

Entendendo a nomenclatura dos precedentes

Marco Félix Jobim

RESUMO

A regra do *stare decisis* tem ingressado com grande força no ordenamento jurídico brasileiro, já havendo alguns juristas que defendem que os precedentes devem ser algo a ser implementado nos julgamentos. Contudo, a nomenclatura utilizada no direito estadunidense e no direito inglês tem especificidades próprias, sendo que o intuito deste estudo é demonstrar o que significam determinadas expressões que mais das vezes sequer devem ser traduzidas, apenas entendidas, pelo estudioso brasileiro.

Palavras-chave: *Stare decisis*. Nomenclatura. Significado. Tradução. Precedentes.

Understanding the classification of the foregoing

ABSTRACT

The rule of *stare decisis* has filed major force in the Brazilian legal system, since there are some jurists who argue that the precedent should be something to be implemented in the trials. However, the nomenclature used in U.S. law and English law is specific, with the aim of this study is to show what certain expressions cannot be translated, just understood, by the Brazilian scholar.

Keywords: *Stare decisis*. Nomenclature. Meaning. Translation. Precedented.

1 INTRODUÇÃO

É cada vez mais assente no ordenamento jurídico brasileiro a assertiva de que se está modificando o sistema até então consagrado do *civil law* para o sistema da *common Law*,¹ com abertura interpretativa para os membros do Poder Judiciário sobre a lei e os efeitos que esta decisão produz.

Marco Félix Jobim é advogado e professor universitário. Especialista, mestre e doutorando em Direito pela PUC/RS.

¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes* – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.12. Em apertada síntese, aponta a autora sobre os conceitos de *common law* e *civil law*: “Segundo entendimento convencional, o *common law*, modelo comum aos países de colonização inglesa, trataria as decisões judiciais como o principal elemento irradiador de normas, conferindo-lhes efeitos vinculantes e gerais e atribuindo à lei papel secundário. Neste sistema, a partir das soluções proferidas em cada caso, buscar-se-ia, por indução, formular as regras aplicáveis a situações análogas. O desenvolvimento do direito, por isso, ocorreria na medida em que associações e distinções entre casos ensejassem a aplicação de resultados idênticos ou provocassem a criação de novos precedentes”. E depois conceitua a *civil law*: “Já nos ordenamentos de origem românica, caberia à lei a função de protagonizar a manifestação do direito, incumbindo-se às decisões judiciais papel meramente acessório e mediato, como fonte explicitadora e declaradora do significado do ordenamento positivo. Assim, a determinação da solução aplicável a uma demanda específica dar-se-ia pelo mecanismo da subsunção das situações de fato na regra geral legislada, cujo significado seria revelado através da atividade interpretativa”.

Na linha de obras que tratam da temática, Luiz Guilherme Marinoni já lança em menos de um ano a segunda edição de “**precedentes obrigatórios**”, o que alerta para a aceitação do público em geral para a temática escolhida pelo autor. Gustavo Santa Nogueira lança, também em 2010, sua obra sobre “*Stare Decisis et Non Quia Movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*”, dissertação de mestrado defendida no programa de pós-graduação da Universidade Estácio de Sá. Francisco Rosito defende em 2010 sua tese de doutoramento na Universidade Federal do Rio Grande do Sul sobre “**teoria dos precedentes judiciais – racionalidade da tutela jurisdicional**”, tese ainda não publicada, na qual aborda *standards* para a aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Maurício Ramires realiza em sua dissertação de mestrado uma crítica à regra dos precedentes, em livro denominado de “**crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**”. Thomas da Rosa de Bustamante conduz sua obra no intento de abarcar uma teoria do precedente para o Direito brasileiro, em livro denominado de “**teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**”, e, por fim, sem esgotar as obras já lançadas sobre o assunto, Caio Marcio Guterres Taranto publica “**precedente judicial – autoridade e aplicação da jurisdição constitucional**”, na qual analisa o sistema sob a ótica da jurisdição constitucional no Brasil.

No campo legislativo, ao passo que nos últimos anos tem-se um estreitamento para que o processo individual tenha maior restrição de acesso às Cortes Superiores (pode-se citar: repercussão geral no recurso extraordinário; sumula impeditiva de recursos no Superior Tribunal de Justiça; transcendência da matéria no Tribunal Superior do Trabalho, súmulas vinculantes no Supremo Tribunal Federal e até mesmo a sentença de improcedência liminar e os poderes monocráticos do relator nos recursos), tem-se, também, o rígido controle de constitucionalidade das leis com efeitos *erga omnes* em suas decisões.

No julgamento da ADI 3.510, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, expressamente, aponta em seu voto que no mais das vezes está tentando realizar um *distinguishing*² em seus votos, estando, claramente, apontando para a expressão do direito estadunidense. Isso indica uma tendência para que a discussão siga em plena efervescência, razão pela qual não pode aquele que desconhece o assunto acreditar que a simples tradução do termo para “*distinção*” faz com que se compreenda, minimamente, o assunto tratado.

Em matéria recente publicada no jornal carta forense, Thomas da Rosa de Bustamante relata ser uma tendência de todos os sistemas jurídicos desenvolvidos

² Resta consignado no voto sobre a constitucionalidade da lei da biossegurança: “Senhores Ministros, tivemos a oportunidade de fazer debates extremamente profícuos, intensos, sobre várias questões. Tivemos algumas perplexidades, inclusive, já na proclamação ontem, por conta desta dificuldade, agora apontada pelo Ministro Celso de Mello, quanto ao próprio conceito de declaração parcial sem redução de texto ou interpretação conforme. Eu tenho procurado fazer um “*distinguishing*” entre as duas categorias, dizendo que, quando há declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, nós eliminamos um sentido normativo ou uma aplicação. Em geral, nesses casos, nós também nos filiamos à corrente daqueles que julgam improcedente com um dado sentido, mas isso não está claro. Se formos pesquisar na jurisprudência do Tribunal, encontramos manifestações de toda índole, de toda a ordem. O que interessa é que o Tribunal, por maioria, nos termos do voto do relator, Ministro Carlos Britto, julgou improcedente a Ação 3.510”.

atribuírem força vinculante aos precedentes judiciais, não sendo, pois, diferente no Brasil esta orientação.³

Diante desses fatos, opta-se por um estudo de entendimento de algumas expressões do *common law* que são importantes para que o profissional do direito brasileiro possa se familiarizar com a regra do *stare decisis*.

2 A NOMENCLATURA ESPECÍFICA DOS PRECEDENTES

Existe uma preocupação com a importação de doutrinas estrangeiras no que concerne à tradução, pois, muitas vezes, apenas traduzir literalmente determinada expressão, acaba não condizendo com o instituto jurídico do país importador, razão pela qual a referida tradução deve ser feita com o entendimento do instituto no país de origem, para depois conseguir perfectibilizar a tradução,⁴ sob pena de se cair na máxima *traduttore, traditori*.⁵

É o caso, v.g., da expressão inglesa *adjudication*,⁶ que no ordenamento jurídico brasileiro seria traduzido por adjudicação,⁷ e encontraria guardada no instituto da constrição

³ Refere Thomas da Rosa de Bustamante: "A tendência de se atribuir força vinculante aos precedentes judiciais no âmbito da jurisdição constitucional não é uma singularidade do Direito brasileiro. Pelo contrário, é uma tendência de todos os sistemas jurídicos desenvolvidos, pouco importando a tradição jurídica em que estejam inseridos. No âmbito do Direito europeu, por exemplo, estamos vivenciando um processo parecido com aquele que se verificou no período de formação do Estado Moderno, quando a unificação do Direito se dava quase que exclusivamente por meio dos tribunais". *Jornal carta Forense*, agosto de 2012, p.B18.

⁴ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.2-3. Apenas para se ter uma ideia do que se quer dizer, analise-se o trecho da obra acima identificada para ver o número de expressões que se deve dominar para entender o que quer dizer o autor ao final do texto: "A 'teoria geral dos precedentes', por sua vez, é formada pelos institutos que dão vida aos precedentes, ou seja, tentamos demonstrar que respeitar precedentes não se resume a um simplório exercício de 'copiar-colar', mas vai muito além, exigindo conhecimento de técnicas de diferenciação da ratio decidendi do obter dictum. Uma vez identificada a parte da decisão que exerce influência em casos futuros, a ratio, é preciso ainda fazê-la incidir correta e adequadamente, e isso se dá pela ferramenta do distinguishing".

⁵ Expressão italiana que, literalmente, significa "tradutor, traidor".

⁶ FREER, Richard D. *Civil procedure*. Second edition. New York. Aspen Publishers, 2009. Refere o autor estadunidense que: "Adjudication means that there will be a judicial resolution of the merits of the dispute. The merits, of course, involve the underlying dispute, including such questions as: Did the defendant breach the contract? Did the defendant commit a tort? Was the plaintiff contributorily negligent? How fast was the car going? How serious are the injuries suffered? Who is telling the true? Throughout the litigation stream, these issues have been asserted and 'joined' and now are ready to be decided". E finaliza: "In adjudication the merits, the judicial system must accomplish two tasks. First, it must have the 'fact-finding' function. Second, it must apply the law to those facts to determine who should win the judgment".

⁷ *Digesto de processo* – volume 1: Ação/avaria. Rio de Janeiro: Forense: Revista Brasileira de Direito Processual; Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia. Editora Forense Rio de Janeiro 1980 – verbete adjudicação, p.375. Adjudicação (do latim, adjudicatio), é categoria jurídica restrita à província do direito Público. Trata-se de expressão originariamente exclusiva de direito processual, mas hoje também de emprego em direito administrativo. Neste espaço, dá-se tratamento apenas à adjudicação, genericamente, como figura de direito processual e, em especial, à adjudicação de imóvel. Em termos vulgares vem a ser 'ato ou efeito de entregar por sentença', onde já se percebe, na sua índole e estrutura, a presença indeclinável do juiz. Precisando a definição: é o ato judicial mediante o qual se estabelece e se declara que a propriedade de uma coisa se transfere de seu primitivo dono para outra pessoa, que, então, assume sobre a mesma todos os direitos de domínio e posse, que são inerentes a toda e qualquer alienação.

de bens, enquanto nos Estados de língua inglesa, tal expressão se vincula ao poder decisório do juiz. Alguns outros termos como *injunction*, *distinguish*, *judicial review*⁸, não poderiam, por si só, ser traduzidos literalmente, sob pena de se compreender minimamente ou, até mesmo, equivocadamente, o que vem a ser o instituto.

Assim, esse estudo é uma tentativa de demonstrar ao leitor do perigo da tradução literal das expressões do inglês jurídico, tentando trazer ao leitor algumas informações específicas dos referidos institutos que estão vinculados a regra do *stare decisis* para um melhor entendimento dos precedentes judiciais na doutrina brasileira.

2.1 *Stare decisis* e precedente: mesmo significado?

Não é difícil encontrar na doutrina brasileira teóricos do direito que apontam a tradução de *stare decisis* como se fosse precedente, o que, traz ao leitor a confiança de que não existe qualquer distinção entre a expressão inglesa com sua tradução. Contudo, tem-se que, pelo menos para alguma parte da doutrina, uma não pode ser confundida com a outra, pois se trata de institutos diferentes.

Bruno Periolo Odahara afirma, com base em estudo realizado especificamente sobre o tema, que autores como Neil Duxbury e Melvin Aron Eisenber apontam para a igualdade de tratamento entre *stare decisis* e precedente (*precedent*), sendo que, tal apontamento não é defendido por Frederick Schauer, que considera serem termos diferentes, o que acaba, inclusive, por fazer a diferenciação entre precedente vertical e precedente horizontal.⁹

⁸ MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português/ Portuguese-English – English-Portuguese*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009. Numa análise puramente literal em sua tradução, os institutos a seguir não poderiam ser compreendidos em suas grandezas, senão vejamos: *Distinguish*, *to Distinguish*. p.705. *Injunction*: Liminar; Medida liminar; Injunção; Tutela antecipada (mandado judicial expedido a favor de titular de direito líquido e certo ameaçado de lesão, ordenando que alguém não faça, deixe de fazer, ou desfaça um ato ou ação; Remédio oriundo da jurisdição de equidade, hoje também aplicado pela justiça comum norte-americana, é adequado quando a reparação em dinheiro não pode satisfazer ao autor). p.796. *Judicial Review*: Revisão judicial de processo administrativo. p.813.

⁹ ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Luiz Guilherme Marinoni (coordenador). Salvador: JusPODIVM, 2010. Inicia o autor relatando na p.56: “Comumente, fala-se de *stare decisis* e precedente como termos quase análogos, tal como defende Neil Duxbury” e aponta para o outro autor na seguinte passagem: “Na mesma direção trafega a concepção de Melvin Aron Eisenberg”. Após, ingressa o autor na outra concepção, a qual se copia na integralidade pois aponta a distinção entre precedente vertical e horizontal, nas p.56-7: “Contudo, há certa divergência no entendimento defendido por Frederick Schauer, o qual percebe diferenças entre precedente e *stare decisis*. Tecnicamente, a obrigação de uma corte de seguir decisões prévias da mesma corte é referida como sendo *stare decisis* (...), e o termo mais abrangente precedente é usado para se referir tanto à *stare decisis*, quanto à obrigação de uma corte inferior de seguir decisões de uma superior”. Desta feita, o autor subscreve dois tipos de precedente: o precedente vertical e o precedente horizontal. No primeiro, trata-se da expectativa de que ‘corte inferiores sigam as decisões prévias de cortes superiores dentro de sua jurisdição’, sendo ‘essa relação de inferior para superior na ‘cadeia de comando’ comumente entendida como vertical’. Neste, ‘a obrigação é tomada entre a corte atual e a mesma corte no passado’. A questão afeta ao precedente horizontal não trata de cortes superiores ou inferiores, mas de uma hierarquia artificial ou imposta do anterior para o posterior. A decisão prévia é superior não porque vem de uma corte superior; mais precisamente, a decisão prévia se torna superior apenas por que é anterior”.

Contudo, a diferenciação mostra-se contraproducente. A tradução de *stare decisis* pode ser feita por precedente sem maiores divagações sobre o tema, uma vez que inócua a discussão referente ao alcance de uma expressão em prol da outra.¹⁰

2.2 *Ratio decidendi* ou *holding*

Talvez o grande divisor de águas nas decisões judiciais seja o conceito da *ratio decidendi* ou *holding*,¹¹ pois é a partir da investigação destes institutos na decisão judicial que o precedente surgirá para ser aplicado em outros casos. Segundo Patrícia Perrone Campos Mello:¹²

O *holding* ou *ratio decidendi* constitui a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores. Trata-se de uma das noções mais importantes para a operação com julgados normativos e, paradoxalmente, uma das mais controvertidas, como já antecipado.

Algumas informações extremamente importantes do pensamento acima esposto: i) norma extraída do caso concreto, demonstrando a importância da análise fática do caso a ser aplicado um precedente; ii) é o que vai vincular os tribunais inferiores; iii) é uma das noções mais importantes para se trabalhar com precedentes. Diante desses fatos, que corrobora-se, é inegável concluir que se trata de um dos mais complexos temas relacionados à regra dos precedentes judiciais. Thomas da Rosa de Bustamante¹³ refere numa linha mais argumentativa sobre a *ratio decidendi*:

A grande questão a ser respondida por uma teoria descritiva dos precedentes judiciais é: ‘O que vale como precedente judicial?’. Como optamos por uma teoria normativa do precedente, nosso problema é: ‘O que deve contar como precedente

¹⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e Constituição. In *Introdução ao estudo do processo civil*: primeiras linhas de um paradigma emergente. MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JUNIOR, Hermes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004. Seria tão contraproducente como a diferenciação entre direito processual constitucional, direito constitucional processual, conforme alerta o autor: “Na doutrina, a denominação supraproposta encontra subdivisões, de ordem ‘didática’ (sic), em: direito constitucional processual (dedicada aos princípios constitucionais processuais) e direito processual constitucional (dedicada a matéria propriamente processual, como a jurisdição constitucional, v.g., mandado de segurança, ação direta de constitucionalidade, etc.). Esta distinção se mostra meramente ‘metafórica’; portanto, mesmo que acobertada sob o pálio da ‘didática’ revela-se necessária e deve ser repudiada frente à possibilidade de mitigação da importância do tema e sua diluição em discussões meramente terminológicas, de menor importância”.

¹¹ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.42. Alerta o autor para a especificidade da nomenclatura: “Nas decisions que criam precedentes, na Common Law dos EUA, é necessário distinguir o que é um *holding* (na Inglaterra: *ratio decidendi*) de um *dictum* (proveniente da expressão *obiter dictum*)”.

¹² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.118.

¹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.259.

judicial, para fins de sua aplicação no raciocínio jurídico?'. Ao reformularmos a pergunta inicial, abandonamos a perspectiva do observador e adotamos a do participante. Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma. Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controvertido. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria e de toda a teoria jurídica produzida no *common Law*.

Inegável diante da leitura dos autores acima ser o conceito de *ratio decidendi* ou *holding* um dos mais fundamentais da teoria dos precedentes judiciais, razão pela qual a mera tradução da expressão não autorizaria a chegar nesta conclusão sem que se lesse, mais pormenorizada, a doutrina especializada na matéria.

2.3 *Obiter dictum* ou *dicta*

Outra expressão que merece destaque é a *obiter dictum* ou *dicta* que se traduz literalmente por “dito para morrer”, o que não elucida o real alcance e significado do que se quer dizer.

Quando se pega um dicionário qualquer de tradução jurídica a explicação do que vem a ser *obiter dictum* começa a clarear, pois vincula-se então a tradução literal de “dito para morrer” e se complementa com o que pensa a tradutora Maria Chaves de Mello ao expor ser um “comentário feito pelo juiz na sentença a título de ilustração, sem força de precedente”.

Já para Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁴ *Obiter dictum* ou *Dicta* significa que “a expressão vem de ‘dito para morrer’, ou seja, trata-se de coisas ditas na decisão, mas que não têm efeito vinculante em relação às decisões posteriores, só persuasivo”.

Assim, diante da análise da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* pode-se afirmar, com Maurício Ramirez,¹⁵ que a diferença entre eles se estabelece assim:

O *holding* é o que foi discutido, arguido e efetivamente e efetivamente decidido no caso anterior, enquanto que o *dictum* é o que se afirma na decisão, mas que não é decisivo (necessário) para o deslinde da questão. Apenas o *holding* pode ser vinculante (*binding*) para os casos futuros, pois ele representa o que foi realmente estabelecido. O *dictum* é o que é tido meramente circunstância em um dado caso.

¹⁴ A autora expõe a tradução num micro glossário que introduz a obra: ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil brasileiro: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.19.

¹⁵ RAMIREZ, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.68-9.

Então, note-se que entre o *holding* do caso e o *dictum*, para que seja aplicado o precedente vinculante, deve-se descobrir aqueles, enquanto, neste, apesar de ser importante, por são dados circunstanciais do julgamento, o precedente deixaria de vincular, para apenas tentar persuadir o julgado.

3 O *DISTINGUISH* E AS TÉCNICAS DE APLICAÇÃO DE PRECEDENTES: *TECHNIQUE OF SIGNALING*, *TRANSFORMATION* E *OVERRIDING*

Refere Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁶ sobre o que vem a ser o instituto do *distinguish* ao dizer que “é uma técnica, típica do *common law*, consistente em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da rule e que a decisão seja tomada independentemente daquela”.

O *distinguishing* expressa à distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* ou *holding* do precedente. Como a *ratio* espelha o precedente que deriva do caso, trata-se de opor o caso sob julgamento à *ratio* do precedente decorrente do primeiro caso.

Contudo, em determinadas ocasiões, o *distinguishing* não poderá ser feita por incompatibilidade do caso A (anteriormente decidido) com o caso B (caso posterior no qual o precedente deveria ser aplicado). Para isso, o juiz deverá, também, realizar um estudo sobre os casos e analisar as razões pelas quais ele não aplicará o precedente, fazendo, pois, o *distinguishing*. Contudo, conforme explica Luiz Guilherme Marinoni, existe um meio-termo entre o *distinguishing* e o *overruling*¹⁷ que faz com que, embora não se aplique à primeira, não se pode passar a sua revogação. São elas a *technique of signaling*, a *transformation*¹⁸ e a *overriding*.¹⁹

¹⁶ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil brasileiro: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.17-8.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.335: “Nos Estados Unidos, assiste-se à utilização de certas técnicas que se situam num espaço entre o *distinguishing* e o *overruling*. Por meio delas o tribunal não revoga o precedente, mas também não realiza um adequado *distinguishing*, que permita ver que a solução dada ao caso sob julgamento está em consonância com o resultado a que se chegou no precedente”.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.343: “Outra situação, que não se confunde com o *distinguishing* nem com o *overruling*, é chamada de *transformation*. Trata-se de hipótese em que a Corte não realiza o *overruling*, nem muito menos o *distinguishing* do caso sob julgamento para deixar de aplicar o precedente, mas em que faz a transformação ou a reconfiguração do precedente sem revogá-lo”.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.347. “O *overriding* apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se, neste sentido, de uma revogação parcial. Mas no *overriding* não há propriamente revogação, nem mesmo parcial, do precedente, embora o resultado da decisão com ele tomada não seja compatível com a totalidade do precedente”.

3.1 *Overruling, anticipatory overruling e prospective overruling*

Já analisadas algumas nomenclaturas que traz ao estudante alguma segurança ao analisar a regra do *stare decisis*, chega o momento de saber o que vem a ser aquela que leva o precedente a ser revogado. Isso dá-se pelo *overruling*.

Segundo Gustavo Santana Nogueira o *overruling* vem a ser uma técnica, na qual o tribunal finaliza a aplicação de um precedente pela nova realidade oriunda de novos casos julgados sobre a matéria,²⁰ sendo certo que não é a qualquer momento que isso pode ser feito sob pena de enfraquecimento do próprio instituto.²¹

Contudo, existe a possibilidade de, em algumas ocasiões, existir uma antecipação da revogação dos precedentes pelas Cortes de Apelação nos Estados Unidos quando, por meio de determinados requisitos²², existir a desconfiança de que a Suprema Corte irá, cedo ou tarde, revogá-los. Trata-se do *anticipatory overruling*.²³

Por fim, no que concerne a nomenclatura utilizada neste tópico, sobre *overruling*, cabe referir a possibilidade de atribuir efeitos temporais à aplicação de um precedente, a teor do que ocorre no Brasil com a modulação de efeitos nas ações do controle concentrado de constitucionalidade. Na *common law* fala-se neste efeito como *prospective overruling*, ou seja, a possibilidade de prospecção dos efeitos da decisão, o que pode-se dar por meio da *prospective prospective overruling*- quando se posterga – ou na de *pure prospective overruling* – quando não se aplica o precedente ao caso que o está modificando.²⁴

²⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.179: “Por meio dessa técnica, o Tribunal supera o precedente. Fazer o *overruling* significa que o Tribunal claramente sinaliza o fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente e substitui a velha regra de direito por uma que é fundamentalmente de natureza diversa”.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.390. Relembra o processualista paranaense, citando Melvin Eisenberg, que o precedente deixa de corresponder quando não atende mais os padrões de congruência social e consistência sistêmica, em trecho assim relatado: “Afirma Melvin Eisenberg que um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e consciência sistêmica e, ao mesmo tempo, os valores que sustentam a estabilidade – basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta – mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação”.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.403. Discorre sobre a fundamentação utilizada pelas Cortes para antecipar a revogação de um precedente: “As Cortes de Apelação utilizam como fundamentos para a antecipação: i) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte; ii) uma tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado; iii) ter a Suprema Corte demonstrado que está a espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*. Esses motivos algumas vezes são associados aos seguintes: i) alteração na composição da Suprema Corte ou mudança do ponto de vista pessoal dos Justices; ii) inconsistência do precedente em relação às decisões anteriores da Corte, a identificar provável equívoco; iii) percepção de que o precedente não surtiu, em termos práticos, o efeito de que dele se esperava”.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.403. Refere sobre o tema: “Entenda-se por *anticipatory overruling* a atuação antecipatória das Cortes de Apelação estadunidenses em relação ao *overruling* dos precedentes da Suprema Corte. Trata-se, em outros termos, de fenômeno identificado como antecipação a provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte”.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.422. Explicando o que vem a ser eles, discorre: “Quando se posterga a produção de efeitos da nova regra, fala-se em *prospective prospective overruling*. Ademais, como esclarece Eisenberg, alude-se a *pure prospective overruling* para demonstrar o que ocorre quando a Corte não aceita que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento, restando a terminologia *prospective overruling* para anunciar a mera irretroatividade da nova regra às situações anteriores à data da decisão”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este ensaio visou analisar um pouco mais do que vêm a ser algumas expressões do inglês jurídico, em especial no que concerne a regra do *stare decisis*.

Foi defendido que a simples tradução de determinadas expressões em nada contribuem para a correta compreensão das mesmas, sendo que, em alguns casos, vêm até mesmo a dificultar o correto entendimento daquilo que se tem na língua estrangeira.

Não há mais como deixar de lado o estudo do que vem a ser a regra do *stare decisis* no Brasil, tendo em vista que, tando nós, como àqueles sistemas de *common law* tem se tornado, a cada dia, mais híbridos do que de costume, chegando as vias de se pensar em trabalhar com um sistema misto de direito.²⁵

Diante disso, neste estudo, não só foram traduzidas algumas importantes expressões da *common law*, mas vieram elas acompanhadas de uma singelo estudo sobre o que vem a ser o instituto por detrás da mera palavra.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil brasileiro: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

DIGESTO de processo – volume 1: Ação/avaria. Rio de Janeiro: Forense: Revista Brasileira de Direito Processual; Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia. Editora Forense Rio de Janeiro 1980 – verbete adjudicação.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FREER, Richard D. *Civil procedure*. Second edition. New York. Aspen Publishers, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade – a linha decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

²⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.8. Refere o autor ao se referir à doutrina da professor Esin Örüçü que: “Örüçü diz que existem sistema híbridos, que não se amoldam a nenhuma classificação proposta, também chamados de mixed jurisdictions ou terceira família, referindo-se à civil e comn law como as duas primeiras, citando como exemplos os sistemas vigentes no Canadá (Quebec), na Argélia e na Holanda, nos quais há, segundo o autor, uma combinação dos direitos romano, francês, germânico e indígena, e na Itália, que seria um mix dos direitos canônico, romano, francês, austríaco, germânico e o ius commune. Conclui seu estudo afirmando que é difícil determinar o exato nível de hibridismo em cada sistema jurídico, mas que lhe parece claro que a combinação de diferentes culturas sociais e legais que deu ensejo a um sistema misto (mixed jurisdictions). Na sua visão, ‘como é agora amplamente reconhecido, não há realmente sistema puro no mundo jurídico e vários graus de hibridismo resultam vários graus, níveis e camadas de cruzamento e entrelaçamento’.

- MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português/ Portuguese-English – English-Portuguese*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o stare decisis. In: *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Luiz Guilherme Mariononi (coordenador). Salvador: JusPODIVM, 2010.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SLAPPER, Gary; KELLY, David. *O sistema jurídico inglês*. Tradução de Marcílio Moreira de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- TARANTO, Caio Marcio Guterres. *Precedente judicial – autoridade e aplicação da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial em la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2008.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e Constituição. In: *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JUNIOR, Hermes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.