

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

entre comparação e harmonização

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

X. CONCEITO E FUNÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA DO *COMMON LAW*

Sumário: 1. Gênese histórica do *common law*. 2. Precedente vinculante: tradição e praxe judiciária. 3. Consolidação da teoria do stare decisis. 4. Conservação dos precedentes judiciais. 5. Panorama da recepção do *common law* na América do Norte: 5.1. Estados Unidos. 5.2. Canadá. 6. Características formais dos precedentes: hierarquia, autorreferência e método distintivo (*distinguishing*). 7. *Ratio decidendi, obiter dictum e dissenting opinion*. 8. Exceções à regra do precedente vinculante. 9. *Case law* e direito casuístico: confronto e contrastes. 10. *Common law* e direito codificado.

1. GÊNESE HISTÓRICA DO *COMMON LAW*

Durante muitos séculos, depois do sucumbimento do império romano do ocidente, não havia diferenças sensíveis no cenário jurídico europeu, inclusive da Inglaterra, no qual preponderava um sistema de regras não escritas, observado na prática negocial rudimentar e nos tribunais locais.

A ruptura com esse passado ocorreu a partir da notória evolução da sociedade europeia em geral, e do direito em

especial, no trânsito dos séculos XII e XIII. O estudo do *Corpus Iuris Civilis* suplantou a velha ordem jurídica. Em França e na Itália, além das Universidades, foram criados tribunais integrados por juristas profissionais.

É importante ter presente, nesse particular, que, na Inglaterra, por puro acaso, a centralização das fontes de produção do direito antecedeu aos influxos da propagação do direito romano-canônico.

O direito que começava a germinar na antiga Britania era essencialmente autóctone, fundado na regra conhecida e na prática quotidiana, e muito pouco influenciado pelo *ius romanorum*. Quando, no crepúsculo do século XII, o estudo científico do direito romano-canônico passa a ganhar autoridade na praxe dos tribunais canônicos, e, no curso do século XIII, a influir nos tribunais laicos, já era muito tarde para que o direito inglês fosse, de alguma forma, seduzido pelas reflexões jurídicas de cunho científico.¹

O sistema do *common law*, desde a sua formatação inicial, “era considerado tão adequado às necessidades e estava tão bem inserido na realidade social de seu tempo, que qualquer intenção de alterá-lo se depararia com o adágio ‘*nolumus leges Angliae mutari*’, com o qual os barões, no Estatuto de Merton, de 1236, opuseram-se à exigência do clero de modificar as leis inglesas que regiam o casamento”.²

1. R. Ch. van Caenegem, *El nacimiento del common law inglés*, separata da *Interpretatio* - Revista de história del derecho, Madrid, Universidad Complutense, 4, 1998, p. 138 e 141-142.
2. Caenegem, *El nacimiento del common law inglés*, cit., p. 142.

Ademais, apesar de Ranulfo de Granvill, o primeiro grande tratadista do *common law*, demonstrar ciência das Institutas de Justiniano, também não despontou, àquela época, romanista algum em território inglês.

É verdade que Vacario, glosador civilista que imigrou para a Inglaterra, teve a ideia de fundar em Oxford uma escola de direito para estudar a compilação de Justiniano, que inclusive acabou granjeando relativo prestígio. Todavia, o rei Estéfano I (1151-1154) ordenou o seu fechamento e, mais tarde, em 1234, seguindo a mesma política, um *writ* de Henrique III (1216-1272) proibiu o ensino das *leges*, isto é, do direito romano.

A rejeição ao *Corpus Iuris Civilis* era devida à natureza “imperial” do direito romano pós-clássico, fator que incomodava os reis, porque poderia fomentar uma sublevação dos súditos diante de um “modelo absolutista de governo” e, também, hostilizava os grandes senhores feudais, que temiam, por sua vez, um recrudescimento do poder real.³

Enfim, a unidade jurídica, a configuração geográfica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense justificam a “recepção falhada” das fontes do direito romano-canônico na Inglaterra. Enquanto, por exemplo, na Itália e na Alemanha, a divisão territorial em comunas e pequenos reinos, tornava indispensável recorrer ao direito romano como fonte jurídica mais aperfeiçoada, “a Grã-Bretanha já tinha o seu próprio direito comum”.⁴

3. Francesco Calasso, *Medio evo del diritto*, 1 - Le fonti, Milano, Giuffrè, 1954, p. 619.

4. Cf. Mario G. Losano, *Os grandes sistemas jurídicos*, Lisboa, Presença/Martins Fontes, 1978, p. 121.

O período entre o ano 1066 até o início da dinastia Tudor, em 1485, é caracterizado como a época de formação do *common law*, ou seja, quando se firma um novo sistema jurídico frente aos costumes locais.

A conquista normanda, em meados do século XI, foi fundamental para a história do direito inglês. Guilherme I (1066-1087), Duque da Normandia, considera-se herdeiro dos reis saxões, e, por isso, acolhe de bom grado os seus costumes e as suas decisões. Conserva das instituições saxônicas todas aquelas que se prestam aos seus propósitos.

Os primeiros juízes do *common law* aplicavam regras de origem germânica. Princípios provenientes do direito germânico serviram de alicerce do sistema jurídico anglo-americano.⁵

A legislação de Henrique II (1154-1189) propiciou a ampliação dos limites da jurisdição da *Curia Regis*. O direito que dominava àquela época era composto por normas consuetudinárias, anglo-saxônicas e normandas, com certa influência de regras de direito romano e de direito canônico.

As decisões judiciais, do rei e dos juízes, que continham o comando a seguir em um caso determinado, iam sendo catalogadas, ao longo dos anos, nos *statute books*. Assim, tais coletâneas encerravam os costumes da corte.

A *interpretatio iuris* nessa época primitiva não se subordinava a qualquer critério mais rígido. O rei era o natural intérprete da lei. Competia também aos juízes a tarefa de procurar a *ratio* para adaptá-la ao caso concreto, não estando, pois, submissos a qualquer texto legal escrito.

5. Roscoe Pound, *El espíritu del "common law"*, tr. esp. José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, s/d., p. 30.

Com a expansão do território reguengo, no final do século XIV havia três tribunais reais - *Common Pleas*, *King's Bench* e *Exchequer* – que se orientavam pelas regras do *common law*, cuja prática já estava disseminada, de forma natural e espontânea, em todas as regiões conquistadas.

Não é preciso salientar que essa concepção de organização judiciária centralizada, possibilitando a todos os homens livres o acesso à justiça, contribuiu sobremaneira para infundir nos súditos o conhecimento do direito em vigor.

O desenvolvimento e a aceitação dessa *praxis* foram tão amplos e inusitados, que Henrique de Bracton, escrevendo em meados do século XIII, foi capaz de desenhar um grande sistema de direito e de processo, arquitetado pelos próprios ingleses.⁶

Verificou-se, ademais, certa tendência de considerar as sentenças conservadas naqueles livros não propriamente como fonte de novo direito, mas, sim, como meio subsidiário de conhecimento deste nas chamadas escolas *Inns of Court*.

É interessante notar que na obra dos primeiros comentaristas do *common law* já se manifesta preocupação com o problema de julgamentos contraditórios. Sobretudo “na obra de Bracton começa a delinear-se a importância de ater-se, na decisão de casos similares, àqueles que já tinham sido antes decididos”. Chega-se mesmo a suscitar a questão da certeza do direito, quando colocada em perigo pelos juízes que decidiam desprezando o direito elaborado nos *vetera iudicia*.⁷

6. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, William S. Hein, 1986 (reed.), p. 2.

7. Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 9-10, que inclusive se reporta à famosa obra de

Bracton, ao referir-se ao ofício judicial na obra *De legibus et consuetudinibus Angliae*, enfatizava, outrossim, que: “se surgisse um assunto novo, ainda não examinado, mas se casos análogos já tivessem ocorrido, a decisão deveria ser naquele mesmo sentido, visto que se fazia oportuna a ocasião para proceder de um caso similar a outro similar. Mas se, porventura, não houvesse precedente e a decisão fosse difícil e obscura, o caso deveria ser levado a julgamento perante a Magna Curia”.⁸

Toda essa ideologia que marcou o início de formação do *common law* favorecia a que, cada vez mais, os operadores do direito – juízes e advogados – invocassem os precedentes judiciais. Afirma-se, precisamente por essa razão, que, desde a sua fase embrionária, o *common law* mostrou natural vocação para ser um sistema de *case law*.⁹

Não havia regra jurídica que impusesse efeito vinculante ao precedente. Contudo, com frequência, “os juízes ressaltavam a relevância dos julgados, e, sobretudo de uma série de decisões conformes, como sendo os melhores intérpretes da lei, e a exigência de que tais decisões deviam ser seguidas para conferir certeza e continuidade ao direito”.¹⁰

Granvill, *Tractatus de legibus et consuetudinibus Regni Angliae tempore Regis Henrici secundi compositus*, escrito provavelmente entre 1187 e 1198.

8. “*Si autem aliqua nova et inconsueta emergerint et quae prius usitata non fuerint in regno, si tamen similia evenerint per simile iudicentur, cum bona sit occasio a similibus procedere ad similia. Si autem talia prius numquam evenerint, et obscurum et difficile sit eorum iudicium, tunc ponantur iudicia usque ad magnam curiam ut ibi per consilium curiae terminentur*” (texto latino compilado por George Woodbine, Yale University Press, 1942).
9. Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., p. 50.
10. Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico del diritto romano*, cit. p. 13.

A guarda e seleção das atas de julgamento (*court enrollments* ou, simplesmente, *plea rolls*), a partir de um *writ* real, de 1292, passam a ser observadas com o escopo de auxiliar no aprendizado do ensino jurídico. Esse costume já estava consagrado sob a coroa de Henrique VI (1422-1461), tomando-se inclusive o cuidado de traçar, com maior clareza e precisão, a questão de direito debatida no caso concreto.

Os denominados anuários – *Year Books* – de importância vital para a memória jurídica, transformaram-se em verdadeiros repositórios de “doutrina judicial”, consubstanciada essa em excertos de argumentos dos litigantes e de decisões judiciais – grosso modo, semelhante à arquitetura do Digesto de Justiniano – catalogados por assunto em ordem alfabética. A primeira versão impressa de um *Year Book*, atribuída a Statham, veio a lume em 1495.¹¹

2. PRECEDENTE VINCULANTE: TRADIÇÃO E PRAXE JUDICIÁRIA

Em meados do século XVI, seguindo uma natural evolução, o estilo dessas compilações foi substituído pelos *Law Reports*, em formato muito próximo aos repertórios de época moderna, com a transcrição textual do caso e do respectivo julgamento. É evidente que esse novo método possibilitava maior precisão no estudo e manuseio das anteriores decisões à guisa de precedentes.

Tornaram-se famosas as coleções de Edmund Plowden (1571), James Dyer (1585) e Edward Coke, este considerado o fundador da teoria moderna do precedente judicial, tendo

11. Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., pp. 64-65.

publicado, a partir de 1600, 11 volumes de repertórios (*Coke's Reports*), no exercício da função de *Chief Justice of the Common Pleas*.¹²

As notas elaboradas por Coke revelam que o seu esforço almejava, a um só tempo, imprimir certeza a uma prática que, durante três séculos, encontrava-se ainda desordenada, e, também, preservar os princípios jurídicos edificados pelo talento de juízes do passado, conservados nos respectivos julgamentos.

Prova suficiente do tirocínio apurado de Coke são, por exemplo, as suas considerações, em forma de *objections e resolutions*, no *Slade's Case* (ou *Slade v. Morley* [1602]), no qual se questionava se a mera troca de promessas implicava o aperfeiçoamento do contrato. Inúmeros juristas modernos vislumbram em tais anotações as bases estruturais da atual teoria dos contratos.¹³

É interessante notar que Coke atribuía maior relevância aos julgados mais recentes. A contribuição desse jurista – com a classificação dos precedentes, a tentativa de conciliar ou distinguir as decisões divergentes e o preciso discrimine entre *ratio decidendi e obiter dictum* – chegou a alcançar um certo

12. Pound, *El espíritu del "common law"*, cit., p. 31; Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., p. 68; Frederick G. Kempin Jr., *Historical Introduction to Anglo-American Law*, 2ª ed., St. Paul, West, 1973, p. 105.

13. Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., pp. 70-71. V., sobre a relevância desse *precedente* para o estudo do direito contratual, A. W. Brian Simpson, *A History of the Common Law of Contract. The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford, Clarendon, 1996, pp. 308 ss. Atente-se para o fato de que, no âmbito do direito codificado, o problema da responsabilidade derivada da ruptura das tratativas preliminares somente veio examinado muito tempo depois, na obra de Ihering (*De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, Oeuvres choisies, tr. fr. de O. de Meulenaere, t. 2, Paris, Libr. A. Marecq, 1893, pp. 40 s.).

grau de generalização, que realmente facilitava a citação dos precedentes.¹⁴

Matthew Hale, autor da clássica história do *common law*, asseverava, ainda no século XVII, que as decisões judiciais possuíam grande peso e autoridade, especialmente quando congruentes com anteriores julgamentos.¹⁵

Aduza-se, por oportuno, que até o século XVIII os mencionados *Law Reports* eram coletâneas particulares e, portanto, assegurava-se aos juízes ampla discricionariedade em acolher ou não um determinado precedente judicial.

Partindo desse pressuposto, afirmava Blackstone que a antiga regra de julgar com base no precedente paradigma poderia sofrer exceção quando a anterior decisão fosse contrária à razão ou, ainda, com maior evidência, contrária à lei divina. “Mas, mesmo nestas hipóteses” – continuava – “o precedente não deve ser seguido, ainda que os juízes subsequentes não pretendam criar direito, mas reproduzir o velho, conquanto errado”.¹⁶

Com a maturação necessária, a regra do precedente é aperfeiçoada, entendendo-se que não era o caso julgado em si que irrompia importante, mas, sim, a *ratio decidendi*, isto é, o princípio de direito contido na sentença.

14. Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico del diritto romano*, cit., p. 16.

15. *The History of the Common Law of England*, Chicago, Universidade de Chicago, 1971, p. 45.

16. *Commentaries on the Laws of England*, v. 1, ed. comemorativa da 9ª ed., London, Cavendish, 2001, pp. 51-52: “... For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was *bad law*, but that it was *not law*; that is, that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined...”.

Chief Justice Lord Mansfield, destacado magistrado da segunda metade do século XVIII, afirmou, em vários julgamentos, que: “O direito da Inglaterra seria mesmo uma estranha ciência se as decisões se fundassem apenas nos precedentes. Na verdade, os precedentes servem para iluminar os princípios e para conferir-lhes estável certeza”.¹⁷

É então a partir das primeiras décadas do século XIX que vem reconhecida a eficácia vinculante do precedente judicial.

Na decisão do caso *Beamish v. Beamish*, conduzida, em 1861, pelo Lord Campbell, ficou virtualmente estabelecido que a *House of Lords* estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos: “... o direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legisferar com autônoma autoridade”.

Desse modo, e por paradoxal que possa parecer, verifica-se que “a *doctrine of precedent* vem ancorada à teoria constitucional da separação dos poderes e da supremacia do Parlamento, tornando ‘heresia’ qualquer tentativa de superá-la”.¹⁸

No entanto, a mesma corte de justiça já havia declarado, anos antes, em *Bright v. Hutton* [1852], que, a exemplo de qualquer tribunal, “ela também possuía um inerente poder para corrigir eventuais erros que porventura tivesse cometido”.

17. V., e. g., *Jones v. Randall* [1774]. Consulte-se, a propósito, Jim Evans, *Change in the Doctrine of Precedent During the Nineteenth Century*, *Precedent in Law*, ed. Laurence Goldstein, Oxford, Clarendon, 1991, p. 36-38.

18. Cf. Luisa Antonioli Deflorian, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, *Rivista di diritto civile*, 39, 1993, p. 156.

Segundo consta, a *House of Lords* exerceu pela primeira vez essa prerrogativa uma centúria depois, somente em 26 de julho 1966, ocasião em que o *Chancellor* Lord Gardner proclamou, em nome de todos os componentes da corte, em uma resolução específica – *Practice Statement of Judicial Precedent* – que era prudente rever orientação emitida no passado, quando parecesse correto: “Os Law Lords consideram o uso do precedente um indispensável fundamento para determinar o direito e sua aplicação aos casos individuais. Este fornece pelo menos um grau de certeza sobre o qual os cidadãos podem nortear a conduta dos próprios negócios, e também uma base para o desenvolvimento ordenado das regras legais. Os Law Lords, todavia, reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode trazer injustiças em certos casos, e ainda restringir indevidamente a evolução futura do direito. Apesar de ser normalmente vinculante um precedente pronunciado da *House of Lords*, os seus integrantes propõem modificar a praxe atual, podendo superar uma precedente decisão quando pareça oportuno (“... *when it appears right to do so*”).

Esse *Practice Statement* assinalou, com certeza, marcante mudança de rumo na teoria do *stare decisis*, embora a aplicação prática dessa nova concepção sempre fosse muito reduzida: o primeiro caso registrado de *overruling* em tais termos é de 1968, seguindo-se-lhe um número insignificante.¹⁹

É evidente que aquela anterior postura, de intransigente rigidez, colocava a magistratura inglesa em difícil situação diante da evolução natural do direito. Revelava-se, portanto, de

19. Luisa Antonioli Deflorian, *Il ruolo del precedente giudiziale del common law inglese*, Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea (obra coletiva dir. Umberto Vincenti), *Rivista di diritto civile*, 39, 1993, p. 193-194.

todo precedente a afirmação que se tornou famosa, formulada na primeira metade do século XX, no sentido de que: “*o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota do futuro*”.²⁰

3. CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DO *STARE DECISIS*

A moderna teoria do *stare decisis* (da expressão latina: *stare decisis et non quieta movere = mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido*) informada pelo princípio do precedente (*vertical*) com força obrigatória externa para todas as cortes inferiores, veio definitivamente consagrada em prestigiada doutrina de um dos maiores juristas ingleses de todos os tempos, Sir Baron Parke J., que, por certo, inspirado na velha lição de Blackstone, escreveu: “O nosso sistema de *Common Law* consiste na aplicação, a novos episódios, de regras legais derivadas de princípios jurídicos e de precedentes judiciais; e, com o escopo de conservar uniformidade, consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, desde que não se afigurem ilógicas e inconvenientes, a todos os casos que surgirem; e não dispomos da liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos casos em que ainda não foram judicialmente aplicadas, ainda que entendamos que as referidas regras não sejam tão razoáveis e oportunas quanto desejaríamos que fossem. Parece-me de grande importância ter presente esse princípio de julgamento, não meramente para a solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência”.²¹

20. A. L. Goodhart, *Precedent in English and Continental Law and Case Law: a Short Replication*, *Law Quarterly Review*, 50, 1934, p. 61.

21. *Mirehouse v. Rennell* [1833]. V., a respeito, Jim Evans, *Change in the Doctrine of Precedent During the Nineteenth Century*, *Precedent in Law*, ed. Laurence Goldstein, Oxford, Clarendon, 1991, p. 64; Deflorian, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, cit., p. 155-156.