(Juris)prudência e sistemas
jurídicos: um breve estudo sobre a
modéstia judicial na *common law*
e no sistema romano-germânico*

*(Juris)prudence and legal systems: a
brief study on judicial modesty in
common law and Roman-Germanic
systems*

José Guilherme Berman**

RESUMO

Por influência do sistema jurídico da *common law*, os países de tradição jurídica romano-germânica têm experimentado um grande crescimento da importância da jurisprudência como fonte do direito. No Brasil, o fenômeno vem se desenvolvendo de forma acentuada nas últimas décadas, por meio de reformas legislativas e constitucionais que fortaleceram as

---

* Artigo recebido em 22 de novembro de 2012 e aprovado em 6 de fevereiro de 2014.

** Mestre e doutor em direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor adjunto de direito comparado (PUC-Rio) e de direito constitucional da Universidade Estácio de Sá (Unesa). Advogado no Rio de Janeiro. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: jgberman@gmail.com.

decisões proferidas por determinados tribunais. No entanto, a criação jurisprudencial do direito traz consigo problemas de legitimidade democrática que não podem ser ignorados. Com base na experiência desenvolvida em países de *common law*, nos quais os precedentes sempre foram protagonistas no rol de fontes do direito, o artigo apresenta algumas considerações a respeito da postura modesta que juízes devem adotar tanto ao se deparar com a aplicação de precedentes já estabelecidos como ao construir suas próprias decisões.

PALAVRAS-CHAVE

Direito comparado — precedentes — deferência — *common law* — romano-germânico

ABSTRACT

Influenced by the legal tradition of the common law, countries of Roman-Germanic legal systems are experiencing a wide expansion of the relevance of the case law as a source of law. In Brazil, this phenomenon is developing in a fast way in the last decades, due to legislative and constitutional reforms that strengthened the effects of decisions rendered by certain courts. However, judge-made law involves issues of democratic legitimacy that must be taken into consideration. Based on the experience of common law countries, in which precedents have always been the most relevant source of law, this article presents some consideration on the modest posture that judges must adopt when dealing both with previously established precedents and when constructing its own decisions.

KEYWORDS

Comparative law — precedents — deference — common law — Roman-Germanic

1. Introdução

Nos últimos anos, a valorização dos precedentes judiciais no direito brasileiro é tema que vem recebendo crescente atenção da doutrina. Reformas legislativas e constitucionais recentes fizeram crescer o papel da jurisprudência

como fonte do direito, algo que é descrito de forma quase unânime como decorrência da influência que a *common law* vem exercendo sobre sistemas ligados à família romano-germânica.

Mas existe uma grande distância entre a postura de juízes brasileiros no manuseio de precedentes — notadamente por parte dos integrantes de cortes superiores — e aquela adotada por juízes da *common law*. Esse ponto é especialmente importante quando se reconhece que a elaboração de normas gerais e abstratas por juízes, e não por legisladores eleitos pelo povo, pode ser considerada, *prima facie*, um arranjo institucional antidemocrático.

Justamente por essa razão, os países de tradição jurídica romano-germânica costumavam recusar aos juízes a possibilidade de criar normas de conduta aplicáveis a toda a sociedade. De fato, apenas no início do século XX, e não sem alguma relutância, é que se passou a reconhecer no Judiciário a função de “legislador negativo”, evidenciada quando são anuladas normas legislativas por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade, mas que não comporta uma atuação positiva por parte dos juízes.¹

Atualmente, sustentar que os juízes não exercem um papel criativo no desenvolvimento do direito no Brasil é uma postura não apenas ultrapassada, mas que pouca ou nenhuma relação guarda com a prática jurisdicional. Quanto a isso, parece interessante compreender como o sistema da *common law* foi capaz de conciliar o reconhecimento das decisões judiciais como verdadeiras fontes do direito (aptas, assim, a criar direitos e obrigações em caráter geral e abstrato) com o princípio democrático, como demonstram as experiências de países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia.²

Um dos elementos que permitem tal conciliação é justamente a modéstia de que juízes da *common law* parecem se investir ao manipular precedentes e desenvolver sua própria argumentação na resolução de um caso concreto colocado diante de si. A modéstia jurisdicional é aqui compreendida como a postura de deferência do julgador diante de uma opinião/interpretação manifestada por terceiro, que pode ser analisada ao menos sob duas perspectivas diferentes: deferência dos juízes perante (i) os precedentes existentes, e (ii) a opinião dos seus pares.

---

¹ Ver KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Especialmente, p. 150-155.

² Para uma defesa do caráter democrático da *common law*, ver STEILEN, Matthew. The democratic common law. *The Journal Jurisprudence*, v. 10, p. 437-485, jul. 2011. Ainda assim, vale notar que o autor reconhece que a principal crítica sofrida pela *common law* é a de que seria antidemocrática, na medida em que elaborada por juízes (*Ibid.*, p. 437).

Entre nós, o que se nota é que juízes brasileiros tendem a adotar uma postura excessivamente personalista, independentemente de terem um olhar retrospectivo ou prospectivo. Ou seja, preferem ater-se às suas convicções pessoais tanto quanto se deparam com casos que já foram analisados por outros juízes, como também ao decidir casos inéditos, que poderão servir de referência para julgamentos futuros. Com o crescimento da relevância dos precedentes, essa forma de atuar não se afigura a mais recomendável.

Na tentativa de racionalizar a utilização de precedentes judiciais como verdadeiras fontes de direito, capazes de produzir entendimentos diretamente aplicáveis a casos distintos daquele(s) decidido(s) pelas cortes, sem que isso gere fortes — e fundadas — acusações de usurpação da função democraticamente investida nos legisladores, o conhecimento de alguns aspectos da *common law* afigura-se particularmente útil. Afinal, toda uma família jurídica desenvolveu-se em torno dessa forma de atuação, sem que isso tenha posto em questão o caráter democrático desse sistema.

2. A função dos precedentes na *common law*

A tradição jurídica da *common law* possui um sistema de fontes substancialmente diferente do presente nos países da tradição romano-germânica. Enquanto nestes a legislação, representada especialmente pelas grandiosas obras de codificação desenvolvidas a partir do século XIX, ocupa o papel central no rol de fontes do direito, nos países que seguem o sistema derivado do direito inglês é a jurisprudência que desempenha tal função.³

Na doutrina juscomparatista não faltam exemplos de autores que confirmam a importância dos precedentes na *common law*. Como destaca René David, “O direito inglês, elaborado historicamente pelos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), é um direito jurisprudencial”.⁴ Outro grande comparatista, Mario Losano, reforça este ponto ao afirmar que “As fontes do direito britânico são, em ordem crescente de importância, o costume, a lei e os precedentes judiciais”.⁵

³ Não se ignora que nas últimas décadas a legislação — tanto nacional como a comunitária — vem desempenhando uma função cada vez mais relevante no sistema jurídico inglês. Isso, contudo, ainda não foi suficiente para retirar da jurisprudência o papel de protagonista no sistema de fontes daquela família.

⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 415. (grifou-se).

⁵ LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 333 (grifou-se).

O papel atribuído às decisões proferidas pelos tribunais ingleses decorre da própria formação daquele sistema jurídico: em vez de tomar por base o direito romano e consolidar-se em torno de grandes obras legislativas, como ocorreu nos países ligados à tradição romano-germânica, a unificação do direito no Reino Unido, com a substituição dos costumes locais por normas nacionais, deu-se a partir da resolução dos casos concretos pelos tribunais reais. Uma vez decidida determinada disputa, a regra utilizada para resolvê-la deveria ser aplicada, por uma questão de justiça, a casos futuros que envolvessem a mesma discussão.

Com isso, desenvolveu-se uma teoria de vinculação aos precedentes (*stare decisis*), que, nas palavras de Gary Slapper e David Kelly, "(...) significa que, dentro da estrutura hierárquica da Justiça inglesa, a decisão do tribunal superior vinculará os órgãos judiciais inferiores".⁶ E é assim, verificando se um caso similar já foi submetido à Justiça anteriormente e, em caso afirmativo, aplicando o precedente ali afirmado ao caso em exame, que se comportam os juízes de *common law*.

Mas essa aplicação do que foi decidido em casos anteriores a situações futuras exige um raciocínio jurídico bastante particular. Isso porque, para que uma decisão estabeleça uma regra de direito aplicável a casos futuros, é necessário, primeiro, que ela possua efeito vinculante (*binding effect*) e, segundo, que esse efeito vinculante recaia sobre a fundamentação, e não simplesmente sobre o dispositivo do caso concreto decidido.

O efeito vinculante é uma decorrência lógica do sistema do *stare decisis*. Com isso, um tribunal de hierarquia idêntica ou inferior à do tribunal que decidiu a questão em primeiro lugar é obrigado a seguir o precedente ali afirmado (e, mesmo quando o precedente provém de tribunal de hierarquia inferior, aquele que se depara sobre a questão, ainda que não esteja vinculado àquela decisão, certamente a levará em consideração).⁷

Mas a identificação do que é vinculante em determinada decisão é questão um pouco mais complexa. Para isso, os tribunais de *common law* recorrem à noção de *ratio decidendi*, expressão latina cuja tradução literal seria "razão da decisão". A *ratio decidendi* é a regra jurídica abstrata utilizada pelo tribunal para decidir determinado caso, sem guardar relação necessária com os fatos

⁶ SLAPPER, Gary; KELLY, David. *O sistema jurídico inglês*. Rio de Janeiro: GEN; Forense, 2011. p. 92.

⁷ *Ibid.*, p. 93.

a ele relacionados e que, justamente por isso, possui força vinculante para ser aplicada a outros casos semelhantes.⁸

Com isso, a fundamentação das decisões dos tribunais de países ligados à *common law* deve ser dividida em duas partes: a *ratio decidendi*, que possui força vinculante e, portanto, será aplicada a casos semelhantes que surgirem no futuro, e o *obiter dictum*, que consiste nos argumentos laterais, ou de reforço, que não possuem força vinculante.⁹ Embora ambos integrem a fundamentação da decisão (e não o seu dispositivo), a *ratio decidendi* explicita o princípio ou regra de direito sobre o qual o juízo baseia sua decisão e que deverá ser aplicado também aos casos futuros.¹⁰

Nem sempre, contudo, as decisões separam de forma objetiva os dois elementos, o que torna obrigatória a leitura atenta da integralidade do caso, e não simplesmente de sua ementa, como alertam Slapper e Kelly: “(...) a ementa é um resumo disponibilizado pelo repertório de jurisprudência e apenas reflete a opinião do organizador da jurisprudência sobre o que ele pensa que a ratio seja. Não raramente a ementa ignora algum ponto essencial do caso”.¹¹

É por força dessa doutrina de precedentes, amparada nos princípios do *stare decisis* e do *binding effect*, que a jurisprudência (*case law*) exerce a função de principal fonte do direito nos países da *common law*. Mais do que simplesmente uniformizar a interpretação dos textos legislativos, as decisões judiciais possuem força para estabelecer normas que serão aplicadas a casos futuros — ainda que eles não sejam idênticos aos já decididos.

Isso não significa que a jurisprudência seja a única fonte do direito naquele sistema — nem mesmo que seja a primeira em termos de hierarquia. O direito legislativo (*statutory law*), muito embora não possua a mesma abrangência dos precedentes jurisprudenciais, é considerado hierarquicamente superior a qualquer outra fonte do direito, na medida em que o Parlamento, responsável por sua elaboração, é tido como soberano na tradição constitucional inglesa.¹²

⁸ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997. p. 503-518. Consultar, também, GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, v. XL, n. 2, dez. 1930.

⁹ Sobre a distinção, na doutrina brasileira, consultar MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. p. 221-326.

¹⁰ Na definição oferecida pelo *Black's law dictionary*, *ratio decidendi* é “o princípio ou regra de direito em que se fundamenta a decisão do tribunal” (tradução livre. No original: “*The principle or rule of law on which a court's decision is founded*”).

¹¹ Gary Slapper e David Kelly, *O sistema jurídico inglês*, op. cit., p. 110-111.

¹² Para uma descrição clássica e ainda acurada da soberania parlamentar como um dos princípios fundamentais do direito constitucional inglês, ver DICEY, Albert Van. *Introduction*

Isso significa que, havendo uma lei (ou seja, um ato normativo elaborado pelo Parlamento — *statute* ou *Act*) aplicável a determinada situação, esse comando deverá prevalecer sobre qualquer outro — inclusive sobre a *common law* (o direito jurisprudencial). Mas, em que pese sua supremacia hierárquica, não é à lei que, em geral, juízes de *common law* irão recorrer para decidir os casos concretos. Como destaca René David, “O essencial é que a lei, na concepção tradicional inglesa, não é considerada como um modo de expressão normal do direito. Ela é sempre uma peça estranha no sistema inglês”.¹³

Dentro dessa lógica particular, a legislação é utilizada, muitas vezes, como uma forma de corrigir determinada regra que tenha sido estabelecida pela *common law*. Com isso, o legislador tem a prerrogativa de substituir a norma produzida pela jurisprudência por uma que provenha de sua vontade. O que se exige apenas é que, caso deseje realmente alterar o que diz a jurisprudência, deverá fazê-lo de forma explícita, pois, como anotam Slapper e Kelly, uma das presunções que os juízes adotarão ao interpretar leis do Parlamento é exatamente a de que não se desejou modificar a *common law*.¹⁴

Um exemplo de como *common law*¹⁵ e *statute law* se relacionam pode ser apresentado a partir da questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Canadá.¹⁶ Naquele país, a definição de casamento como “união vitalícia

---

to Study of the Law of the Constitution. Indianapolis: Liberty Fund, 1982 (baseada na 8. ed. original, 1914). Para uma visão contemporânea, ver GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Parliamentary sovereignty: contemporary debates*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Conferir também uma descrição da soberania parlamentar como um dos princípios basilares do direito constitucional inglês em BERMAN, José Guilherme. *Direito constitucional comparado e controle fraco de constitucionalidade*. Tese (doutorado em direito) — Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. cap. 4.

¹³ René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, op. cit., p. 434. Assim, mesmo que a legislação seja hierarquicamente superior a outras fontes no sistema de *common law*, o fato de o recurso a ela ser excepcional permanece como critério distintivo entre esta família e a romano-germânica.

¹⁴ Gary Slapper e David Kelly, *O sistema jurídico inglês*, op. cit., p. 83, de onde se extrai: “O Parlamento é soberano e pode alterar o common law sempre que desejar. Para fazê-lo, entretanto, o Parlamento deve expressamente promulgar leis naquele sentido. Se não houver uma intenção expressa naquele sentido, presume-se que a lei não fez qualquer alteração fundamental ao common law”.

¹⁵ Aqui a expressão *common law* é usada para se referir ao direito jurisprudencial (*case law*), em oposição ao direito legislativo, e não como denominação do sistema jurídico derivado da tradição jurídica inglesa. Essa é precisamente a primeira definição oferecida pelo *Black's law dictionary*: “conjunto de normas derivadas das decisões judiciais, e não de leis ou constituições” (tradução livre. No original: “the body of law derived from judicial decisions, rather than from statutes or constitutions”). Ao longo do artigo, conforme o caso, a expressão poderá ser utilizada em um ou outro sentido.

¹⁶ Para uma descrição da questão no direito constitucional canadense, consultar HOGG, Peter. Canada: the constitution and same-sex marriage. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 4, p. 712-721, 2006.

voluntária entre um homem e uma mulher, com exclusão de todas as outras” era encontrada, até 2005, na jurisprudência — mais precisamente, em um caso decidido em 1866.¹⁷

No início do século XXI, contudo, os tribunais das províncias de Québec, Columbia Britânica e Ontário decidiram que aquela definição, ao excluir da definição de casamento as uniões entre pessoas do mesmo sexo, violaria o direito à igualdade assegurado pela Carta de Direitos e Liberdades canadense.¹⁸ Com isso, alteraram a regra estabelecida pela *common law*, de forma a abrigar na definição de casamento as uniões homoafetivas, o que criou insegurança jurídica, na medida em que as outras províncias canadenses não seguiram o mesmo caminho.

Antes que a Suprema Corte exercesse seu papel de uniformização da *common law*, o governo federal, a quem a Constituição atribui competência para legislar sobre o casamento, decidiu tratar da questão de forma segura e uniforme: por meio da legislação. Mas, para evitar questionamentos jurídicos, optou por, primeiramente, elaborar uma consulta à Suprema Corte a respeito da constitucionalidade de leis que assegurassem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹⁹

Tendo recebido a resposta positiva da Suprema Corte,²⁰ o Parlamento editou, em 2005, uma lei federal (Civil Marriage Act) contendo uma definição de casamento distinta da que tradicionalmente havia sido estabelecida pela *common law*. Desde então, casamento, no Canadá, é definido legalmente (*rectius*, legislativamente) como “A união legítima entre duas pessoas, com exclusão de todas as outras”.²¹

A partir do momento em que o Parlamento exerceu sua competência, legislando sobre o casamento civil, os juízes canadenses deixaram de ter alternativa, a não ser fazer valer a vontade do legislador. A *common law*,

¹⁷ *Hyde v. Hyde and Woodmansee*, (1866) L.R. 1 P. & D. 130, 133 (Eng.).

¹⁸ *Egale Canada v. Canada*, (2003) 225 D.L.R.4th 472 (B.C. Ct. App.); *Halpern v. Canada*, (2003) 225 D.L.R.4th 529 (Ont. Ct. App.); *Hendricks v. Quebec*, [2002] R.J.Q. 2506 (Que. Sup. Ct.).

¹⁹ No Canadá, diferentemente dos Estados Unidos ou do Brasil, o Executivo pode submeter consultas à Suprema Corte sobre temas constitucionais, hipótese em que é oferecida uma opinião não vinculante (*advisory opinion*) sobre o assunto. Para uma descrição de tal processo, ver HUFFMAN, James L.; SAATHOFF, Mardi Lyn. *Advisory opinions and Canadian constitutional development: The Supreme Court's reference jurisdiction*. *Minnesota Law Review*, v. 74, 1989-1990.

²⁰ *Reference re Same-Sex Marriage* [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79.

²¹ *Civil Marriage Act*, 2005, art. 2º, tradução livre. No original: “*Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others*”.

portanto, deixou de disciplinar aquela matéria, dando lugar ao ato normativo elaborado pelo legislador democraticamente eleito.

Há, assim, uma relação bastante particular entre a jurisprudência e a lei no mundo da *common law*: enquanto a primeira é a principal fonte do direito, utilizada na maior parte das vezes para resolver conflitos pelos juízes, a segunda possui primazia hierárquica sobre o *case law*, muito embora sua utilização seja, em certa medida, excepcional.²²

Sendo certo, ainda, que não há norma sem interpretação — ou, em outras palavras, que a regra jurídica é resultado da soma do texto com a interpretação feita pelo respectivo aplicador²³ — também é oportuno ressaltar que os mecanismos interpretativos aplicados na *common law*, conforme se trate da aplicação de *case law* ou de *statute law*, são diferentes entre si — e diferentes, também, daqueles utilizados em países de tradição romano-germânica.

Ao lidar com os precedentes, a principal forma de raciocínio jurídico desenvolvida na *common law* é a analogia. A argumentação é bastante simples: se determinado caso foi decidido de certa maneira, outro caso que guarde semelhança relevante com aquele primeiro deve ser decidido da mesma forma. Analogamente, se há distinções suficientes entre um caso e outro, a regra extraída do primeiro deles não deve ser aplicada ao segundo — cuida-se, assim, de fazer a distinção (*distinguishing*) entre um e outro.²⁴

Como destaca Cass Sunstein, “Argumentação por analogia é a forma mais familiar de argumentação jurídica. Ela domina o primeiro ano dos cursos de direito e é parte característica dos textos de advogados e juízes”.²⁵ E, mesmo não sendo a única forma de raciocínio jurídico (sequer a mais refinada delas), o mesmo autor observa que a analogia “se encaixa particularmente bem em um sistema baseado no princípio do *stare decisis*”.²⁶

Já a interpretação do direito legislativo (*statutory interpretation*) possui outros métodos e regras no universo da *common law*. Dada a distinta concepção de lei aplicada naquele sistema, especialmente quando comparada à do romano-germânico, é natural que os métodos interpretativos utilizados em cada um deles também sejam diferentes.

²² Sobre a relação entre direito legislativo e jurisprudencial na *common law*, consultar CANE, Peter. Taking disagreement seriously: courts, legislatures and the reform of tort law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 3, p. 393-417, 2005.

²³ Ver GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. cap. I.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. cap. III, item 4.

²⁵ SUNSTEIN, Cass R. Commentary: on analogical reasoning. *Harvard Law Review*, v. 106, p. 741, 1992-1993. Tradução livre.

²⁶ *Ibid.*, p. 791.

Quando se trata de interpretar o direito legislativo, o método interpretativo dominante na *common law* é o literal.²⁷ Em situações excepcionais — mas que vêm se tornando cada vez mais corriqueiras — os juízes se afastam do sentido literal das palavras para desenvolver uma interpretação teleológica (*purposive*). Especificamente no caso inglês, a presença da legislação comunitária — redigida ao modo romano-germânico — torna a utilização dessa forma de interpretação mais frequente.²⁸

Nas situações mais comuns, em que a interpretação será feita de forma tradicional, sem que seja necessário indagar-se a respeito da finalidade da norma ou dos princípios que lhe são subjacentes, os juízes ingleses recorrem a três regras principais de interpretação: a regra literal (*the literal rule* ou *plain meaning rule*), a regra de ouro (*the golden rule*) e a regra da infração (*the mischief rule*).²⁹

A regra literal é a mais simples, resumida por Slapper e Keely na afirmação de que “o juiz deve considerar o que a legislação de fato diz, e não o que ela deveria dizer. Para tanto, o juiz deve dar às palavras da lei seu significado literal — isto é, seu significado comum, ordinário, cotidiano — mesmo quando o efeito disso for considerado injusto ou indesejado”.³⁰

A regra de ouro, por sua vez, autoriza que o juiz empregue um significado que não seja o comum às palavras empregadas pelo legislador. Mas isso só pode acontecer quando a atribuição dos significados comuns “gere uma inconsistência semântica, ou um absurdo ou inconveniência tão grande que convença o juiz que a intenção não era usá-las em sua significação comum, de forma a autorizar o juiz a utilizar outra acepção dos vocábulos”.³¹

²⁷ Gary Slapper e David Kelly, *O sistema jurídico inglês*, op. cit., p. 72.

²⁸ Como descrevem Jupille e Caporaso, “(...) [a] interpretação literal formou a abordagem tradicional dos tribunais ingleses na interpretação legal. Com o ingresso na Comunidade Europeia, os tribunais ingleses foram autorizados, no escopo do direito europeu e na interpretação de linguagem legal *ambigua*, a interpretar o direito doméstico como se este fosse compatível com o direito europeu” (Tradução livre. No original: “Recall that literal interpretation formed the traditional approach of English courts to statutory construction. With entry into the European Communities, English courts were authorized in the realm of European law and interpreting ambiguous statutory language to construe domestic law as if it were consistent with European law.”). A partir especialmente do julgamento do caso *Pisckstone v. Freemans* ([1999] 1 AC 66), a Casa dos Lordes passou a admitir a interpretação finalística mesmo quando a linguagem não fosse ambígua e também o recurso aos debates parlamentares como forma de se estabelecer a intenção do legislador. Cf. JUPILLE, Joseph; CAPORASO, James A. British statutory interpretation in the light of community and other international obligations. *European Political Science Review*, n. 1, p. 215-216, 2009.

²⁹ WILLIS, John. Statute interpretation in a nutshell. *The Canadian Bar Review*, v. XVI, n. 1, p. 1, jan. 1938.

³⁰ Gary Slapper e David Kelly, *O sistema jurídico inglês*, op. cit., p. 76.

³¹ *Ibid.*, p. 78.

A regra da infração (*mischief rule*) é a mais controvertida das três, especialmente por ser a única que autoriza o juiz a olhar para a motivação política subjacente à edição da lei. Ela consiste em quatro considerações que os juízes devem realizar: qual era a *common law* à época da elaboração da lei; qual a infração da lei que a *common law* não enfrentava adequadamente; qual sanção o Parlamento pretendia impor àquela infração; e qual a razão para se adotar aquela sanção.³² Aplicando essa regra, por exemplo, as cortes inglesas condenaram um homem por direção alcoolizada de uma “carruagem”, ainda que ele estivesse conduzindo uma bicicleta.³³

É verdade que nas últimas décadas a utilização da interpretação teleológica, em vez da literal, vem crescendo de forma acentuada. Mas isso não afasta o ponto que aqui se deseja afirmar: na interpretação das leis, os métodos empregados pelos juízes de *common law* não permitem afirmar que, hierarquicamente, o *case law* estaria acima da legislação — ao contrário, a vontade do legislador é considerada soberana e, portanto, inderrogável pelos juízes. Mesmo quando se admite a utilização de uma interpretação finalística, os tribunais buscam apenas explicitar a vontade do próprio legislador, recorrendo, inclusive, aos arquivos contendo os debates parlamentares.³⁴

3. Modéstia na aplicação de precedentes na *common law*

Para que um sistema baseado na reprodução de precedentes funcione de forma adequada, os juízes responsáveis pela aplicação do direito aos casos concretos devem estar imbuídos de certa dose de modéstia. Afinal de contas, respeitar um precedente significa curvar-se a um entendimento que foi manifestado por terceiro, e que não necessariamente coincide com o daquele juiz. O ponto é descrito por Mark Tushnet da seguinte forma:

O segundo juiz ou tribunal a enfrentar a mesma questão dirá, com efeito: “Com certeza, o primeiro julgador a confrontar-se com a questão jurídica do caso foi sorteado aleatoriamente. Mas não há razão para supor que eu seja um juiz melhor do que ele ou ela [aqui reside o elemento da humildade] e, portanto, não há razão para pensar que,

---

³² John Willis, *Statute interpretation in a nutshell*, op. cit., p. 14.

³³ Gary Slapper e David Kelly, *O sistema jurídico inglês*, op. cit., p. 80.

³⁴ Ver nota de rodapé n. 30, *supra*.

examinando o mérito da questão, eu chegarei a uma conclusão melhor do que aquela a que chegou o primeiro julgador. Posso poupar o tempo e a energia de todos simplesmente ao seguir a orientação do primeiro julgador, e se assim eu não fizer, disso não decorrerá, de qualquer modo, a certeza de que a causa teve um resultado mais consonante com aquilo que o direito ‘verdadeiramente’ prevê”. É importante enfatizar, aqui, que as razões de humildade operam em qualquer nível do sistema judiciário, desde o juiz de primeiro grau ao juiz da mais alta Corte. Mesmo Ministros da Suprema Corte devem ter em conta de que, em linha de princípio, eles não têm motivos específicos para pensar que são melhores ao produzir interpretação jurídica do que os seus predecessores.³⁵

Essa postura humilde que se exige dos juízes que atuam num sistema em que os precedentes possuem força vinculante pode ser analisada sob uma dupla perspectiva: a primeira, mais evidente, sugere deferência perante os julgamentos anteriores já proferidos sobre determinado assunto. A segunda, com aplicação somente aos órgãos colegiados, consiste na deferência perante a opinião manifestada pelos colegas de tribunal.

Mesmo que a obrigação de respeitar um precedente não decorra de imposição legal — como acontece em relação aos precedentes horizontais (ou seja, proferidos pela mesma corte que se depara sobre determinado caso) —, ainda assim pode-se argumentar que há boas razões para defender que o tribunal, adotando uma postura humilde, deve curvar-se à decisão tomada pelo mesmo colegiado em outro momento. Um exemplo categórico de como isso pode ocorrer é fornecido pelo julgamento do caso *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*.³⁶

Naquela ocasião, em 1992, a Suprema Corte estadunidense tinha de decidir se manteria ou modificaria uma de suas mais polêmicas decisões: *Roe v. Wade*,³⁷ proferida em 1973, por meio da qual declarou-se inconstitucional a proibição do aborto, sob o argumento de que isso violaria o direito à liberdade (privacidade) da gestante. O ponto central aqui é que a composição da corte em 1992 era significativamente mais conservadora do que em 1973 — sendo

---

³⁵ TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, ano 38, v. 218, p. 102, abr. 2013.

³⁶ 505 U.S. 833 (1992).

³⁷ 410 U.S. 113 (1973).

mesmo possível afirmar que a maioria dos seus integrantes discordava, quanto ao mérito, da decisão proferida em *Roe v. Wade*. Por essa razão, havia forte expectativa de que o aborto pudesse voltar a ser proibido pelos legisladores de cada estado norte-americano, o que não se confirmou.

O principal argumento para a manutenção do que fora decidido em *Roe v. Wade* não foi o acerto daquela decisão ou a importância de resguardar os direitos associados à liberdade/privacidade da mulher. Na verdade, as considerações que levaram a Suprema Corte a manter o entendimento anterior estavam ligadas principalmente à segurança jurídica e à necessidade de respeitar precedentes que criaram expectativas na sociedade a respeito dos comportamentos legalmente admitidos. A transcrição de parte da ementa é ilustrativa:

(...) (c) A aplicação da doutrina do *stare decisis* confirma que o dispositivo de *Roe* deve ser reafirmado. Ao reexaminar essa decisão, o julgamento da Corte deve ser balizado por uma série de considerações prudentes e pragmáticas, a fim de testar a consistência da superação da decisão com o ideal do Estado de Direito, e avaliar os respectivos custos de reafirmá-la e de superá-la.

(...)

(e) A limitação ao poder do Estado imposta por *Roe* não pode ser repudiada sem causar grave inquietude para pessoas que, por duas décadas de desenvolvimentos sociais e econômicos, planejaram suas relações íntimas e fizeram escolhas que definiram suas visões a respeito de si mesmas e de seu lugar na sociedade confiando na possibilidade de fazer um aborto caso os métodos de contracepção falhassem. A habilidade das mulheres para participar igualmente na vida social e econômica do país foi facilitada pela possibilidade de controlar sua vida reprodutiva. A Constituição serve a valores humanos, e, embora o efeito da confiança em *Roe* não possa ser medido de forma precisa, tampouco podem ser desprezados certos custos na superação de *Roe* para o povo que tem organizado seus pensamentos e suas vidas a partir daquele caso.

(...)

(h) Uma comparação entre *Roe* e duas linhas decisórias de importância semelhante — a linha identificada em *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, e a linha que se inicia em *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 — confirma o resultado aqui alcançado. Essas linhas foram superadas

— respectivamente, por *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379³⁸ e por *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483³⁹ — com base na mudança dos fatos, ou de sua compreensão, ocorrida depois do momento em que as decisões foram proferidas. As decisões reformadoras eram compreensíveis para a Nação, e defensáveis como a resposta da Corte às novas circunstâncias. Por outro lado, como nenhum dos fatos subjacentes a *Roe* mudou (e porque nenhuma outra indicação de enfraquecimento do precedente foi demonstrada), a Corte não pode pretender reexaminar *Roe* sob qualquer justificativa além da divergência entre a atual disposição doutrinária do tribunal e aquela manifestada pela Corte de *Roe*. Esta não é uma base adequada para superar um julgamento anterior.

(i) A superação da determinação central de *Roe* não alcançaria apenas um resultado injustificável à luz do princípio do *stare decisis*, mas enfraqueceria gravemente a capacidade da Corte de exercer o poder jurisdicional e de funcionar como a Suprema Corte de uma Nação que respeita o Estado de Direito. Quando a Corte atua para resolver o tipo de controvérsia única, intensamente disputada, como a que trata *Roe*, sua decisão possui uma dimensão não vista em casos ordinários, e por isso possui uma rara força como precedente, de forma a obstruir os inevitáveis esforços para superá-la e para ameaçar sua implementação. Apenas a justificativa mais convincente sob os *standards* aceitos e aplicáveis aos precedentes poderia demonstrar de forma satisfatória que a superação do precedente por uma decisão posterior não seria simplesmente a submissão à pressão política e um repúdio injustificado do princípio sobre o qual a Corte baseou sua autoridade desde o princípio. Mais do que isso, a perda de confiança no Judiciário seria realçada pela confirmação da falha da Corte em atender

---

³⁸ *Lochner v. New York* é um paradigmático caso, julgado em 1905, que simboliza a atuação da Suprema Corte contra a intervenção estatal. Naquele caso, foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei do estado de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos empregados de padarias, sob o argumento de que tal restrição violaria a liberdade contratual de trabalhadores e empregadores. A postura da Suprema Corte foi alterada apenas em 1937, no julgamento do caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, quando já havia uma grande crise entre o presidente Franklin D. Roosevelt e o tribunal, que se recusava a cancelar leis relacionadas à política do *New Deal*.

³⁹ *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896, representa a chancela da Suprema Corte à discriminação racial representada pela política do “separados, porém iguais”, que autorizava o oferecimento separado de serviços públicos para brancos e negros. A superação do precedente veio apenas em 1954, com o julgamento de *Brown v. Board of Education*, que determinou a integração racial nas escolas públicas.

aos anseios daqueles que cumprem a decisão, mesmo sofrendo suas consequências. Uma decisão que superasse o dispositivo de *Roe* sob as atuais circunstâncias corrigiria um erro — se erro houvesse — ao custo de causar um dano profundo e desnecessário à legitimidade da Corte e ao compromisso da Nação com o Estado de Direito.

Na realidade, sequer seria necessário o recurso a um caso de tamanha importância para demonstrar que a aplicação de um precedente consiste em um exercício de modéstia. Basta que o juiz deixe de tecer considerações a respeito de sua compreensão pessoal a respeito de determinada questão, limitando-se a fazer referência ao julgamento de seus colegas que primeiro se depararam sobre ela, para que se confirme o ponto. Mas são casos como *Planned Parenthood* que evidenciam sobremaneira a importância da deferência perante os precedentes anteriores.

Essencialmente, o que a Suprema Corte reconhece no julgamento transcrito é que o ideal do estado de direito — do qual deriva o princípio da segurança jurídica — impede que decisões sejam alteradas simplesmente por mudança na composição (e, conseqüentemente, na opinião) da Suprema Corte. Essa decisão reconhece que o direito comporta questões controversas e que uma das suas funções, ao decidir exatamente esse tipo de questão, é oferecer uma palavra final sobre o ponto, tornando assim previsível a conduta dos integrantes da sociedade, que poderão pautar seu comportamento de acordo com o que foi ali decidido — independentemente do mérito do que foi decidido.⁴⁰

Ainda que haja intensa controvérsia a respeito da legitimidade de questões altamente controvertidas (como o aborto) serem decididas pelo Judiciário,⁴¹ Schauer e Alexander oferecem três razões bastante convincentes para que a autoridade das cortes, mesmo nessas matérias, não seja contestada. Resumidamente, os autores defendem que as decisões judiciais cumpram de forma mais adequada do que as instituições políticas a função de

---

⁴⁰ Para um resumo dos argumentos contrários e favoráveis à necessidade de se colocar um ponto final às discussões constitucionais pela Suprema Corte, ver FARBER, Daniel A. The importance of being final. *Constitutional Commentary*, v. 20, p. 359-368, 2003.

⁴¹ Atualmente, um dos maiores críticos à atuação do Judiciário é Jeremy Waldron. Do próprio autor, ver WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003 e The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006. Para uma síntese de seu argumento, ver BERMAN, José Guilherme. Direitos, desacordo e *judicial review*: um exame da crítica de Jeremy Waldron ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Teoria constitucional norte-americana contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

determinação inerente ao direito, uma vez que o Judiciário é menos suscetível a forças majoritárias e que os poderes políticos não seriam os mais indicados para controlar seus próprios atos. Além disso, a resolução de questões controversas pelo Judiciário oferece maior estabilidade tanto no tempo (já que precedentes tendem a ser mais estáveis do que a opinião da maioria) quanto entre as diferentes instituições do governo, cuja composição varia com maior frequência.⁴²

Essas razões, desenvolvidas pelos autores mencionados para justificar o papel do Judiciário na resolução de questões altamente controvertidas, são ainda mais convincentes quando aplicadas a casos ordinários, em relação aos quais não há grande discussão a respeito de quem deveria decidi-los. Afinal de contas, também nessas hipóteses segurança e estabilidade parecem ideais relevantes, que não podem ser comprometidos pelo fato de se tratar de um sistema jurídico no qual os precedentes desempenham uma função criativa.

Mas não é apenas quando olham para o passado (ou seja, para os casos já decididos pelos tribunais) que a modéstia se revela uma poderosa aliada dos juízes de *common law*. Ao decidir casos presentes colocados diante de si, os juízes devem ter em mente que possivelmente estarão desenvolvendo uma regra que deverá vir a ser aplicada na resolução de outras disputas. E, também nessa perspectiva com o olhar voltado para o futuro, uma boa dose de modéstia é aconselhável.

Esta recomendação é especificamente aplicável aos casos decididos por órgãos colegiados — como costumam ser as instâncias superiores, tanto na *common law* quanto no sistema romano-germânico. Nesse sentido, a modéstia se faz recomendável não perante juízes do passado, que já decidiram a mesma questão posta em discussão, mas sim em relação aos demais colegas de tribunal. Em vez de simplesmente expor seu próprio pensamento sobre a questão discutida, o integrante do tribunal deve deliberar com seus colegas sobre a melhor solução para o caso.⁴³

---

⁴² ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, p. 1.377-1.378, maio 1997, especialmente a nota de rodapé 80.

⁴³ Muito embora em ambas as situações a modéstia implique um comportamento semelhante por parte dos juízes, que devem demonstrar deferência perante a opinião de outros magistrados (ora os que decidiram a mesma questão anteriormente, ora seus colegas de corte), há uma importante diferença entre elas: no primeiro caso, a deferência implica simplesmente a aplicação do entendimento que outros juízes manifestaram, sem possibilidade de interferência na solução dada, enquanto no segundo é possível influenciar o resultado que será dado à questão. Deferência, nessa situação, significa disposição para levar a sério o argumento dos demais colegas de tribunal, respeitando sua opinião e buscando uma resposta unívoca, na

A adoção do método deliberativo por órgãos colegiados para decidir questões em última instância pressupõe que a discussão entre diversos julgadores experientes aumenta as chances de se alcançar um bom resultado. Em interessante estudo, Virgílio Afonso da Silva destaca duas das vantagens desse método: permitir o compartilhamento de informações que poderiam ser desconhecidas pelos demais julgadores e reduzir os limites à racionalidade dos juízes, ao permitir que eles se beneficiem dos argumentos suscitados pelos seus colegas, aprendendo com eles ou se esforçando para rebatê-los com novos argumentos.⁴⁴

É importante destacar que o método deliberativo adotado por órgãos colegiados não equivale ao método agregativo, no qual os votos são proferidos individualmente, sem qualquer tipo de debate, sendo vencedora a tese que obtiver a maioria (como o adotado em votações parlamentares). Na deliberação existe uma fase interna, que serve justamente para que os juízes discutam entre si o caso, procurando convencer uns aos outros de qual seria a melhor solução. Essa é precisamente uma das vantagens de se adotar a deliberação como forma de decidir em tribunais colegiados.⁴⁵

Ao julgar as questões colocadas diante de si, os tribunais atuam como um corpo orgânico, e não como um simples aglomerado de juízes. Como destaca, novamente, Virgílio Afonso da Silva, “é preciso que um tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, fale ‘como instituição’, de forma ‘clara’, ‘objetiva’, ‘institucional’ e, sempre que possível, ‘única’”.⁴⁶

Pensando especificamente na construção de precedentes que deverão vir a ser aplicados a casos futuros, o método deliberativo possui enorme utilidade, na medida em que a decisão a que se chega é considerada a “opinião da Corte”, e não simplesmente a de seus integrantes (ou, o que é pior, de parte deles). Afinal, apenas quando se olha para uma decisão como produto de uma instituição é possível compreendê-la como uma referência útil para a resolução de casos futuros. Neste sentido, Peter Cane parece ter razão ao afirmar:

---

qual, ainda que haja opiniões divergentes, se possa identificar uma decisão colegiada, e não uma mera soma de opiniões individuais.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

⁴⁵ Sobre a distinção entre as fases interna e externa de deliberação, ver SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 211. Embora o autor trate especificamente do controle de constitucionalidade, entende-se que o mesmo raciocínio é válido para a construção de precedentes em geral, não apenas em questões constitucionais.

O individualismo judicial pode ter um efeito extremamente deletério sobre o processo de criação de normas através da jurisprudência. A *common law* encontra-se não nas decisões e ordens dos tribunais, mas nas fundamentações dessas decisões e ordens. Quanto mais diversas, individualistas e descoordenadas forem as fundamentações, menor será sua contribuição para o desenvolvimento coerente da *common law*. No limite, a resolução de uma disputa por um tribunal colegiado pode produzir apenas uma decisão, mas nenhuma *ratio decidendi*. Certo grau de colegialidade e coordenação não é inimigo, ao contrário, é algo essencial ao desempenho adequado da função constitucionalmente relevante de criar normas através da jurisprudência; e, quanto maior a corte, maior essa necessidade. Individualismo excessivo por parte de juízes integrantes desses tribunais representa uma ameaça à sua própria legitimidade e aos valores do Estado de Direito.⁴⁷

É amplamente discutível se os tribunais de países da *common law* de fato raciocinam de forma institucional. Peter Cane afirma que nos Estados Unidos, sim, mas na Inglaterra e na Austrália, não. Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, enxerga a Suprema Corte estadunidense de forma distinta, ao afirmar que “No caso americano, os juízes praticamente não interagem entre si e não deliberam no sentido estrito da palavra”.⁴⁸ Mas isso não interfere no ponto aqui desenvolvido: o raciocínio institucional favorece a criação de precedentes que poderão ser aplicados de forma racional para resolver casos futuros.

O raciocínio institucional, ou seja, a resolução de questões por tribunais como um conjunto, a partir da deliberação travada entre seus integrantes, além de ser relevante para um sistema em que os precedentes desempenhem um papel central, pressupõe, também, boa dose de modéstia no comportamento dos magistrados. Afinal, a deliberação na forma de colegiado implica um mínimo de deferência perante os colegas de corte, como assinala o professor da USP:

O colegiado implica, entre outras coisas, (i) disposição para trabalhar como uma equipe; (ii) ausência de hierarquia entre os juízes (ao menos

---

⁴⁷ CANE, Peter. “Taking Disagreement Seriously: Courts, Legislatures and the Reform of Tort Law”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, op. cit., p. 404, tradução livre.

⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”, op. cit., p. 211.

no sentido de que os argumentos de todos os juízes possuem o mesmo valor); (iii) disposição de escutar os argumentos suscitados por outros juízes (i.e., estar aberto à possibilidade de convencimento por bons argumentos de outros juízes); (iv) cooperação no processo decisório; (v) mútuo respeito entre os juízes; (vi) disposição para falar, sempre que possível, não como uma soma dos indivíduos, mas como instituição.⁴⁹

O que se mostra preocupante é que, no Brasil, os integrantes dos principais tribunais do país não parecem especialmente preocupados com as considerações de humildade aqui expostas. Não se percebe em sua conduta qualquer deferência perante precedentes mais antigos, tampouco perante a opinião de seus pares. A situação se agrava quando lembramos que os precedentes são citados recorrentemente como uma fonte de crescente importância em nosso sistema jurídico, ocupando um papel bem mais relevante do que aquele que tradicionalmente a eles se reserva. É dessa transformação que se passa a tratar.

4. O papel dos precedentes no sistema romano-germânico

Em sua descrição clássica, o papel que os precedentes ocupam nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica é, sem sombra de dúvida, bem mais tímido do que aquele desempenhado na tradição da *common law*. Isso não significa negar aos precedentes relevância dentro desse sistema jurídico, porém os julgadores jamais decidem os casos sem fazer referência à legislação, nem se encontram vinculados pelas decisões proferidas por outros juízes, o que diminui consideravelmente sua importância como fonte do direito.

Ao descrever o desenvolvimento de um “Direito judicial”, Karl Larenz aborda a questão em longa, porém elucidativa passagem, que merece transcrição:

Apesar disso [da formação do “Direito judicial”], a questão de se os precedentes são fontes do “Direito vigente”, se o “Direito judicial” se equipara ao Direito legal, não pode ser respondida afirmativamente. Tão pouco os

---

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. “Deciding without deliberating”, op. cit., p. 562-563, tradução livre.

*tribunais, segundo a nossa organização jurídica, estão indubitavelmente “vinculados” aos precedentes como estão, por exemplo, à lei. Não é o precedente como tal que vincula, mas a norma nele concretamente interpretada ou concretizada. Porém, todo o juiz que haja de julgar de novo a mesma questão pode e deve, em princípio, decidir independentemente, segundo a sua convicção formada em consciência, se a interpretação expressa no precedente, a concretização da norma ou o desenvolvimento judicial do Direito são acertados e estão fundados no Direito vigente. Portanto, o juiz não deve aceitar de certo modo “cegamente” o precedente. Não só está habilitado, mas mesmo obrigado, a afastar-se dele se chega à conclusão de que contém uma interpretação incorrecta ou um desenvolvimento do Direito insuficientemente fundamentado, ou que a questão, nele corretamente resolvida para o seu tempo, tem que ser hoje resolvida de outro modo, por causa de uma mudança da situação normativa ou da ordem jurídica no seu conjunto.*⁵⁰

Neste sistema é a lei, compreendida como obra do legislador, dotada de aplicação geral e abstrata, que oferece as bases para um desenvolvimento do direito que assegure o respeito à igualdade e à segurança jurídica. Os precedentes não são (ou pelo menos não costumavam ser) protagonistas na criação de direitos e obrigações, tampouco são responsáveis pela estabilidade do direito. Como afirma René David, “A jurisprudência é muito excepcionalmente autorizada a utilizar esta técnica [de elaboração das regras de direito]”.⁵¹

Tudo isso coloca a jurisprudência (e, por conseguinte, o papel dos juízes), no sistema romano-germânico, em uma situação que pode ser descrita de duas perspectivas: primeiro, seu papel criativo será sempre restringido pela figura do legislador, na medida em que apenas dentro do quadro desenhado pelas leis é que o intérprete poderá atuar. Segundo, a interpretação desenvolvida por um tribunal (de qualquer hierarquia) na análise de determinado caso concreto não possui efeito vinculante em relação aos juízes que vierem a decidir casos semelhantes futuramente.⁵²

⁵⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 612.

⁵¹ René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, op. cit., p. 150. Na mesma página, prossegue o festejado comparatista: “A jurisprudência abstém-se de criar regras de direito, porque esta é, segundo os juízes, tarefa reservada ao legislador e às autoridades governamentais ou administrativas chamadas a completar a sua obra”.

⁵² *Ibid.*, p. 150-151.

Acresce-se a isso o fato de que a principal função dos precedentes, no Brasil e no sistema romano-germânico em geral, é permitir a uniformização da interpretação dos textos legislativos, notadamente quando afirmada pelos tribunais superiores. Não se trata de uma função propriamente criativa, na medida em que as decisões sempre terão por referência a obra do legislador, limitando-se a definir qual o sentido que lhe deve ser atribuído. Diante de tais características, é natural que, ao lidar com precedentes, juízes em países de tradição jurídica romano-germânica adotem uma postura bastante distinta da de seus pares na *common law*. E isso pode ser percebido tanto em um olhar retrospectivo quanto prospectivo.

Em relação ao passado, ou seja, às decisões anteriormente proferidas sobre a mesma matéria, os juízes têm uma postura de independência, visto que não são a elas vinculados, mesmo quando provenientes de órgãos hierarquicamente superiores na estrutura judiciária (ausência do *binding effect* e do *stare decisis*). Olhando para o futuro, os aplicadores do direito têm preocupação em decidir apenas o caso concreto colocado diante de si, mas não em criar uma regra que deverá necessariamente ser aplicada a casos futuros — esse papel cabe ao legislador.

Quando se pensa em termos de modéstia no comportamento do julgador, a situação no sistema romano-germânico é ambígua: de um lado, o papel dos juízes é tímido, eis que apenas resolvem situações específicas, limitando-se os efeitos de suas decisões às partes que buscaram o Judiciário para resolver aquele conflito específico. A regra que o juiz criar para aquela situação valerá exclusivamente para ela, já que as normas gerais e abstratas devem ser elaboradas, com exclusividade, pelos legisladores.

Por outro lado, os juízes possuem uma enorme independência em relação à atuação de seus pares, estando livres para decidir de forma diferente deles, bastando, para isso, sua convicção pessoal de que a decisão anterior estava equivocada. Essa independência não chega a ameaçar a integridade do direito ou o princípio democrático, tendo em vista a primazia da lei e a importância relativamente pequena que os precedentes tradicionalmente possuem nessa família jurídica.

Da descrição anterior, parece possível extrair duas premissas aplicáveis à família romano-germânica em geral: (i) os precedentes não são capazes de criar direitos e obrigações de forma geral e abstrata; e (ii) os juízes são independentes para decidir os casos colocados diante de si segundo sua convicção pessoal, sem estarem vinculados a entendimentos divergentes

do seu. Mas, no Brasil, assim como em diversos países de tradição romano-germânica, a primeira dessas premissas vem passando por significativa transformação. Disso deveria decorrer uma modificação similar na segunda — mas não é o que se observa.

O crescimento da importância dos precedentes como fonte do direito no Brasil é fenômeno hoje indiscutível. Reformas legislativas e constitucionais ampliaram a presença de ações coletivas (tanto em processos subjetivos como objetivos), cujas decisões produzem efeitos para além das partes envolvidas na discussão,⁵³ criaram mecanismos processuais que facilitam o respeito aos precedentes decididos por instâncias superiores⁵⁴ e atribuíram efeito vinculante a determinadas decisões.⁵⁵ Nunca estivemos tão próximos de reconhecer os princípios do *stare decisis* e do *binding effect* como parte integrante de nosso sistema jurídico.

Uma das razões para que isso tenha acontecido pode ser a inconsistência entre o tímido papel que os precedentes teoricamente deveriam desempenhar no Brasil (eis que sua força estaria sempre limitada pela lei e adstrita às partes litigantes) e aquele que verdadeiramente exercem. Ou seja, a independência judicial não deveria ser tão nociva, uma vez que os precedentes não teriam relevância destacada. Mas essa descrição não parece corresponder à realidade. Neste sentido escreve Luiz Guilherme Marinoni, tendo por referência principalmente o papel do juiz ao exercer o controle de constitucionalidade:

Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei. O seu papel, como é evidente, nega a ideia de supremacia do legislativo.

⁵³ Ver especialmente as Leis nºs 7.347/1985 (regulamenta a ação civil pública), 9.868/1999 (regulamenta a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade) e a 9.882/1999 (regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental).

⁵⁴ Exemplificadas pelos arts. 557 (permite que o relator negue seguimento a recursos que estejam em confronto com súmula ou jurisprudência dominante nos tribunais superiores), 543-B (trata da repercussão geral no recurso extraordinário e permite que casos idênticos recebam a mesma solução, baseado no *leading case* julgado pelo STF) e 543-C (disciplina o julgamento de questões repetitivas pelo STJ, pela via do recurso especial), todos do Código de Processo Civil.

⁵⁵ A previsão original estava contida no artigo 103, §2º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, depois alterada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. No plano da legislação ordinária, o efeito vinculante está previsto nas Leis nºs 9.868/1999 e nº 9.882/1999.

Lembre-se que o juiz, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o legislativo. A feição judicial da imposição do direito também é clara — ou ainda mais evidente — ao se prestar atenção na tarefa que o juiz exerce quando supre a omissão do legislador diante dos direitos fundamentais. Ora, isso apenas pode significar, aos olhos dos princípios e da tradição do *civil law*, uma afirmação do poder judicial com força de direito, nos moldes do que se concebeu no *common law*.⁵⁶

Patrícia Perrone Campos Mello, de forma similar, constata: “(...) a evolução dos mecanismos de jurisdição constitucional, no Brasil, para uma direção comum, de atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais”.⁵⁷ Mas, apesar dessa crescente importância, não se pode negar que um sistema que reconhece nos precedentes uma função relevante na criação de direitos e obrigações só pode atender a exigências mínimas de segurança jurídica e de isonomia se os juízes adequarem seu comportamento a essa realidade. A estabilidade que se espera do direito seria gravemente comprometida se um juiz ou tribunal criasse uma norma que pouco tempo depois fosse alterada por outro juiz ou tribunal por mera divergência intelectual, e assim sucessivamente.

Em outras palavras, a forte independência dos juízes só é tolerável em um sistema no qual os precedentes possuam importância relativamente pequena (seja por se restringirem a interpretar os comandos ditados pelo legislador, seja por seus efeitos se limitarem às partes envolvidas naquela discussão). Se as decisões judiciais são reconhecidas hoje como legítimas fontes do direito (diferente da descrição feita por Larenz), é necessário que possuam certo grau de estabilidade, sob pena de se quebrar a segurança jurídica esperada em um estado de direito.

---

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito — UFPR*, n. 49, p. 39-40, 2009, notas de rodapé omitidas.

⁵⁷ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Precedentes e vinculação: instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 241, p. 178, jul./set. 2005. Grifos omitidos.

5. (Falta de) modéstia na aplicação de precedentes no Brasil

Para que essa transformação não comprometa tais ideais (estado de direito e segurança jurídica), é necessária uma adaptação na postura dos juízes — e, especialmente, dos tribunais — ao lidar com precedentes no Brasil. Primeiramente, é de se esperar maior deferência em relação às decisões proferidas por seus pares, visto que a divergência terá consequências bem mais amplas do que outrora. Além disso, o raciocínio desenvolvido ao decidir casos concretos deve se voltar para além dos efeitos que a decisão produzirá em relação às partes envolvidas na discussão.

Com relação à deferência em relação às decisões anteriores, apenas uma boa dose de modéstia parece capaz de minimizar o risco de insegurança jurídica decorrente de alterações frequentes na jurisprudência. É preciso que, como ocorre em países de *common law*, se deixe de considerar que a mera divergência é razão suficiente para que um tribunal se afaste do precedente antes estabelecido. Nesses casos, a segurança jurídica deve prevalecer sobre as convicções pessoais dos juízes.

Entretanto, a prática judicial não tem apresentado exemplos ricos de deferência dos juízes e tribunais perante a opinião de seus pares. Com o crescimento da importância dos precedentes em nosso sistema jurídico, a independência dos juízes parece ter aumentado, em vez de diminuído (como seria de se esperar, caso a influência da *common law* fosse completa).⁵⁸

A recente discussão sobre a forma como se dá a perda do mandato de parlamentares condenados pela prática de crimes comuns é emblemática. No julgamento da Ação Penal nº 470, ocorrido em 17 de dezembro de 2012, o STF decidiu que, uma vez ocorrido o trânsito em julgado da condenação de parlamentares, a perda do mandato seria automática, cabendo à Casa respectiva emitir provimento meramente declaratório.⁵⁹ Menos de um ano

---

⁵⁸ Diferente da *common law*, na qual o princípio do *stare decisis* faz com que a deferência aos precedentes seja um comando normativo — ainda que não positivado —, no direito brasileiro apenas algumas decisões proferidas pelo STF possuem efeito vinculante. Nesses casos (essencialmente decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade de leis e súmulas vinculantes), a deferência é obrigatória e o sistema prevê a utilização da Reclamação para impor a obediência ao precedente. Nos demais casos, não parece possível sustentar sua normatividade — muito embora seja uma postura que se afigura fortemente aconselhável, em decorrência do postulado da coerência, ínsito ao princípio do estado de direito.

⁵⁹ STF, AP 470, relator(a): min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 17-12-2012, DJe: 22-4-2013, de cuja ementa se destaca: "(...) 1. O Supremo Tribunal Federal recebeu do Poder Constituinte originário a competência para processar e julgar os parlamentares federais acusados da prática de infrações penais comuns. Como consequência, é ao Supremo Tribunal

depois, em 8 de agosto de 2013, no julgamento da Ação Penal nº 565, o próprio STF decidiu de forma diferente, passando a entender que a perda do mandato dos parlamentares, mesmo em casos de condenação por crime comum transitada em julgado, dependeria de deliberação da respectiva Casa. O que mudou nesse ínterim para justificar a modificação? Dois novos ministros passaram a integrar o STF e adotaram entendimentos diferentes de seus antecessores.

Federal que compete a aplicação das penas cominadas em lei, em caso de condenação. A perda do mandato eletivo é uma pena acessória da pena principal (privativa de liberdade ou restritiva de direitos), e deve ser decretada pelo órgão que exerce a função jurisdicional, como um dos efeitos da condenação, quando presentes os requisitos legais para tanto. 2. Diferentemente da Carta outorgada de 1969, nos termos da qual as hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos deveriam ser disciplinadas por Lei Complementar (art. 149, §3º), o que atribuía eficácia contida ao mencionado dispositivo constitucional, a atual Constituição estabeleceu os casos de perda ou suspensão dos direitos políticos em norma de eficácia plena (art. 15, III). Em consequência, o condenado criminalmente, por decisão transitada em julgado, tem seus direitos políticos suspensos pelo tempo que durarem os efeitos da condenação. 3. A previsão contida no artigo 92, I e II, do Código Penal, é reflexo direto do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal. Assim, uma vez condenado criminalmente um réu detentor de mandato eletivo, caberá ao Poder Judiciário decidir, em definitivo, sobre a perda do mandato. Não cabe ao Poder Legislativo deliberar sobre aspectos de decisão condenatória criminal, emanada do Poder Judiciário, proferida em detrimento de membro do Congresso Nacional. A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político. A sentença condenatória não é a revelação do parecer de umas das projeções do poder estatal, mas a manifestação integral e completa da instância constitucionalmente competente para sancionar, em caráter definitivo, as ações típicas, antijurídicas e culpáveis. Entendimento que se extrai do artigo 15, III, combinado com o artigo 55, IV, §3º, ambos da Constituição da República. Afastada a incidência do §2º do art. 55 da Lei Maior, quando a perda do mandato parlamentar for decretada pelo Poder Judiciário, como um dos efeitos da condenação criminal transitada em julgado. Ao Poder Legislativo cabe, apenas, dar fiel execução à decisão da Justiça e declarar a perda do mandato, na forma preconizada na decisão jurisdicional. 4. Repugna à nossa Constituição o exercício do mandato parlamentar quando recaia, sobre o seu titular, a reprovação penal definitiva do Estado, suspendendo-lhe o exercício de direitos políticos e decretando-lhe a perda do mandato eletivo. A perda dos direitos políticos é “consequência da existência da coisa julgada”. Consequentemente, não cabe ao Poder Legislativo “outra conduta senão a declaração da extinção do mandato” (RE 225.019, Rel. Min. Nelson Jobim). Conclusão de ordem ética consolidada a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal e extraída da Constituição Federal e das leis que regem o exercício do poder político-representativo, a conferir encadeamento lógico e substância material à decisão no sentido da decretação da perda do mandato eletivo. Conclusão que também se constrói a partir da lógica sistemática da Constituição, que enuncia a cidadania, a capacidade para o exercício de direitos políticos e o preenchimento pleno das condições de elegibilidade como pressupostos sucessivos para a participação completa na formação da vontade e na condução da vida política do Estado. 5. No caso, os réus parlamentares foram condenados pela prática, entre outros, de crimes contra a Administração Pública. Conduta juridicamente incompatível com os deveres inerentes ao cargo. Circunstâncias que impõem a perda do mandato como medida adequada, necessária e proporcional. 6. Decretada a suspensão dos direitos políticos de todos os réus, nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal. Unânime. 7. Decretada, por maioria, a perda dos mandatos dos réus titulares de mandato eletivo.

O mais grave, neste caso, é que a Ação Penal nº 470 sequer havia transitado em julgado quando ocorreu a mudança na jurisprudência. Assim, os réus ali condenados ainda tiveram a oportunidade de confrontar o STF com esse fato e pedir a modificação do julgamento em sede de embargos de declaração. O pedido, contudo, foi indeferido.⁶⁰

Diante dessa situação, será que a convicção pessoal dos dois ministros que assumiram seus cargos depois do julgamento da AP 470 não deveria ter cedido ao fato de que um precedente relevante sobre aquela matéria havia sido estabelecido menos de um ano antes? Essa ressalva poderia, inclusive, constar de forma expressa de seus votos, de forma a não impedir (ou até mesmo sugerir) a revisão da questão em um momento futuro. Não se tem resposta para a indagação — o que se sabe é que não foi isso que ocorreu, o que comprova a presença ainda marcante da independência judicial no Brasil.

Também na relação com a doutrina, nota-se que a jurisprudência vem, por vezes, fazendo questão de proclamar sua independência. E isso apesar da relevância que as palavras dos doutrinadores sempre tiveram na família romano-germânica, não qual sempre foram responsáveis, como assinala René David, pela “criação do vocabulário e das noções de direito que o legislador utilizará” e pelo “estabelecimento dos métodos segundo os quais o direito será descoberto e as leis interpretadas”.⁶¹

Marcantes são as palavras de Eros Grau, ao tratar da relação entre a doutrina e a interpretação constitucional afirmada pelo STF, em voto no qual declarou entender que todas as decisões do STF são dotadas de efeito vinculante (mesmo as proferidas em controle difuso):

Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre

---

⁶⁰ STF, AP 470 EDj-oitavos, relator: min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 4-9-2013, acórdão eletrônico *DJe*: 10-10-2013: (...) A perda do mandato parlamentar foi decretada com clareza no acórdão embargado, ausente qualquer obscuridade quanto à natureza meramente declaratória da atuação da Câmara dos Deputados. Embargos de declaração rejeitados.

⁶¹ René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, op. cit., p. 164.

o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.⁶²

Também o ministro Gomes de Barros, do STJ, expôs de forma pouco sutil sua independência em relação aos doutrinadores:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.⁶³

Otávio Luiz Rodrigues Junior parece ter razão ao afirmar que a doutrina experimenta, entre nós, um período de acentuado declínio, que contrasta justamente com a ascensão da jurisprudência.⁶⁴ Com isso, parece compreensível que os julgadores não deem a mesma importância de outrora para o que afirmam os grandes estudiosos do direito — muito embora não se reconheça nisso um aspecto positivo.⁶⁵

⁶² STF, voto-vista proferido pelo min. Eros Grau na Reclamação 4.335/AC, disponível em: <www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2013.

⁶³ STJ, voto-vista proferido pelo min. Humberto Gomes de Barros no AgRg nos EREsp 279.889/AL.

⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010.

⁶⁵ Quando se trata de modéstia perante a doutrina, a postura dos juízes difere da deferência que se defende seja adotada em relação aos precedentes. Aqui o que se espera é que não haja uma

Quando se analisa a modéstia dos julgadores em relação aos seus pares, o cenário não parece ser mais promissor. Nossos tribunais, inclusive (talvez especialmente) o STF, não demonstram especial preocupação em raciocinar institucionalmente, como um corpo único, e não como um somatório de opiniões pessoais. Em alguns casos, chega a ser difícil determinar se certos ministros votaram com a maioria ou com a minoria, tamanha a discrepância dos fundamentos utilizados para se chegar a conclusões idênticas ou muito semelhantes.

Virgílio Afonso da Silva, depois de diferenciar entre a deliberação interna (dos juízes entre si) e deliberação externa (dos juízes com o mundo exterior ao tribunal), conclui que o STF se enquadra em “um modelo extremo de deliberação externa”.⁶⁶ Ao listar as razões para tanto, seu diagnóstico é, no mínimo, preocupante:

- ▶ *quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros*: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal;
- ▶ *inexistência de unidade institucional e decisória*: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros;
- ▶ *carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal*: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma “colagem”, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido, podem tê-lo feito por razões distintas.⁶⁷

---

invasão do papel dos doutrinadores, evitando-se, com isso, que definições legais e métodos de interpretação sejam criados na aplicação do direito. Essa tarefa deve ser desempenhada de forma abstrata, por profissionais que não estejam na busca de uma solução específica para um caso concreto.

⁶⁶ Virgílio Afonso da Silva, O STF e o controle de constitucionalidade, op. cit., p. 217.

⁶⁷ Ibid., p. 217.

Diante de tal cenário, é possível concluir que a disposição dos nossos juízes⁶⁸ para escutar seus colegas e tentar construir um raciocínio verdadeiramente colegiado, baseado na deliberação e na vontade institucional da corte, não é das maiores. Com isso, a utilização de precedentes como forma de estabelecer parâmetros razoavelmente previsíveis para a solução de casos futuros fica seriamente comprometida.⁶⁹

6. Conclusão

A força dos precedentes no Brasil, assim como em diversos outros países de tradição romano-germânica, tem passado por considerável expansão. Em um país como o nosso, a construção racional de decisões pode servir a duas funções igualmente importantes: de um lado, a reprodução de decisões tomadas por tribunais superiores para casos que envolvam a mesma discussão oferece inegável segurança jurídica e respeito ao princípio da isonomia, ao assegurar que casos idênticos receberão o mesmo tratamento.

Mas essa primeira função (de uniformização) não parece suficiente para que os precedentes sejam “promovidos” a verdadeiras fontes do direito. A rigor, uma decisão que afirma determinada interpretação do texto legal não faz mais do que atribuir sentido à obra do legislador — esta sim, a verdadeira fonte de direitos e obrigações. Sua reprodução em casos semelhantes nada mais é do que um corolário dos princípios do estado de direito, da segurança jurídica e da isonomia.

Mas, para além dessa relevante tarefa uniformizadora, os precedentes vêm passando a desempenhar — à semelhança do que ocorre na *common law* — uma segunda função, tão relevante quanto a primeira: transformam-se eles em verdadeiras fontes do direito, ou seja, em referências utilizadas pelos juízes na construção de normas jurídicas, deixando, assim, de simplesmente interpretar a obra do legislador. Neste cenário, construir o direito a partir das decisões anteriores é tão ou mais relevante do que fazê-lo a partir de textos legislativos.

---

⁶⁸ Em que pese o autor referir-se ao STF, esta parece ser uma variável comum aos demais tribunais.

⁶⁹ Sobre a relação entre a qualidade de deliberação das instituições e sua legitimidade no quadro de uma sociedade democrática, conferir MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Quando os precedentes são utilizados como forma de uniformização da interpretação conferida pelos tribunais aos textos legais, a prudência demonstrada por juízes da *common law* ajuda a impedir que mudanças constantes no significado do direito afetem a segurança jurídica. Nesse sentido, deve ser conferida maior deferência às decisões anteriores, aquelas que primeiro estabeleceram a interpretação para tais casos — e isso sem que a vinculação ao precedente seja tão rígida a ponto de perpetuar injustiças decorrentes de alterações fáticas ou mesmo de interpretações equivocadas anteriormente afirmadas como corretas.

As mesmas considerações são pertinentes — talvez até mais — quando se trata de utilizar os precedentes como fontes normativas úteis para a resolução de casos futuros — ainda que não idênticos aos que já foram julgados. A prudência na manipulação dos precedentes, nesse ponto, é de suma importância para impedir que a comunidade jurídica tenha a sensação de que aquela decisão foi tomada puramente com base no arbítrio daqueles julgadores — e que, portanto, a resposta poderia ter sido diferente, caso a composição da corte fosse outra.

Em outras palavras, para que a criação judicial do direito seja compatível com princípios democráticos, é preciso que ela seja obra do Judiciário — e não de juízes individualmente considerados. Para tanto, considerável grau de modéstia deve estar presente no raciocínio dos julgadores, não apenas em relação às decisões passadas, mas também perante os colegas de tribunal. Com isso, os colegiados atuarão, de fato, como uma instituição, e não como um aglomerado de juízes.

Referências

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, maio 1997.

BERMAN, José Guilherme. Direitos, desacordo e *judicial review*: um exame da crítica de Jeremy Waldron ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Teoria constitucional norte-americana contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito constitucional comparado e controle fraco de constitucionalidade*. Tese (doutorado em direito) — Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

CAMPOSSELLO, Patrícia Perrone. Precedentes e vinculação: instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. *Revista de Direito Administrativo*. v. 241, jul./set. 2005.

CANE, Peter. Taking disagreement seriously: courts, legislatures and the reform of tort law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 3, p. 393-417, 2005.

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

DICEY, Albert Van. *Introduction to study of the law of the constitution*. Indianapolis: Liberty Fund, 1982. [baseada na 8. ed. original, 1914].

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Parliamentary sovereignty: contemporary debates*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, v. XL, n. 2, dez. 1930.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HOGG, Peter. Canada: the Constitution and same-sex marriage. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 4, p. 712-721, 2006.

HUFFMAN, James L.; SAATHOFF, MardiLyn. Advisory opinions and Canadian constitutional development: The Supreme Court's reference jurisdiction. *Minnesota Law Review*, v. 74, 1989-1990.

JUPILLE, Joseph; CAPORASO, James A. British statutory interpretation in the light of community and other international obligations. *European Political Science Review*, n. 1, p. 215-216, 2009.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito — UFPR*, n. 49, 2009.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009.

_____. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. *O sistema jurídico inglês*. Rio de Janeiro: GEN; Forense, 2011.

STEILEN, Matthew. The democratic common law. *The Journal Jurisprudence*, v. 10, p. 437-485, jul. 2011.

SUNSTEIN, Cass R. Commentary: on analogical reasoning. *Harvard Law Review*, v. 106, 1992-1993.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, ano 38, v. 218, abr. 2013.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006.

WILLIS, John. Statute interpretation in a nutshell. *The Canadian Bar Review*, v. XVI, n. 1, jan. 1938.