom. Chiefly Selected from Lectures delivered at Oxford*. Nova York: Oxford, 1886.

MAITLAND, F. W. The History of the Register of Original Writs. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 3, n. 3, p. 97-115, 1889.

MALLET, Estêvão. Prefácio. In: PRITSCH, Cesar *et al.* (Orgs.). *Precedentes no Processo do Trabalho: teoria geral e aspectos controvertidos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MANCINI, Mark. Declarations of Invalidity in Superior Courts. *Constitutional Forum*, Edmorton, v. 28, n. 3, p. 31-38, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Sistema brasileiro de precedentes*. São Paulo: RT, 2016.

MARCUS, Philip. Affirmance without Opinion. In: *Fordham Law Review*, vol. 6, no. 2, May 1937.

MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Tese. FDUSP, 2008.

MARSHALL, Geoffrey. What is a binding precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Os precedentes no CPC de 2015*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela de direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. II.

_____. *A ética dos precedentes*. 2 ed., São Paulo: RT, 2016.

_____. *Incidente de Resolução de demandas repetitivas*. 2 ed, São Paulo: RT, 2019.

_____. *Julgamento nas cortes supremas*. 2 ed., São Paulo: RT, 2017.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2 ed., São Paulo: RT, 2014

_____. *Precedentes obrigatórios*. 6 ed., São Paulo: RT, 2019.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. Campinas; Millennium, 2000, v. IV.

_____. Dos Regimentos Internos dos Tribunais. In: *Nove Ensaios Jurídicos em Homenagem ao Centenário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo: Lex, 1975.

_____. Organização Judiciária e Processo. *Revista de Direito Processual*, São Paulo, v. I, 1960.

MASON, Anthony. Reflections on the High Court of Australia. *Melbourne University Law Review*. Melbourne, v. 20, n. 2, 1995.

MASON, Keith. President Mason's Farewell Speech. *Australian Law Review*, Toronto, v. 82, p. 768-770, 2008.

MATTIS, Taylor. Stare decisis among and within Florida's District Courts of Appeal. *Florida State University Law Review*, Tallahassee, v. 18, n. 1, p. 143-175, 1990.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 8ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

MCHUGH, Michael H. The High Court of Australia. *Journal of Supreme Court History*, Hoboken, v. 1997, n. 2, 1997.

MEAD, Joseph W. Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States. *Nevada Law Journal*, Las Vegas, v. 12, n. 3, p. 788-830, 2012.

MEHREN, Arthur von. *The U.S. Legal System: between the Common Law and the Civil Law Legal Traditions*. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 2000.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.) *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milão: Giuffrè, 1963.

MEIRELES, Edilton. Os acórdãos de turmas possuem alguma eficácia precedencial? In: PRITSCH, Cesar, et al. *Precedentes no Processo do Trabalho: teoria geral e aspectos*

controvertidos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código do Processo Civil*. Tomo XII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Tratado de Direito Privado*. BookSeller: Porto Alegre, 2006, t. I.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2017.

_____. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 206, p. 61-77, 2012.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016.

MONTEIRO, João. *Programma do curso de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Duprat, 1912, v. III.

MOORE, Michael S. Precedent, induction, and ethical generalization. In: GOLDSTEIN, Laurence (Org.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, 1987.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A redação da Emenda Constitucional nº 45 (Reforma da Justiça). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 101, n. 378, p. 39-46, 2005.

MUÑOZ, Martín Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Navarra: Arazandi-Thomson Reuters, 2011.

NERY, Nelson Júnior; DE ANDRADE, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 16ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

NIETZSCHE, Friedrich. *Além do Bem e do Mal*. Curitiba: Hemus, 2001.

_____. *Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. *Modulação dos efeitos das decisões no processo civil*. Tese, FDUSP, 2013.

O'HARE, J.; HILL, R. *Civil Litigation*. 10ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2001.

OLIPHANT, Herman. A return to stare decisis. *American Bar Association Journal*, Washington, D.C., v. 14, n. 2, p. 71-76, 1928.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente*. São Paulo: RT, 2015.

OTTON, Philip Howard. The British Judiciary and Court Organization. *Law Library Journal*, Chicago, v. 81, n. 4, p. 649-654, 1989.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

PASQUIER, Claude Du. *Introduction à la theorie générale et à la philosophie du droit*. Paris: Sirey, 1937.

PASSANANTE, Luca. *Il precedente impossibile. Contributo allo studio di diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino. G. Giappicchelli, 2018.

PATTERSON, Caleb Perry. *Administration of Justice in Great Britain*. Austin: The University of Texas, 1936.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *Discurso*. Brasília: [s.n.], 14 de agosto de 1985.

PHILLIPS, Lord. The birth and first steps of the UK Supreme Court. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*. Cambridge, v. 1, n. 2, p. 9-12 2012.

PLATÃO. *Banquete*. 6ª ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 1991.

PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law*. 5ª ed. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 2001.

POLLOCK, Frederick. *Essays in Jurisprudence and Ethics*. Londres: Macmillan, 1882.

PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Teoria geral dos casos repetitivos*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

POSNER, Richard. *The Federal Courts: crisis and reform*. Cambridge: Harvard University, 1985.

POUND, Roscoe, *El espíritu del "common law"*. Barcelona: Bosch, 1954.

_____. *Law Finding through Experience and Reason: Three Lectures*. Athens: University of Georgia, 1960.

POWELL, Stephen J. Powell; CONCANNON, M. Linda Stare Decisis in the Court of International Trade: One Court or Many? In: *U.S. Trade Law & Policy*. Vol. A-44178, 1987.

PRICE, Jorge Eduardo Douglas. *La decisión judicial y la teoria de la argumentación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

PRITSCH, Cesar Zucatti; JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques; MARANHÃO, Ney. STF deixa em aberto o ônus da prova quanto à culpa in vigilando do tomador público. *Migalhas*, Ribeirão Preto, 7 de fev. de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/319963/stf-deixa-em-aberto-o-onus-da-prova-quanto-a-culpa-in-vigilando-do-tomador-publico-a-sbdi-1-do-tst-entende-que-o-ente-publico-tem-a-aptidao-para-a-prova>>. Acesso em: 11 de fev. de 2020.

_____; _____. Correção monetária de débitos trabalhistas: análise da recente

decisão monocrática do STF - RE 1.247.402. *Academia Brasileira de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://andt.org.br/wp-content/uploads/2021/04/CORREC%CC%A7A%CC%83O-MONETA%CC%81RIA-DE-DE%CC%81BITOS-TRABALHISTAS-Ney.pdf>>. Acesso em: 16 de mar. de 2020.

RADIN, Max. The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think. *American Bar Association Journal*, Chicago, v. 11, n. 6, p. 357-362, 1925

_____. The Trial of the Calf. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 32, n. 2, p. 137-159, 1946

RAM, James. *The Science of Legal Judgment*. Filadélfia: Littell, 1835.

RANTANEN, Jason. Federal Circuit Now Receiving More Appeals Arising from the PTO than the District Courts. *Patentlyo*, [S.l.]. 2 de mar. de 2016. Disponível em: <<https://patentlyo.com/patent/2016/03/receiving-appeals-district.html>>. Acesso em: 20 de mar. de 2020.

RAY, Laura Krugman. The Road to *Bush v. Gore*: The History of the Supreme Court: the use of the *per curiam opinion*. In: *Nebraska Law Review*, vol. 79, n. 3, 2000.

RE, Edward D. Stare decisis and the judicial process. *The Catholic Lawyer*, Nova York, v. 22, n. 1, p. 38-47, 1976.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. Coimbra: Coimbra, 1985, v. VI.

_____. *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929.

REIS, José Carlos. *As identidades do Brasil: de Varnhagen a FHC*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2001.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 19ª ed., Paris: Précis, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização de jurisprudência*. São Paulo: RT, 1977.

RUGER, Theodore W. A question which convulses a nation: the early Republic's greatest debate about judicial review power. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 117, n. 3, p. 826-897, 2004.

RUTLEDGE, Robert A. *et al* (Orgs.). *The papers of James Madison*. Virginia: The University of Virginia., 1979.

SALMOND, John. *Jurisprudence*. 7ª ed. Mytholmroyd: Sweet & Maxwell, 1924.

- SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. Paris: LGDJ, 1939, v. 1.
- SAWER, Geoffrey. The Supreme Court and the High Court of Australia. *Journal of Public Law*, Mytholmroyd, v. 6, 1957.
- SCOFIELD, Robert G. Goodhart's Concession: Defending Ratio Decidendi from Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century. *King's College Law Journal*, Londres, v. 16, n. 2, p. 311-328, 2005.
- SELDEN, John. *The Table-Talk of John Selden*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- SENTELL, R. Perry Jr. The Peculiarity of Per Curiam: In the Georgia Supreme Court. In: *Mercer Law Review*, vol. 52, no. 1, Fall 2000, p. 1-28.
- SHAW, Jack W Jr. *Per Curiam*: affirmed - some historical perspectives. In: *Florida Coastal Law Journal*, vol. I, 1, 1999.
- SCHMITT, Carl. *O Führer protege o direito*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (Org.). *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante*: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do direito português*: fontes do direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- SIMPSON, A. W. Brian. *Leading cases in the common law*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012.
- _____. The common law and legal theory. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Orgs.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University, 2002.
- _____. The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent. In: HORDER, Jeremy (Org.). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Oxford University, 1961.
- SMITH, T. B. English Influences on the Law of Scotland. *American Journal of Comparative Law*, Oxford, v. 3, n. 4, p. 522-542, 1954.
- SLAPPER, Gary; KELLY, David. *The English Legal System*. 7ª ed. Londres: Cavendish, 2004.
- SOLIMINE, Michael E. Ideology and En Banc Review. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 67, n. 1, p. 29-76, 1988.
- SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira, et al. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Rio de Janeiro: Garnier, 1879.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 1996.

STONE, Julius. *Recent trends in English Precedent*. Londres: Stevens & Sons, 1945.

_____. The ratio of the ratio decidendi. *Modern Law Review*, Londres, v. 22, n. 6, p. 597-620, 1959.

STRECK, Lênio Luiz. Precedentes? Uma proposta os ministros Schietti, Mussi e Sebastião. *ConJur*, São Paulo, 6 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schietti-mussi-sebastiao>>. Acesso em: 1 de fev. de 2021.

SULLIVAN, William Cleary. What is a precedent? *Georgetown Law Journal*, Washington, D.C., v. 11, n. 2, p. 1-9, 1923.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Aushgate, 1997.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. Precedente e jurisprudência. In: In: PRISTCH, Cesar *et al.* (Orgs.). *Precedentes no Processo do Trabalho: teoria geral e aspectos controvertidos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodium, 2016.

THE AMERICAN LAW REGISTER. Judicial System in Scotland. *The American Law Register*, Filadélfia, v. 15, n. 5, p. 257-269, 1869.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW. The En Banc Procedures of the United States Courts of Appeals. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 21, n. 3, p. 447-454, 1954.

TOOSE, P. B.; BYERS, M. H. The necessity for a New Federal Court (A survey of the Federal Court System in Australia). *Australia Law Journal*, Toronto, v. 36, p. 1963.

TOYNBEE, Arnold. *A Study of History*. Nova York: Oxford, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Anda sobre a nulidade da sentença imotivada. In: *Revista de Processo*. Nº 56. Ano 14 (out/dez de 1989).

_____. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Precedente como fonte do direito*, São Paulo: RT, 2004.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TUCKER, Robert. Vexatious Litigation as Unfair Competition, and the Application of the Noerr-Pennington Doctrine. *Ohio Northern University Law Review*, Ada, v. 22, p. 119-142, 1995.

TWINING, William. Taking Facts Seriously. In: *Retinking Evidence: exploratory essays*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

VARANO, Vincenzo. *Organizzazione e garanzie dela giustizia civile nell'Inghilterra moderna*. Milão: Giuffrè, 1973.

VARELA, João de Matos Antunes. *Do Projecto ao Código Civil: comunicação feita na Assembleia Nacional do dia 26 de novembro de 1966*. Lisboa: Impr. Nacional, 1967.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (org.). *Procedimento sumaríssimo: teoria e prática*. São Paulo, LTr, 2000.

VIANA, Aurelio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2003.

VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: introdução, sistemas jurídicos em geral*. 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, v. 1.

VOGEL, Klaus. Rechtskraft und Gesetzeskraft. In: *BVerfG und GG*. Vol 1, 1999.

WACH, Adolf. *La pretension de declaracion: un aporte a la teoria de la pretension de proteccion del derecho*. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1962.

WALKER, David. *The Scottish Legal System: an introduction to the study of Scots Law*. 7ª ed. Mytholmroyd: Sweet & Maxwell, 1997.

WALKER, Marshall. Is a Judicial Tribunal, either of the Last Resort or Otherwise, bound by the principles laid down by itself on previous occasions? In: JURIDICAL SOCIETY. *Papers Read Before the Juridical Society. 1858-1863*, 1863, v. II.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in Reading and stating reported cases composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. 2ª ed. Boston: Little, Brown, 1894.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

WASHY, Stephen L et al., *The Per Curiam Opinion: Its Nature and Functions*, 76 *Judicature*, 1992.

WATSON, Garry D. Fundamental guarantees of litigants in civil proceedings in Canada. In: CAPPELLETTI, M.; TALLON, D. (Orgs). *Fundamental guarantees in civil litigation*. Milão: Giuffrè, 1973.

WEISS, Tobias, What Price Per Curiam? In: *Trial Law Guide*. Vol. 23, 1995.

WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the *status of stare decisis*. In: GOLDSTEIN, Laurence (Org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

WHITMAN, Walt. Going Somewhere. *The Walt Whitman Archive* [S.l., s.d.]. Disponível em <<https://whitmanarchive.org/published/LG/1891/poems/342>>. Acesso em: 17 de jul. de 2021.

WHITTINGTON, Keith E. An Indispensable Feature - Constitutionalism and Judicial Review. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Nova York, v. 6, n. 1, p. 21-34, 2002.

WHITTINGTON, Keith E.; RINDERLE, Amanda. Making a Mountain out of a Molehill - Marbury and the Construction of the Constitutional Canon. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, São Francisco, v. 39, n. 4, p. 824-860, 2012.

WILLIS, Errick F. Judicial System of Canada. *North Dakota Law Review*, Grand Forks, v. 36, n. 4. P. 241-245, 1960.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, Salvador: Juspodium, 2015.