

Item V Complementos (3)

19

HISTÓRIA DO DIREITO - ~~2000~~
Seminário VI
TEXTO COMPLEMENTAR

CCCCCCCCCCCCCCCC

COPYBEM Copiadora
XI de Agosto
p 8 T 28 Fila 19

REVISTA DA
ACADEMIA NACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO

REMUNERAÇÃO
E OUTROS TEMAS

ANO VII — N. 7 — 1999



passam recibo das lazendas e oitros subnãidos ou rebatados e lampoucas os ostentatõrios ostentam suas verdaderas intencões.

Ora, em todos estes casos, aforça maior, tal como concebida pelo direito privado, se faz presente, devendo produzir seus efeitos liberatõrios, em que pesse o silãcio da Consolidaçaõ quasi do provedor e o emprego.

Dal por que muitas vltimas das queles latos sãõ demitidas, exigindo-lhes o patãio e desarcamento do cãno ou

prejuizo decorrente da situaçaõ em que, involuntariamente, se lãham envidado. Alguns pretextando desdãio, atã mesmo, o exercãcio regular de direito, quanto ao desconhecimento do art. 467 da CLT, atãduz, contra tais comp suposta qãusua consensual.

Logo, em linha de força maior, faz se evidente haver claudicãdo o legislador celestã, cumprindo-se a reversã do exco iacunosã.

O PRINCÍPIO DO STARE DECISIS COMO FUNDAMENTO DA AUTORIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL*

Sebastião Machado Filho

Stare decisis is, not, like the rule of res iudicata, a universal, inextinguishable command. Stare decisis is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than it be right settled.

BRANDES, Louis D. in *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.* (1932) — *note divergent*

"But Stare decisis is a principle of policy and not a mechanical formula of acquiescence to the latest decision, however recent and questionable, when such adherence involves collision with a prior doctrine more embracing in its scope, intrinsically sounder, and verified by experience."

FRANKFURTER, Felix in *Helvering v. Hellock* (1940)

"In addition, American law from the early nineteenth century on, has been characterized by a higher degree of flexibility of judgment decision than English law in modern times."

BERMAN, Harold J. *The Historical Background of American Law*, in "On call," *Talks on American Law*, by members of the Harvard Law School Faculty, Ed. H. J. Berman, Rev. Ed., *Voice of America*, Forum Lectures, Washington, DC, USA, reprinted, 1973, pãg. 14.

Precedente é a sentença judicial que — no sistema do common law anglo-norte-americano — é dotada de autoridade

(1) *Nota da Direção da Revista* — Em Comendatãdo por leiãões, faz o autor dadas estudos seu resumo ao Diretor da Revista. Do que foi resumido, resultou a conclusãõ que seria útil divulgar a respeito, quando tanto se lãa em "tribuna viciãntes". Por isso, solicitãdo a remessa do estudo o lãido a lãmpãa com lãido aquã, impressãõ incluí, está ele incluído neste número da Revista da Academia.

ritadã normaliva com validade para sua aplicaçaõ obrigatãria na soluçaõ de lãitos conflitos de interesses subordinaçãões semelhantes. Trata-se do "precedente vinculanãte"

Constitui o precedente judicial um "leading case" (caso guia), cuja autoridade encontra fundamento jurãdico na doutrina do "stare decisis" (de sujeiçaõ ao decidido), de mais rigorosa observãncia na Inglaterra do que nos Eããos.

E o princípio do stare decisis que embasa a autoridade do precedente judicial, entendido como respeito e obrigatoriedade, sem prejuízo da flexibilidade, por sua forte conotação de "standard" jurídico.

*El respeto al precedente judicial ha constituido desde los orígenes del "common law" uno de los principios fundamentales sobre los cuales se ha estructurado y dinamizado todo el sistema. Pues, precisamente, *la esa procedencia es la norma jurídica que fundamenta la validez de las sentencias posteriores*."

¹ Smith, Juan Carlos, "El Derecho de las Con-
cepciones Justificativas", 2^a ed., reimpression, Ed
Abolado-Perrot, B. Aires, 1993, págs. 106 e segs.
² Smith, J. C., ob. cit., pág. 100.

"...los jueces del 'common law' han observado la costumbre de fundar sus decisiones en los deberes, en aquellas sentencias que constituyen decisiones debidamente motivadas y relacionadas sobre una cuestión de derecho suscitada en un litigio y que han sido dictadas en casos semejantes por otros jueces de superior o igual jerarquía dentro de la misma jurisdicción".

Explica o precluído autor que a *opletividade normativa da decisão precedente* — em princípio circunstancial ao caso concreto sub judice — é essencial, mediante um "processo lógico de generalização", a futuros casos semelhantes, tornando-se, assim, um "leading case". Vale dizer, na tradução de Smiltz,

“Tal extensión cubría el momento ideal de transformación de una norma individual, como era originariamente el *precedente*, en una *norma general* válida y vigente para otros jueces de inferior o igual jerarquía. En la cadena dinámica de fundamentación, la ciencia que constituye un *procedente* inaugura toda una serie de soluciones judiciales similares, siendo así la *expressio* -normativa de un *binding case*”.

Smith, contudo, contesta a noção de "casos semelhantes", em que se apóia a operacionalidade lógica do princípio "sicut

Smith, J. C., ob. cit., p. 137.
Smith, J. C., ob. cit., p. 137-139

lo. E, em consequência, com o que:

"Elicio modus operandi, sumam-
te élite cuando los jueces esha-
dondados de una amplia capacidad de
observación y abstracción, compli-
ca sin embargo un extraordinario
margen de discrecionalidad, toda
vez que puede transformarse en sim-
ple razonamiento analógico en una
compleja operación de generaliza-
ción y permitir llevar muy lejos el
concepto de caso semejante".

Do que foi dito, torna-se relevante destacar, aqui, que mesmo o "common law" era dogmatizado numa ingenua observância dos precedentes jurídicos centrados na *ratio decidendi*.

“de todas as ciências sociais, o Direito releve por mais tempo o caráter newtoniano, resistiu com mais sucesso ao impacto da evolução do realismo econômico”;¹

SUNSHIN, J. C., *ib.*, vol. CII, nota n. 43, pag. 100, in fine.

somente o gênero masculino dessa expressão im-
plica, *vide* Gillson, John, *Introdução à História da
Filosofia*, trad. por de A. M. Linhares e L. M.
Lacerda, São Paulo, FFLCH, 1968, p. 208, nota n. 71. E ainda, Ma-
chado Filho, Sebastião, "O Sistema do Common
Law Anglo-Americano — Evolução e Contexto",
in Idem, nota n. 20 do original, p. 61.

Americano", *lud. de "The American Minu"*, Yale Univ. Press, 1950. por Jorge Fortes, Ed. Cultrix, S. Paulo, 1960, pág. 267.

“estar de acordo com o direito comum”, como decidido pelos juizes, é mais importante do que a justiça; estar convicto de que “o Tribunal decide”.

larnou-se um axioma, alcançando-se os precedentes a dogmas religiosamente respeitadas e estudados.

e mesmo no campo do ofício consiliacional, onde a doutrina do stare decisis nunca foi formalmente aceita, os juizes mais esclarecidos se encontravam obrigados, por decisões anteriores, a votar contra sua própria razao¹⁰.

Não sem razão, pois, observou Smith que o *procedente judicial* cumpre o papel de uma verdadeira lei, quando ocorre a eventualidade de um *procedente* ser revogado por outro. Em suas palavras:

"La sustitución de un precedente por otro tiene aquí el valor equiparable a un cambio de legislación".

* A expressão "paradigma" foi aqui sentido utilizada por Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago Univ. Press, 1962 – trad. bras. *A Estrutura das Revoluções Científicas*, Ed. Perspectiva, S. Paulo, 1975, 2ª ed., 1976; e Thomas S. Kuhn, *The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change*, The Univ. of Chicago Press, 1977, trad. bras. H. Helein, *A Tensão Essencial*.

* Estudios referidos sobre inibição de crescimento do sistema da ciência: Ed. F.C.C. MATHIAS, 1982 e 1987. A expressão foi utilizada pela primeira vez por Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, op. cit., p. 10. Também, pensamento holístico, mais abrangente para pensar a atividade interrelacional *Eciton* (artigo em Big Sci., July 1991). Califórnia – 3920 0516 e USA, o que número da revista, mantida até a atual, e em todo o mundo IV publicação biológica pelo referido Instituto, The *Eciton* Catalog.

¹⁴ Commager, H. S., ob. cit., page 369.
¹⁵ Commager, H. S., ob. cit., pages 369-370.
¹⁶ Smith, J. C., ob. cit., page 187.

É, pois, nesse sentido que o princípio dico do *Stare decisis* constitui o fundamento da autoridade do precedente judicial. Daí a destacada relevância da também chamada "doutrina" do *STARE DECISIS ET NON QUIETA MOVERE*.

"A Latin phrase ('to stand by the decided') — ('submeter-se ao decidido') — meaning that courts should follow the principles set forth in previously decided court cases" — ("o que significa que os tribunais devem aplicar os princípios assentados nos casos anteriormente decididos") — como define George Gordon Coughlin¹².

ou, no registro do "Black's Law Dictionary" é uma

"Policy of courts to stand by precedent and not to disturb settled point. Doutrina that, when court has once laid down a principle of law applicable to a certain state of facts, it will adhere to that principle, and apply it to all future cases, where facts are substantially the same; regardless of whether the parties and property are the same". ("A política dos tribunais de se submeterem ao precedente e de não perturbarem o que já foi estabelecido. Doutrina que, quando os tribunais, uma vez formulado um princípio de direito como aplicável a certos casos concretos, prende-se a ele, e passa a aplicá-lo a todos os casos futuros, quando os la-

os sejam substancialmente os mesmos; independente de que as partes e o objeto sejam os mesmos).

Stare decisis or non quita movere — os tribunais devem manter os precedentes e não alterar os princípios estabelecidos, na decisão de casos substancialmente semelhantes. Na versão do Smith:

"Os juizes devem resolver los casos sometidos a su decisión conforme a lo resuelto en sentencias dadas en casos semejantes".

Quer dizer, em princípio, a decisão judicial de um caso, ainda que antiquada, deve reger o caso posterior substancialmente semelhante, o que naturalmente induz à preservação do "status quo" jurídico. Do ponto de vista de seu objetivo de proporcionar a certeza do direito e a segurança das relações jurídicas, destaca-se um caráter conservador positivo da doutrina do precedente judicial, por possibilitar a previsibilidade dos atos jurídicos, de maneira a facilitar as consultas bem como o andamento dos processos, permitindo, inclusive, maior possível arbitrariedade dos juizes.

"The common law doctrine of *stare decisis* attempts to give security and certainty to the law by following the policy that once a principle of law is applicable to a certain set of facts has been set forth in a decision, it forms a precedent which will subsequently be followed even though a different decision might be made were it the first time the question had arisen".

¹² Coughlin, George Gordon, "Dictionary of Law", New York, 1982, Barnes & Noble Books, a Division of Harper & Row Publishers.

¹³ Black, Henry Campbell, and coauthors Nolan, Joseph R., Nelson-Hall, Jacqueline M., and coauthors, "Contributing authors Connolly, M. J., Hertz, Stephen C., Alberici, Martin A., Black's Law Dictionary", Sixth Edition, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1980, p. 6 e 7 e 10 summa — Centennial Edition (1891-1991), St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1991.

¹⁴ Smith, T. C., Op. cit., pág. 164.

¹⁵ Richardson, Kemp (est. willent), "Constitutional Law — Cassese Legal Guide" — "Adapted by to courts utilizing Stare, Sedimen, Stizen and Turner's caselaw on Constitutional Law, Norman S. Goldensky, senior editor, Peter Tenen, managing editor, published by Cassese's Publishing Co. Inc, Santa Monica, CA, 1991, pág. XI.

De modo geral, a instituição do precedente vinculante propicia melhor aplicação da justiça com base no princípio constitucional da igualdade de tratamento dos que se encontram nas mesmas condições e circunstâncias. Dentro, pois, do rigorosa teleologia jurídica, cogitamos do manter vivo e ativo o princípio de isonomia de aplicação da mesma solução jurídica para casos substancialmente semelhantes, por ser este o principal escopo do intuito do precedente, a par do ouzgo da natureza administrativa como a celeridade processual etc.

No magistério do Justice Brandeis (em voto divergente em "Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.", tendo em foco o direito de seu país:

"*Stare decisis* is not, like the rule of *ius judicialis*, a universal inextinguishable command... *Stare decisis* is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right... (explicitando que) this is commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation. But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this Court has often overruled its earlier decisions. The Court bows to the lessons of experience, recognizing that the process of trial and error, so vital in the physical sciences, is appropriate also in the judicial function... In cases involving the Federal Constitution, the position of this Court is unlike that of the highest court of England, where the policy of *stare decisis* was formulated and is strictly applied to all classes of cases. Parliament is free to correct any judicial error, and

the remedy may be promptly invoked" ("O *Stare decisis* não é como a *ius judicialis*, um comando universal inextinguível... *Stare decisis* é, geralmente, uma sã política, porque na maioria das questões, é mais importante que a regra jurídica aplicada seja estabelecida do que a correção da mesma. Isto é frequentemente verdadeiro mesmo quando o erro é matéria de séria preocupação, contanto que a correção possa ser feita através da legislação. Mas, em casos que envolvam a Constituição Federal, quando a correção através da ação legislativa é praticamente impossível, esta Corte tem frequentemente reformado suas anteriores decisões. A Corte curva-se ante as lições da experiência e a força de um melhor raciocínio, reconhecendo que o processo de julgamento e erro, tão vital nas ciências físicas, é apropriado também na função judicial. Em casos envolvendo a Constituição Federal, a posição desta Corte é diferente do mais alto tribunal da Inglaterra (refere-se à House of Lords), onde a política do *stare decisis* foi formulada e é rigorosamente aplicada em todos os casos. O Parlamento é livre para corrigir qualquer erro judicial, e o remédio pode ser prontamente invocado.")

Reprisa o Ministro Frankfurter que:

"But *Stare decisis* is a principle of policy and not a mechanical formula of adherence to the latest do-

¹⁶ Katzer, Paul G. and Berghel, Francis X., "Constitutional Law — Cases and Materials", Fifth Edition, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, 1980, pág. 124. A desobediência que provocou neste caso foi rejeitada quando do julgamento do caso "Hawthling v. Mountain Producers Corp." (em 1938), como informa Gunther, Gerald, "Cases and Materials on Constitutional Law", Tenth Edition, Minnesota, N.Y., The Foundation Press, Inc., 1980, pág. 309.

possibilidade de

Murphy

Como se deduz, vem a tona então — no direito norte-americano — uma interpretação jurídica que podemos designar, como teoria da flexibilidade do *stare decisis*, segundo a qual o julgador pode se apartar do precedente quando ocorrer, justo motivo, principalmente quando seja em jogo os direitos humanos e a ordem pública, como — por exemplo — a Suprema Corte fez ao deixar de aplicar as decisões anteriores que aprovavam a segregação racial.

"Of course, state decisis is not an inviolable principle, but is departed from in instances where there is good cause (e. g., considerations of public policy)." The Supreme Court to disregard prior decisions sanctioning segregation).¹¹⁴

De modo que — não obstante a força dos precedentes e dependendo naturalmente da relevância social do caso concreto — os tribunais superiores podem alterar ou revogar suas pro-

"In *Holmgren v. Hallack*, *quod Bodanheinor, Edgar, Jurisprudence*. — *The Philosophy and Method of the Law*, Revised Edition, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1974, p. 430.

Richardson, Kemp. Qb. clt., Mdg. XI

Das decisões e substituições por outras, constantemente entendidas em direito no sentido de consultar o bem-estar social, preservando a ordem pública.

Agora bem, sem dúvida que, na prática do *direito inglês*, mais rígido e mais conservador, há resistências às mudanças socioculturais. E Harold J. Berman vai mais longe, acreditando que, na doutrina inglesa, a "House of Lords" não poderia inverter seus próprios precedentes. Admita que a flexibilização do decidido judicial no direito norte-americano decorreu de uma interpretação criativa do vários tribunais superiores estaduais norte-americanos e da Suprema Corte dos Estados Unidos a fim de adaptar o direito às mudanças das condições sociais. E em diversas oportunidades, declararam simplesmente que se no futuro vissem a entender que uma de suas decisões anteriores estivesse errada ela não deveria ser aplicada no caso análogo posterior, segundo o seguinte raciocínio:

In addition, American law from the early nineteenth century on has been characterized by a *high* degree of flexibility of judicial decision, than English law in modern times. While accepting the English doctrine of precedent, whereby a court is bound to follow previous decisions of analogous cases, American courts have generally been more creative in interpreting earlier cases in order to adapt the law to changing conditions. Also American courts did not accept the English doctrine — finally repudiated in 1966 — that the highest court can never

overrule its own precedents; that United States Supreme Court, as well as the Supreme Courts of the various states, have on occasion declared simply that one of their previous decisions was wrong and would not be followed".

Corrobora ainda o testemunho de Smith, ao documentar que:

“Si bien el principio del respeto a la autoridad del precedente mantiene aún hoy, pese a las transformaciones del Derecho, su plena vigencia en Gran Bretaña, no pareciera ocurrir lo propio en los Estados Unidos de Norteamérica, donde, desde hace aproximadamente medio siglo, se viene operando una notoria flexibilidad de aquel principio, a punto tal que el profesor Carl Llewellyn, al adelantar sus impresiones sobre la conferencia realizada en Cincinnati el 17 de febrero de 1940 indica, a modo de panorama general, que desde 1920 los tribunales estadounidenses no confieren ya una estricta autoridad normativa a los precedentes”.

¹¹ *German, Harold J.*, "The Historical Background of American Law," in *Op. Cit.*, "Yankee on American Law," by members of the Harvard Law School Faculty, Edited by Harold J. German, Revised Edition, Voice of America, Forum Lectures, Washington, DC:USA, reprinted, 1973, pgs. 14.

Smith, J. C. Os. cit. p. 167. Nessa propriedade do termo do status decedis — de ser hierarquizado pelo sistema mais ou menos rígido, de modo a permitir a exceção ao sentido convencionalmente entendido — há uma identificação com o segundo "Justice System" — "The Justice System which enables us to reach the polestar in the relation between the extreme of flexibility and the extreme of rigidity, and ultimately to achieve a system which, though adaptable to the changing needs of a changing society, is not without a firmness and continuity." A parte de que quer que sua capacidade de adaptação a tudo não implique o enfraquecimento, diluindo-se e tornando-se vago, o seu último análise o estágio o obrigatório.

Sam embargo, na Inglaterra, a *House of Lords* (por seus *Lay Lords*) — entendendo o mais alto órgão do judiciário — tem, e não pode deixar de ter, o poder para reformular ou revogar seus próprios precedentes judiciais. — Aliás, essa possibilidade tal — a nosso

ver — implicitamente admitida por Brandeis, pelo menos na impossibilidade de corrigir a via legalizadora como vimos. Dobrê-se o maior empenho inglês em manter suas decisões à sua desusada indole conservadora. De outro pismo, a plena vigência da autoridade do *precedente judicial* na Inglaterra não significa o mesmo que efectuar, expressando não mais do que a provencial forma bilhética, em resistir às mudanças; como, apenas para dar um exemplo, a sua actual modesta recalcitância em aderir à moda da comunidade europeia — o euro — embora o *United Kingdom* já pertença à União Europeia, há muito tempo, não tendo ingressado em 1972²⁵. Além do mais, obviamente lógica e axiológica e a, *inadapta de que quem pode o mais pode o menos*. Ou seja, quem pôde criar algo também tem o poder impellido de modificá-lo ou revogá-lo. Em outros termos, quem *lax* pode *relevar* ou *deslazar*, principalmente para corrigir erros e/ou atender à justiça. Além de que, *last but not least*, ressaltando-se os princípios fundamentais de justiça — e, pelo menos em geral — não é característica do direito positivo de nenhum país a *invariabilidade eterna* da *norma jurídica*.

de qualquer natureza, tem similitude e seqüência logo com "Stone, *Marble Façade*, "The Common Law is the United States", in *Civila Collection: The Function of the Common Law* — Harvard Tercentenary Publications (Langdell Hall, Cambridge, or Harvard Univ. Press, 1929) Gloucester, Mass., Peter Smith Ed., 1965, págs. 125.

11 *Marble Façade*, Sobasaido, "A União Europeia e o Novo Direito Inglês", inédito.

A teoria da flexibilidade do princípio "stare decisis" em que se alicerça a autoridade dos precedentes judiciais — e, pois, tanto no common law norte-americano como no inglês — em verdade, sustenta que devem eles ceder sua vinculatoriedade sempre e quando forem considerados injustos — como reforça Antonio Bogliano, ao falar de um "sistema de vinculação flexível inerente na doutrina dos precedentes", inclusivo na Inglaterra, em razão de que:

"En el derecho inglés la flexibilidad de la doctrina de los precedentes viene dada por las excepciones (disfranchising) y por la derogación o cambio de jurisprudencia (overruling). Ambas metodologías permiten un stare decisis flexible".

Cabe reexaminar agora a "rejeição" reiterada por Commager de que padecerá a teoria do stare decisis no âmbito do direito constitucional, ou "limitação" de que fala o Stone, Harlan F., ao gritar que:

"The doctrine of stare decisis, however appropriate or even necessary at times, has only a limited application in the field of constitutional law".

De modo geral, tais restrições resultariam do fato de que qualquer modificação ou correção pela via judicial da Constituição somente seria possível: a) pela via legislativa; ou b) no caso de sua inviabilidade por meio da legislação.

Bogliano, Antonio, "Por que uma Teoria do Direito — introdução a um Direito Constitucional", Ed. Abeledo-Perrot B. Aires, 1991, pág. 100.

Stone, Harlan F., in "St. Joseph Stock Yards Co. v. United States", 280 U.S. 38, at 94 (1935) — quoted Bogliano, *op. cit.* supra; — The Philosophy and Method of the Law, Harvard University Press, revised Edition, 1974, Cambridge, Massachusetts, pág. 429.

A primeira hipótese é advogada autorosamente pelo Justica Hugo Lafayette Black, ao dar ênfase ao seu pensamento de que:

"...os tribunais devem sempre procurar seguir fielmente o verdadeiro sentido da Constituição, e de outras leis, como foram realmente escritas, deixando ao Congresso as mudanças legais e o problema de adaptar a constituição a novas necessidades, através de emendas aprovadas pelo povo, de acordo com os métodos constitucionais".

E Black segue afirmando não poder aceitar uma interpretação das normas e dos princípios constitucionais, principalmente da cláusula do due process of law, que permita os juizes vitaiços inscrever as suas próprias convicções econômicas e políticas na Constituição, acreditando que essa sua interpretação

"...é a única em consonância com uma Constituição escrita, por melhor assegurar que as prescrições constitucionais não serão mudadas, exceto através de processos de emenda próprios".

Quanto à segunda hipótese, Bodeneimer cita um trabalho de William O. Douglas sobre "Stare Decisis" — baseado no voto de Brandeis no caso "Burnet v. Colorado Oil and Gas Co." — tornando ainda mais clara a restrição apontada por Brandeis, ao garantir que:

"In this area, it is particularly important to keep the law in accord with the dynamic flow of the social

Black, Hugo Lafayette, "Certeza na Constituição", trad. de Luiz Carlos F. de Paula Xavier, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1970, "Prefácio", pág. 10.

Black, H. L., *Op. cit.*, pág. 61.

order, since correction of constitutional decisions by means of legislation is practically impossible".

De início, devemos advertir aqui — por óbvio — que: 1º) o Supremo Tribunal dos Estados Unidos é o intérprete maior da Constituição Federal, donde é ele que tem competência exclusiva para dizer — validamente e em última análise — o que a Constituição diz, fazendo-o através de decisões judiciais proferidas nos julgamentos dos casos concretos a ele submetidos, valendo elas como precedentes vinculantes para os demais tribunais e juizes; o 2º) estes precedentes constitucionais integram o direito constitucional norte-americano, sendo, aliás, a essência mesmo desse direito, tanto que o seu estudo se confunde com o estudo das decisões da U. S. Supreme Court.

Ora — se as decisões proferidas em única ou última instância pela U. S. Supreme Court envolvendo a interpretação e a aplicação da Constituição dos Estados Unidos da América, constituem precedentes judiciais para todos os tribunais e juizes do país e integram o direito constitucional norte-americano — torna-se consequência lógica que caberá tão-somente à Suprema Corte — como intérprete máximo da Constituição dos Estados Unidos — alterá-las ou revogá-las, substituindo-as ou não por outras e, pois, levando seus precedentes, sempre que assim entender de direito e de justiça, tendo em conta que não existe ninguém, nem mesmo qualquer juiz ou tribunal, Se isso é certo, por ser no mínimo juridicamente razoável, segue-

se que afastado fica o entendimento radical do Justica Black E, em verdade, assim é, como comprovam inúmeras decisões em que a Corte Suprema, ao interpretar a Constituição, citou inclusive poderes para si, sem que os mesmos estivessem expressamente previstos na Carta Política, como — para citar apenas um repisado exemplo: o poder de judicial review (ou seja, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos jurídicos públicos ou privados) que aquela suprema Corte conferiu a si mesma, na decisão do célebre caso "Marbury v. Madison" (1803)", proferida pelo Chief Justice John Marshall, sem ao menos, dignado a citar a pertinente doutrina dos "Fundadores", bem como a jurisprudência anterior inglesa ("Borham's Case", decidido em 1610, pelo Justice Sir Edward Coke) e de anteriores decisões do Supremo Tribunal dos Estados Unidos norte-americanos, que, sem dúvida, lhe davam respaldo — o que, em verdade, foram suas fontes inspiradoras.

Para além disso, temos o raciocínio de que o exercício do poder do judicial review sempre pressupõe — lógica e obviamente — a flexibilidade do princípio do stare decisis, como embasamento da autoridade dos precedentes judiciais, caso contrário a Suprema Corte não poderia revogar, mudar ou substituir suas próprias decisões no pleno exercício do controle de constitucionalidade por ela mesmo criado

Macneil, Iain, "O Poder de Judicial Review como Fundamento da Supremacia do Judiciário nos Estados Unidos", *ibid.*, pág. 44-47, do original, *passim*.

Hamden, Alexander, *Macdonald, James e Jay, John*, "O Federalismo", *trad. do autor*, A. Horta, Ed. Universidade de Brasília, DF, 1964, "Paper", n. 35, sob o título "Os Juizes como guardiões da Constituição", pág. 577-578, v. 4, pág. 44-45.

Macneil, Iain, "O Poder de Judicial Review", *ibid.*, *passim*.

para si própria. Por exemplo — tendo em conta novas condições histórico-culturais, sociais, econômicas e políticas — julgando constitucional uma lei de um Estado idêntica ou substancialmente semelhante a uma de outro Estado anteriormente julgada inconstitucional pela Corte. Jamais, portanto, a doutrina do *stare decisis* pressupõe a inflexibilidade ou a aplicação rigorosa do precedente judicial. É que a eventual desconsideração da sua *inflexibilidade*, ou seja, a disponibilidade essencial, indispensável e inderrogável fundamento conceitual da *flexibilidade dos precedentes judiciais*, significaria a admissão de uma contradição insolúvel, isso porque sem o princípio do *stare decisis* — que lhes dá sustentação — claro que não se poderia falar em sua força obrigatória e, portanto, em sua existência. Numa palavra: sem a *teoria da flexibilidade do princípio do stare decisis* — que lhe é imputada — não se poderia falar na própria vigência desse princípio e, em consequência, na caracterização das decisões como precedentes judiciais, porque faltaria a estes o indispensável fundamento do seu obrigatório ou de sua força vinculante para casos posteriores substancialmente semelhantes. Valeriam apenas como conselhos, sugestões, modelos ou orientações de aplicação facultativa, à semelhança do que se passa no nosso atual sistema de *civil law* — o que não, fora o menor sentido, no sistema do *common law* norte-americano.

Em suma, essa "limitação" do precedente — de que fala Stone — nada mais pode traduzir — se é que possa significar alguma coisa — senão a própria flexibilidade do princípio do *stare decisis*, de que estamos a tratar.

E esclarecendo melhor, significa que é justamente no direito constitucional — máxime quando interpretado e aplicado pela U. S. Supreme Court — que

a flexibilidade encontra sua melhor demonstração e justificativa, como fundamento e condição sine qua non da existência do precedente judicial, sempre desde modo dotado de autoridade e obrigatório, sem o natural e justo receio do sua radical e inconvulsa petição.

É preciso que se atente à inteligência de que o conceito de precedente judicial — antes de ser assunto de natureza constitucional versa uma questão jurídica ontogenética, a envolver a própria definição do conceito de Direito no sistema do *common law*. Em verdade, ocorre que o precedente judicial somente se configura como tal por sua força de autoridade que lhe proporciona o princípio do *stare decisis*, porque neste está baseado. Este princípio é o fundamento do precedente. Constitui sua essência. Sua razão de existência. É o que lhe dá a identidade do precedente vinculante, obrigatório, mas flexível. E essa flexibilidade — com que está conglaciado o conceito justicístico do *stare decisis* — é justamente o que permite a sua revisão, revogação e/ou sua substituição, quando for esta a melhor e mais justa solução.

Para citar um caso concreto, poderíamos trazer à tala, a decisão proferida, em 1954, no célebre caso "Brown v. Board of Education" (347 U. S. 483, 74 S. O. 686, 98 L. Ed. 873), pela qual a U. S. Supreme Court revogou a doutrina conhecida sob o título de "separate but equal" ("separados mas iguais"), que predominou durante meio século, estabelecida que foi em 1896, no julgamento do caso "Plessy v. Ferguson" (163 U. S. 537 — 1896). Essa doutrina ainda preconceituosa e resistiva dos direitos humanos foi declarada nula por maior a segregação racial em altona no princípio da igualdade de todos perante o direito, abrogada pela "Declaração de Independência" dos Estados

Unidos, aprovada pelo Congresso de Philadelphia, de 4 de julho de 1776, pois, de certa forma, mantinha ainda a segregação racial, pela simples razão do que não se pode admitir a existência da igualdade com separação, causadora do complexo de inferioridade. Aos negros faltavam, ainda, condições materiais como o sentimento de igualdade, consideração e respeito à pessoa humana, sendo indispensável a concretização do direito de convivência para a vivência interior da total e verdadeira igualdade entre seres humanos, protótipos pela mesma Declaração, que reconheceu expressamente "That all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness" ("Nós sustentamos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador com certos direitos inalienáveis, estando entre estes a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade"). Por inatidos ainda separados dos brancos e pela ausência de condições inalienáveis, os negros ressentidos padeciam do sentimento de inferioridade. Em consequência, ficou estabelecido o direito dos negros de frequentarem a mesma escola pública para os brancos. Assim, expõe o professor da Harvard Law School, Steven L. Emanuel:

"3. Brown v. Bd. of Ed.: Plessy v. Ferguson's validation of 'separate but equal' segregation remained the law until 1954. (However, in a series of

pre-1954 cases involving gradual school education, the Court found that facilities available to blacks were not in fact 'equal' to those given to whites). Then, in Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954), the Court explicitly rejected the 'separate but equal' doctrine, at least insofar as public education was concerned. (...) The Court reasoned that even where all-black and all-white schools were equal in terms of 'tangible' factors, intangible factors necessarily prevented children who were restricted to all-black schools from receiving equal educational opportunities. In particular, racial segregation, in particular, racial segregation, on 'generals' (in black students) a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone... Separate educational facilities are inherently unequal."

Nesse sentido, poder-se-ia alegar — com Smith — ao contrário da flexibilidade, haveria ali mesmo uma rigidez na aplicação da teoria do *stare decisis*, quando o seu autor observa que:

"... na de se afirmar que as decisões de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos son estrictamente obligatorias para los tribunales inferiores. El principio 'stare decisis' adquiere a través de esta relación jerárquico-judicial, su máximo rigor."

"Emanuel, Steven L., 'Constitutional Law', 12th ed., with the assistance of William Ben, da Columbia Law School, Emanuel Law Outlines, Inc., Lexington, NY, 1984, 2^a edição, págs. 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

"Emanuel, Steven L., 'Constitutional Law', 12th ed., with the assistance of William Ben, da Columbia Law School, Emanuel Law Outlines, Inc., Lexington, NY, 1984, 2^a edição, págs. 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

Razões Substantivas

Questão Orientadora

REV. DA ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO

Além do que não são todas as razões da decisão judicial que constituem o precedente, como fonte autôntica de direito. Mas, tão-somente as razões substanciais que constituem a ratio decidendi do caso concreto. Apoiador do caso julgado é que passa a ter força obrigatória, valendo como precedente a ser observado no julgamento dos casos posteriores. As razões relevantes ou meras observações não necessárias para a decisão da causa não se incluem na ratio decidendi, designando-se simplesmente dicta ou dictum ou obiter dicta ou obiter dictum, sendo absolutamente irrelevantes.

Em nosso sistema jurídico, os fundamentos das decisões que transitam em julgado não incluem os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, conforme reza o item I, do art. 469, do Código de Processo Civil brasileiro.

Na explicação de John Salmond:

"Although it is the duty of courts of justice to decide questions of fact on principle if they can, they must take care in such formulation of principles to limit themselves to the requirements of the case in hand. That is to say, they must not lay down principles which are not required for the due decision of the particular case, or which are wider than is necessary for this purpose. The only judicial principles which are authoritative are those which are thus relevant in their subject-matter and limited in their scope. All others, at the best, are of merely persuasive efficacy. They are not true rationes decidendi, and are distinguished from them under the name of dicta or obiter dicta, things said by the

REV. DA ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO

leção numa decisão não seria seu elemento controlador. Em síntese, para Bodenhimer:

"According to what we have found to be the preponderant view, only that part of a legal proposition stated by a court is ratio decidendi which was necessary for the decision of the point at issue." ("Consoante acordamos ser o entendimento preponderante, somente a parte da proposição jurídica estabelecida pelo tribunal constitui a ratio decidendi que foi necessária para a decisão (do essencial) da questão debatida").

Sem embargo, Bodenhimer adverte uma interpretação ecética, assim expondo-a:

"The correct view of the nature and scope of the ratio decidendi must proceed from the premise that it is neither the material facts of the case nor the rule of law as formulated by the court which form the authoritative element in a decision. The controlling question to be asked in determining the weight of a prior decision is whether the rationale of public policy underlying the first decision (which the first court tried to cast into the form of a proposition of law) is equally applicable in the second case. A later case involving facts similar to those present in an earlier case should, as a general rule, be decided in consonance with the earlier case, where both cases fall under the principle of public policy or justice which lay at the bottom of the earlier decision." ("A correta visão da natureza e do alcance da ratio decidendi deve partir

REV. DA ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO

da premissa de que nem os fatos materiais do caso nem a regra de direito como formulada pelo tribunal consubstanciam a autoridade da decisão. A questão diretriz a ser indagada para determinar o peso da decisão precedente é se a razão de força de ordem pública a ela subjacente (que a primeira instância tentou modelar na forma de uma proposição jurídica) é igualmente aplicável ao segundo caso. Um caso posterior envolvendo fatos similares aqueles presentes no caso anterior deve — como regra geral — ser decidido em consonância com este quando ambos estiverem sob a égide do princípio de ordem pública ou de justiça que faz como fundamento essencial da decisão precedente").

Contudo, Bodenhimer prossegue afirmando ser possível que a razão da ordem pública do caso anterior não tenha sido adequada e habilmente ilhada pelo juiz. A formalização verbal por ele escolhida para expressar o princípio talvez tenha sido prolixa ou lacônica. Repara que princípio enunciado na decisão não deve ser mais amplo do que o necessário para resolver a questão sub iudice. Mas, amplo o bastante para incluir situações que — sob qualquer fundamento razoável — não possam ser distinguidos dos fatos nela referidos. A autoridade do precedente há de ser buscada — não, propriamente, na regra jurídica formalizada — mas, sim, no núcleo essencial do princípio bem como em seu alcance, exatamente delimitados.

Do modo que — quando Bodenhimer, como exemplo, o famoso caso "Riggs v. Palmer" (115 N.Y. 506), citado por Cardozo, Benjamin N. — a

* Salmond, John, "Jurisprudence", 9ª ed., by J.L. Baker, London, Sweet & Maxwell, Limited, 1933; e "The Theory of Judicial Precedent", Law Quarterly Review, n. 16, págs. 376, 387-390 (1900) — Apud Bodenhimer, Edgar, Op. cit., pág. 433.
* Bodenhimer, Edgar, Op. cit., págs. 433-434.
* Vide Salmond, J., "Op. cit.", págs. 433-434.
* Introdução to the Study of Law, 2ª ed., Chicago, 1948, pág. 155 — apud Bodenhimer, E., Op. cit.

* Gray, John Chipman, "The Nature and Sources of the Law", Second Edition, Gloucester, Mass., Peter Smith, 1972, pág. 261.
* Goodhart, Arthur, "Determining the Ratio Decidendi of a Case", 40 "Yale Law Journal" 101, 1930 — apud Bodenhimer, E., Op. cit., pág. 433.

* Bodenhimer, E., Op. cit., pág. 436.
* Bodenhimer, E., Op. cit., págs. 437 a 439.
* Bodenhimer, E., Op. cit., pág. 436.
* Cardozo, Benjamin N., "The Nature of the Judicial Process", New Haven and London, Yale University Press, 1961, págs. 40 e 569.

— que o legatário assassino do seu testador não pode pretender que a vontade dos seus precedentes, com fundamento no princípio de que a ninguém é dado beneficiar-se de sua própria torpeza, deve ser interpretada como limitada exclusivamente aos casos de homicídio doloso, não abrangendo as hipóteses de homicídio culposo. Portanto, o princípio estabelecido na primeira decisão deve ter seu sentido circunscrito à natureza dolosa do crime de homicídio. Por consequente, não basta a mera semelhança entre os fatos para que prevaleça o precedente. A semelhança deve ser substancial.

A ratio decidendi — explica Bodenheim — deve ser extraída do relacionamento dos fatos de dois (ou mais) casos a um princípio de política jurídica que possa razoavelmente abranger ambas as situações e que, na maioria das vezes, não passa a existir, de modo perfeito e acabado, da primeira vez em que é formulado pelo tribunal. O alcance de seu sentido poderá ser demarcado por futuras decisões, naturalmente em casos análogos na análise dos quais se verifica a oportunidade de correção das inadequações do precedente; como, por exemplo, pela determinação das exceções, condições e advertências sobre a adoção do princípio. Por essa via, a ratio decidendi de um caso frequentemente desenvolve seu verdadeiro e completo significado com o passar do tempo, podendo envolver várias decisões posteriores que envolvam variações da situação ocorrida no primeiro caso, até que uma regra de direito, inteiramente desatada (a full-blown rule of law), tal vez, cercada por uma série de exceções ("a cluster of exceptions"), venha a substituir a generalização formulada de maneira inadequada ou hesitante pela decisão vestibular.

Em resumo, uma série de decisões vão gradualmente girando os contornos de um princípio jurídico deixado indeterminado pela decisão primitiva que tentou apenas dar-lhe forma definitiva.

Tal como expõe Bodenheim:

"It is possible, however, that the policy rationale of the earlier case was inadequately or awkwardly stated by the judge, or that the verbal formalization chosen by him in spelling out the principle was either too broad or too narrow. The principle enunciated in the decision should not be broader than necessary to dispose of the legal problem before the court, but broad enough to include situations that cannot on any reasonable ground be distinguished from the facts at hand. It is the principle in its essential core and properly delimited scope rather than the formalized rule of law into which the principle was cast by the first judge that should be accorded precedential force. Thus, where a court has decided that a legatee who murdered his testator cannot take under the will, the testator's will because 'no one may take advantage of his own wrong', a court in a later case involving a negligent killing of a testator by the legatee may hold that the principle, The second court may conclude that what prompted the first court to decide the case as it did was the consideration that the legatee who had willfully killed his testator should not be permitted to take under the terms of the will. The second court need not assume that the first court meant to prejudice the case of negligent killing or that it had the principle of policy underlying the decision. According to this view, a case is not controlling as a precedent for the sole reason that similar

rites and parallels between the facts of the earlier and later cases can be discerned. The ratio decidendi must be discovered by relating the facts of the two cases to a principle of legal policy which reasonably covers both situations. In many instances, this principle of policy will not spring into existence as finished creature the first time it is expressed by a court. It will often have been stated by the court in a tentative and groping fashion, and its true import and scope will not be capable of being ascertained until other courts have had a chance to correct the inadequacies of the first formulation and to grant exceptions, qualifications, and caveats upon the principle. In this way the ratio decidendi of a case often develops its true and full meaning slowly and haltingly, and it may take a whole series of decisions involving variations of the situation presented in the first case until a full-blown rule of law, surrounded perhaps by a cluster of exceptions, replaces the tentatively and inadequately formulated generalization found in the initial decision, concluding com o texto já supra citado): "In short, a whole course of decisions will gradually mark out the outer limits of a legal principle laid down terminative by the first decision attempting to give form to it".

Na exposição de Boghina, o novo panorama que se descolina para a teoria geral do direito.

Em um contacto a ratio legis das normas gerais e a ratio decidendi das normas individuais. Há de haver continuidade na razoabilidade desde a lei hasta la sentencia [explicando] Toda norma poderia

teerse así: Primario su texto. Después habría que agregarle el siguiente texto implícito: "esta norma será aplicada salvo que conduzca a su solución notoriamente injusta del caso".

Além de compor o conflito de interesses, de modo definitivo por sua qualidade de res judicata, a decisão judicial passa a constituir-se, também, num precedente, no sentido de que deve ser aplicada num caso análogo futuro, sob o fundamento do princípio da que "stare decisis et non quæritur movere", a embasar sua autoridade e respeito para o mesmo tribunal e sua obrigatoriedade para os tribunais inferiores.

Da conformidade com o magistério de E. Allan Farnsworth⁴ a corriqueira justificativa da doutrina do precedente se fixa nos aspectos da igualdade (de tratamento), da previsibilidade (da solução do caso), da economia (de tempo e energia) e do respeito (deve à sabedoria e à experiência das gerações anteriores dos juizes). Assim, deslinda o preceito do professor da Universidade de Columbia-N.Y.:

"The first argument is that the application of the same rule to successive similar cases results in equality of treatment for all who come before the courts. The second is that consistent following of precedents contributes to predictability in future disputes. The third is that the use of established criteria to settle new cases saves time and energy. The fourth is that adherence to earlier decisions shows due respect to the wisdom and experience of prior generations of judges".

⁴ Boghina, A. Op. cit., págs. 107-108.

⁵ Farnsworth, E. Allan, "An introduction to the Legal System of the United States", Columbia University, N. Y., Oceana Publications, Inc., 1973, págs. 49 a 61 e segs.

⁶ Farnsworth, E. A., Op. cit., págs. 49.

Fundamentos de
stare decisis

REV. DA ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO

Observa Farnsworth que — ainda que menos rigidamente aplicado do que na Inglaterra — a doutrina do *precedent* está firmemente arraigada nos Estados Unidos, tendo a Corte Suprema reformado seus precedentes apenas 90 vezes, em quase um século o meio, de 1810 a 1957. Porém, advertiu que:

"skill in the use of precedent is more art than science". (A pericia no uso do precedente é mais uma arte do que ciência).

Precedente, "ratio decidendi" ou "holding" são expressões tidas na literatura jurídica como sinônimas — sendo do que a última é mais usada nos Estados Unidos — embora, tecnicamente, a "ratio decidendi" normalmente se refira apenas à "razão essencial de decidir" ou aos "fundamentos necessários e indispensáveis" que justificam o decurso ou a conclusão da decisão, não abrangendo o "dictum", "obiter dictum" ou "dicta", ou seja, as razões, as observações ou os comentários não essenciais, porventura conflitantes nas sentenças, como ilustrações literárias, mas que não têm, como aqueles, força vinculatória. O mérito é a regra jurídica indispensável à decisão e as expressões gerais ou secundárias têm uma autoridade apenas *persuasória*, não sendo vinculantes.

Precedente ou *holding*, portanto, é a decisão judicial transitada em julgamento da doutrina do *stare decisis* — ainda que flexível — a embaixada com a autoridade normativa.

* Farnsworth, E. A., Ob. cit., n. 8, pág. 49.
* Farnsworth, E. A., Ob. cit., pág. 50.

Admitindo, embora tacitamente, a flexibilidade do princípio do *stare decisis* — adverte o proclama autor não ser suplenente o fato de que, eventualmente, o tribunal não possa ou entender não ser conveniente seguir o precedente judicial em casos semelhantes por razões ponderáveis, como no caso do advento de novas condições históricas, sociais e econômicas etc. ou porque o precedente que seria aplicável contém equívocos, ou, ainda, em caso de alteração na composição do tribunal. Não obstante, noticia Farnsworth que:

"a tradição requer, quando possível, que a doutrina do precedente seja aplicada através de cuidadosa diligência (entre os casos), da preferência à adoção de outras soluções críticas".

E cita a repitada advertência do Juiz Brandeis, em seu voto divergente no caso *Burnell v. Coronado Oil & Gas Co.*,¹ julgado pela Suprema Corte, em 1932 — por nós já referida² — no qual destacou a flexibilidade do *stare decisis* (em contraposição à imutabilidade da *res judicata*), mas, admitindo essa flexibilidade — em matéria de direito constitucional — apenas nos casos de impossibilidade de solução pela via legislativa, o que também foi objeto de nossa discordância, com base na realidade dos julgamentos perante a Suprema Corte, não sujeita ao Poder Legislativo, exclusiva detentora do poder de "judicial review" que a coloca como

* Farnsworth, E. A., Ob. cit., pág. 55.
* Farnsworth, E. A., Ob. cit., n. 19, pág. 55.

* Kauper, Paul G. K., and Bray, Francis X., Ob. cit., pág. 124. Contudo, esta decisão — segundo Gunther, Gerald — foi rejeitada posteriormente quando do julgamento do caso *Hickering v. Mohan Products Corp.*, em 1938. Vide nota 18, *supra*, e também o nosso texto correspondente a esta nota.

REV. DA ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO

instituição acima dos demais poderes, como vimos no caso *Brown v. Board of Education*.³

Por outro lado, corrobora Paul Vinogradoff que:

"I need not remind my readers that Anglo-American common law is pre-eminently — judge-made-law. Such law may also be called case-law, because it is formulated not in general, prospective enactments, but in pronouncements called forth by particular cases". (Não preciso lembrar aos meus leitores que o common law anglo-americano é predominantemente direito criado pelos juizes. Esse direito pode ser também chamado "case-law", porque é formulado não por meio de normas gerais para o futuro, mas em pronunciamentos derivados dos casos particulares).

Uma das consequências características desse processo de formulação de normas é o de que:

"... no sharp distinction can be drawn between customary and common law. The latter is historically the ordinary and customary law of the kingdom, while the domain of custom proper is more or less restricted to the practice of local and popular Courts". ("... nenhuma distinção marcante pode ser traçada entre o direito consuetudinário e o 'common law'. Este último é historicamente o direito usual e consuetudinário do reino, enquanto que o domínio do costume propriamente dito é mais ou menos restrito à prática dos tribunais populares locais").

* Vinogradoff, Paul, "Common-Sense in Law", Arno Press, A New York Times Company, New York, 1975, págs. 199 a 207.
* Vinogradoff, P. Ob. cit., pág. 170.

"This latter custom, however, only became part of the common law because it had been declared and approved by the Courts of the Kingdom: no one could have said when and by whom it had been established in the first instance... In this way many of the fundamental principles of common law may be traced to medieval custom".

Os tribunais podem apontar-se — e muitas vezes o fazem — em ações gerais de justiça e na doutrina jurídica, inclusive estrangeira. Neste particular, informa Vinogradoff que várias são as decisões dos juizes do common law que se apóiam, não nos precedentes, mas, sim, no "civil law" (originariamente, no Direito Romano: no *Digesto* e no *Code*), ainda que, quase sempre, sem qualquer menção reveladora. E, aqui, Paul Vinogradoff revela-se como um dos raros autores de peso que reconhecem — embora por via indireta — a sensível influência exercida pelo Direito Romano no desenvolvimento do Direito Inglês — embora não por meio de citações expressas do Corpus Juris Justinianeu — taramen- te pelas pês advocados e, já mais, pelos juizes, na fundamentação das suas decisões — mas, sim — como demonstração — cultural — na maioria das vezes desprocurada com ânsias de erudição — através de estudos so-

* Vinogradoff, P. Ob. cit., item, pág. 178. Sobre nossa distinção entre direito consuetudinário e direito costumeiro, vide *Michaelis Filho, Sebastião, O Sistema do Common Law — Evolução e Conceito*, inédito...

brq o Direito Romano elaborados nas petições, arazados ou considerações e memoriais que circulavam durante a tramitação das causas em julgamento e que eram algumas vezes endossados e analisados pelos juizes:

"It is a great extent in this indirect way that Roman Law has come to exercise a strong influence on the development of English Law" (esclarecendo que) "Conseil did not quote the Corpus Juris, and Courts never grounded their decision on clauses from the Digest or the Codex; but general propositions evolved from the study of Roman Law were constantly circulated in the course of trials, and sometimes endorsed and construed by the Judges".

como ocorreu — por exemplo — no caso "Scott v. Brown" (1892), em que a ratio decidendi foi o princípio de que "um acordo com obrigações torpes não origina nenhum direito" ("spacia quae turpem causam continentem non sunt observanda" — D., II, 14, 2: ou "ex iniusta causa non oritur actio")¹².

Na Inglaterra — no exaço de Vinogradoff — os tribunais não poderiam reformar suas próprias decisões, nem mesmo a House of Lords (os Law Lords), embora sendo esta o mais alto órgão do poder judiciário do reino:

"In England, in particular, a certain hierarchy of the Courts makes it impossible for a lower Court to deviate from the course indicated by a decision of a superior Court. A County Court is bound to accept as law a decision of the High Court, the High Court is bound to follow deci-

sions of the Court of Appeal, and the Court of Appeal cannot overrule a decision of the House of Lords, which is the highest judicial authority in the kingdom: and the House of Lords cannot overrule its own decisions".

Não obstante — como vimos — esse entendimento não se constitui em dogma, uma verdade universal e eterna. Em verdade, trata-se de princípio, cuja reformulação, derrogação ou revogação e substituição, fica a depender da iniciativa do próprio tribunal que estabeleceu o precedente, caso venha a defrontar-se com novos eventos históricos, então justificadores da revisão dos precedentes. Tanto que, a preterita "imutabilidade" do precedente não foi observada, por exemplo, nos casos "Attorney-General v. Terry" (1873), "Fox v. Russell", e em "Olivier v. Birmingham Omnibus Co." (1933), não se seguiu — em caso análogo — a "doutrina da imutabilidade", adotada em "Thiorgood v. Bryan".

A permanência do precedente — através da sua respeitabilidade e, não, propriamente da obrigatoriedade em relação ao próprio tribunal que o pronunciou — apenas significa a adoção de uma política judicial eficaz para produzir uma mais prolongada vigência do precedente e, portanto, uma garantia cada vez maior da eficácia dos valores da certeza e segurança do Direito, sem, com isso, inviabilizar a verdade elemen-

"Vinogradoff, P. Ob. cit., pág. 172-173. Cf. Machado-Filho, Sebastião, "A Constituição da Inglaterra", ensaio inédito, especialmente os capítulos sobre "A Câmara dos Lordes" e "O Poder Judiciário Inglês", onde se destaca o papel da House of Lords, como órgão supremo do Judiciário, através da instituição dos chamados "Law Lords".

"Vinogradoff, P. Ob. cit., págs. 175 e seqs., e 179 e seqs.

lar de que — na conhecida frase de Roscoe Pound — "o direito tem que ser estável, porém, não imóvel".

Sem dúvida, constitui um intuitivo lógico e axiológico a afirmativa de que, na realidade, não ocorrem casos exatamente idênticos, já que cada caso é um caso. Existem sempre particularidades ainda que secundárias em todas elas e que os diferenciam entre si. Mesmo as semelhanças entre casos são de difícil verificação. Precisamente por isso o problema resultante é o da aplicação do princípio contido no precedente judicial que implicou na ratio decidendi, ou seja, na fundamental razão de decidir. Quer dizer, a semelhança deve ser substancial, traduzida no princípio condutor da solução do caso. Como, aliás, afirma Vinogradoff:

"Such instances being rare strong relief the fact that what is important in the precedent is not the actual decision, but the principle on which it is grounded, or, as it is technically called, the ratio decidendi". (Tais exemplos colocam em evidência o fato de que o que é importante no precedente não é a decisão mesma, mas o princípio no qual ela está baseada, ou a "ratio decidendi", como é este corrolado).

Paralelamente ao que se passa no sistema de direito legislado — em que se fala, tecnicamente, de distinção dos fatos particulares do caso concreto à hipótese da norma geral abstrata — também assim ocorre no caso da aplicação dos precedentes judiciais, no processo do "case-law" anglo-americano. Neste, frequentemente, os juizes têm que substituir a promessa

"Vide o texto de Kemp Richardson, autor do estudo da nota n. 15 e muito patagoso inicialmente anterior ao mesmo.

"Vinogradoff, P. Ob. cit., idem.

menor de um caso particular dentro da premissa maior. O objetivo é gerar — no âmbito do precedente, consistente na ratio decidendi — um legítimo descanço pela desintegração do nutilido matriz em um outro de suas diversas espécies, assim admitida a validade da maternidade ao novo rebento de uma das tradicionais famílias então selecionada dar nome ao novo legatário. Quer dizer, a substancialidade da semelhança deve vir à luz ainda que extraída a força da ratio decidendi do precedente, a fim de justificar a aplicação deste ao caso concreto sub iudice, por semelhança substancial entre eles. Mas, obviamente, essa tarefa hermenêutica se torna mais árdua quando a meta é descobrir a própria premissa maior, a norma, a regra ou o princípio essencial no qual o caso sub iudice deverá ser encaixado antes de determinar a premissa menor contida neste último.

Cogita-se aqui — no sistema do civil law — do domínio do método dedutivo (do geral para o particular), próprio do racionalismo idealista, que tem a intuição como ato gnoseológico de contemplar o direito (em seus juízos apodícticos ou verdades de razão) — numa visão panorâmica de mero espectador de doce sabor filosófico, teórico, científico, substantivo, abstrato e gerilmente inoperante — mais como modelo sugestivo, ilustrativo e educativo¹³, em contraponto —

"A proposta, na ideia deca de David, René (O Direito Inglês, trad. de Eduardo Gama, Ed. Martins Fontes, S. Paulo, 1987, págs. 2-3). "Nossos conceitos e nossas categorias jurídicas permanecem essencialmente as mesmas e as categorias ensinadas nas Universidades por base o direito romano. O direito continua a ser visto, antes de mais nada, como um modelo de organização, uma espécie de mental social, pois a regra do direito visa ensinar aos indivíduos como devem se comportar, e não é concebida sob o prisma do processo, sua real essência não é o direito como determinado pelo direito

no sistema do common law — ao modo empírico-indutivo (do particular para o geral) do pragmatismo realista, com base na explicação como ato fenomenológico de viver o direito (em seus juízos assertóricos ou verdade de fato) — num enfoque sensorial de pragmatistas¹⁴, de amargo paladar sociológico, prático, técnico, aditivo, concreto e frequentemente funcional — mais como standard coletivo, apêndice punitivo.

ser rasgada. Os códigos são vistos como um ponto de partida, uma base a partir da qual se desenvolvem o raciocínio dos juristas, para desdobramentos e soluções a aplicar. (A armadilha) De todos os pontos de vista, o direito inglês se opõe ao direito francês. Justificando "A concepção do direito que os ingleses sustentam é, de fato, ao contrário da que prevalece no continente europeu, essencialmente jurisprudencial, ligada ao conhecimento" (pág. 3).

Costa, Carlos. "A Teoria Epológica do Direito e o Conceito Jurídico de Libertas". Ed. Abelardo Perrot. B. Aires, 2ª ed., 1964, págs. 54 e 593, e págs. 240-243, quando enuncia a sua "epistemologia existencial da cultura". Costa, Carlos. "A Teoria Epológica do Direito e seu Problema e seus Problemas". Ed. Abelardo Perrot. B. Aires, 1963, pág. 67 — onde Costa, retrucando Miguel Reale, sustenta que "a unidade dialética de que habita Reale no etnopsicológico, etnopsicológico. Obras um que Costa desenvolveu a posição de sua teoria epológica perante a teoria dos objetos, no âmbito da antropologia regional. Nesse sentido, v. ainda Machado Filho, Sebastião. "Da Compreensão Epológica do Direito". In "Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal", n. 13, Brasília, DF, outubro de 1973, págs. 32-37, especialmente pág. 36, onde — expondo o pensamento de Costa — destacamos, em síntese, que, na compreensão do direito, o sentido da conduta é recebido pela vivência do juiz, cuja consciência integra o próprio método da interpretação. Quer dizer, o juiz observa sempre uma valorização conscientemente emocional (objetiva e verdadeira) e não arbitrariedade empírica. Talista é um conhecimento da própria vida implicado na realidade que conhece e não apenas do meio espectador. Uma compreensão de acordo com a ciência e a consciência. V. ainda Machado Filho, Sebastião. "Do Conceito Epológico do Direito". In "Revista da Faculdade de Direito da UMG, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Ano XIX, n. 0/11 (Nova Iorque, outubro 1969/1971, págs. 102-103,

"Thus we see that in the process of case-law judges have often to bring the minor premise of a particular case within a well-defined major premise either of statute or of common law. But sometimes their task is more difficult. They have to discover the major premise itself before they can determine the rule under which the case falls."

O princípio novo torna-se, por sua vez, um "leading case" ("caso guia"), que deve ser adotado em casos futuros substancialmente semelhantes. Entretanto — ao invés de ser revogado e substituído por outro, de imediato — nada impede que o precedente seja modificado gradualmente, tanto ampliado como restringindo o seu alcance, de contribuição com as novas circunstâncias históricas.

Agora bem, é no mínimo curioso que, no sistema do "Common Law" — consuetudinário, nas hipóteses de citação dos "leading cases" — o direito seja sempre aplicado retroativamente — "ex post facto" — pois somente passa a ter existência após o ocorrido o fato concreto. O conflito de interesses sob julgamento é anterior ao precedente, portanto este decorre daquele. Pode-se até avançar que o mesmo não deixa de ocorrer nos demais casos em que o precedente é observado ou aplicado no caso "posteriormente" ocorrido, uma vez atendida a interpretação da que toda "decisão judicial" é, ao mesmo tempo, o direito surgido do caso concreto, então judicadamente reconstruído em juízo. Numa palavra, é o direito que vem (ou virá) a reger o caso. E, após — nesse sentido — direito que é sempre aplicado retroativamente ao fato real, anteriormente ocorrido. Aliás, estamos falando do processo do judge made law...

¹⁴ Vinogradoff, P. Ob. cit., pág. 106.

A respeito dessa situação — que nos parece embarracosa — o próprio Paul Vinogradoff concede que:

"...in the process of the making of law by judges, the law appears not as the formulation of a command followed by execution, but as a declaration of existing right obtained through the wisdom and learning of the judges. The material rather than the formal side of legal rules comes to the fore. It is not absolutely necessary for the settlement of disputes that prospective commands should have been given, but it is absolutely necessary that there should be means of ascertaining what is, in the opinion of persons provided with judicial authority, the way to settle the difficulty in a manner most consonant with right and justice. In other words, the decision, before it can become an authority, must be a definite declaration of right". ("...no processo de criação do direito pelos juízes, o direito aparece não como a formulação de um comando seguido pela execução, mas como uma declaração da existência do direito obtida através da sabedoria e cultura dos juízes. Ocupa o primeiro plano o aspecto material de preferência ao formal. Não é absolutamente necessário para a composição dos conflitos que as normas de conduta sejam previamente dadas mas, sim, que haja meios de avaliar qual é, na opinião dos passados providos de autoridade judicial, o método de solucionar a dificuldade da maneira mais alinhada com o direito e a justiça. Em outras palavras, a decisão, antes que possa adquirir autoridade, deve ser uma explícita declaração de direito).

¹⁵ Vinogradoff, P. Ob. cit., págs. 206-207.

De outro modo, não seria de todo inatencioso fazer, então, duas observações:

A primeira é a de que — a não ser embarracosa a situação — poder-se-ia vislumbrar, aqui, a conclusão de que, no sistema do "Common Law", em que predomina o "judge made law", se passaria exatamente a mesma coisa que no sistema do direito legislado — do "Civil Law" (mutatis mutandis). Pelo menos do ponto de vista formal. Verificamos a aplicação da "norma jurídica" preexistente ao caso concreto. Com a só diferença de que os "precedentes judiciais" (criados pelos juízes com base nos fatos de um caso concreto, ocorrido na realidade) tornam-se o "law" das leis (criadas pelos legisladores com base nos fatos de um caso hipotético, fruto da imaginação). No mais, não haveria qualquer diferença. Segue-se que, em ambos os sistemas, predominam sempre o dogmatismo hermético da validade das normas jurídicas, "normas lentas" (sejam estas leis ou precedentes judiciais), sempre através do culto da máxima "una norma sed norma".

A segunda decorre da hermenêutica de Vinogradoff — ao final do texto precedido — de que, para resolver os conflitos não seria "necessário" o precedente, bastando que se descobria a melhor solução que esteja "conforme às exigências do Direito e da justiça". Parece-nos que essa inteligência dá a entender que a decisão judicial (ou seja, o direito, no sistema do common law) deve ser ditada de "conformidade com as exigências do Direito". Dito de outra forma taxativa: "o direito deve ser ditado de acordo com o Direito".

Isso que, no sistema do common law, outra coisa não é a sentença judicial sendo o próprio direito.

A conclusão seria, portanto, a de que, antes de adquirir a autoridade de precedente, a decisão judicial tem

que ser uma "declaração do direito preexistente". No mínimo, do "direito formal ou adjetivo" preexistente.

Ocorre, porém, então, que no sistema do "direito de casos" não se levanta em conta, pelo menos devidamente, o chamado Direito Processual como direito. Não obstante, este, de algum modo místico, ao fim e ao cabo, vem à tona como o único direito a merecer essa norma.

Dito de outro modo, a aparente desconsideração do Direito Processual como direito — por ser tido como mero apêndice do direito substancial comum — talvez possa ser explicada atribuindo-a ao fato de que ele se constitui de meras regras procedimentais expressas em leis estaduais — conforme competência outorgada aos legisladores dos Estados-membros da União — máxime quando sabido que o verdadeiro Direito, no sistema da Common Law, não se concebe como resultado da atividade do Poder Legislativo e, sim, do Poder Judiciário, consoante a tese do *Judge made law*.

Do acima exposto, infere-se que o direito substancial comum norte-americano, ou seja, o *direito civil* (com as suas exceções de Louisiana e Califórnia, com seu direito privado codificado, e da legislação estadual comercial existente) — principalmente relativo à *responsabilidade civil* — resista aos *torres* — seria, na realidade, o

"*Macnada Filho, S. O Sistema do Common Law Anglo-Americano — Evolução e Conceito*", Cap. "Do Conceito de Common Law", Brasília-DF, 1997. Filando então do *common law* como direito pelos tribunais, — *Judge made law* — referente ao Direito Privado Civil, essencialmente restrito à questão da *responsabilidade civil* em relação da propriedade privada, ou seja, ao *civil wrong* ou *private wrong* (no sentido de dano particular, em geral) que emprega os *torres* (os ilícitos por lesões, prejuízos ou danos ao direito alheio) e os ilícitos civis decorrentes da *breach of contract* (quebra do contrato).

único direito não legislado e/ou não codificado, por conter nas decisões judiciais — com evidência nos precedentes judiciais — como a "artificial reason of the law", descoberta pela prudência dos juizes — e que constituem o *common law*, em sua mais genuína fragância. Mas isso — em tese — não pode levar ao exagero de sustentar-se que não se aplica o *precedente judicial* em matéria pertinente a outros ramos do direito — quando se tratasse do direito legislado (statutes ou acts) — como o *direito comercial*, *tributário*, *trabalhista* etc. Verdade é que, na prática — devido a maior e mais rápida evolução das atividades comerciais, industriais e das relações laborais destas decorrentes — o natural que se torne *law* — mas proibitiva e de menor ocorrência a aplicação do princípio do *stare decisis* quando se trata de decisões de conflitos nas áreas mais sujeitas às regras de "public policy" (política pública). Sem dúvida, assim é porque a doutrina do *stare decisis* tem seu ajuste mais confortável e de maior ocorrência no embasamento da *autoridade dos precedentes* em matéria de *direito civil* — e, especificamente, de *responsabilidade civil* por danos resultantes da violação de direitos subjetivos absolutos (delitos denominados "torres"), e, inclusive, de *direito de propriedade* e de *direito penal* — como expõem os especialistas no tema, como Smith, ao ensinar que:

"Assi, por exemplo, em lo que atañe al Derecho civil, la autoridad de los precedentes se mantiene vigorosa en materia de capacidad de las personas, de matrimonio, de divorcio, de propiedad y de contratos. Lo propio ocurre con la generalidad de las materias relativas al Derecho penal. Menores, en cambio, la autoridad de que gozan los precedentes

en Derecho comercial, industrial o laboral. La experiencia de los últimos cuarenta años ha demostrado, en efecto, que los cambios de jurisprudencia mas notables se han operado en torno de los problemas surgidos de la actividad comercial, de la concentración industrial y de la organización del trabajo".

"Smith, J. C., Op. cit., págs. 200-201 — § 17. De fato, nos Estados Unidos, os direitos comerciais, industriais, tributários, trabalhistas, previdenciários ou de segurança social, sempre foram objeto de legislação. Assim, verificamos, inicialmente, no período dos "Common Law" (1345) com o *Adventum* de Robert Roswell (1352), do governo de Francisco Delino Roosevelt (1945) com o *Adventum* de numerosas leis, como — por exemplo — a Lei do Comércio Agrícola, logo depois substituída pela Lei do Sistematização e da Conservação do Solo, ambas de 1932; a Lei Franzer-Lembo ou da Montanha Ruiva; a Lei da Reforma Bancária da Glass-Steagall, complementada por outra, em 1935, que reorganizou o sistema Federal de Reservas; a Lei da Tennessee Valley Authority para a construção de uma barragem e duas fábricas no rio Tennessee no Alabama; e a mais emblemática, a Lei de Recuperação Industrial Nacional — NIRA de 1933 — marco do "New Deal" — como a reforma de urbanização da Grande Depressão (a recessão e o desemprego) decorrente do crash de 1929/30. Seguem-se inúmeras outras leis, como a Lei Tributária, de 1934; a Lei do Imposto sobre a Riqueza (1935), que restringiu o poder econômico das "holdings" e lançou as bases para as grandes fortunas; a Lei das Relações Nacionais de Trabalho, conhecida como Lei Wagner (1935) que deu status aos sindicatos, por empresas, regulou a jornada de trabalho e garantiu os Acordos Coletivos através de representantes de livre escolha dos sindicatos sem controle dos empregadores; as Leis estaduais instituído *salaries minimums* de profissões especiais; a Lei Federal da "Holding" de Utilidades Públicas (1935); diversas outras normas federais citadas e regulamento de *Central Bank* Nacional (1935) e, finalmente, transformado depois em Conselho Nacional das Relações de Trabalho, também, editado pelo Congresso Nacional, a Lei de criação do Conselho Especial para a Indústria Automobilística, para a Indústria do Aço, para os Estaleiros, para as Relações Têxteis etc. Ainda a Lei do Carvão de Guilely (1936); a Lei de Segurança Social, referente à Política de Assistência Social, sob o comando das *Administrations* de Melhoriamentos e do Recolhimento, e de Departamentos Nacionais como o de Educação Rural e, inclusive, da Juventude; e, mais, inúmeras outras leis durante o longo período de Roosevelt (de 1933 até 12 de abril de 1945, quando faleceu). Portanto, numa época de *novus sumo* do direito legislado nos campos econômico, comercial, industrial, tributário, trabalhista, social, embora muitas destas leis tivessem sido consideradas inconstitucionais pela Corte Suprema dos Estados Unidos, tais como a Lei de Recuperação Industrial Nacional — NIRA (em 1935), a Lei do Comércio Agrícola (em 1930); a Lei Franzer-Lembo (em 1932); a Lei de Apascentação dos Ferrovias (em 1935); a Lei do Carvão de Guilely (em 1936); a Lei Wagner-Turner e Laughlin Steel Co. e Departamento Nacional do Trabalho (em 12.4.1937); a Lei de Segurança Social (em 24.5.1937); e as leis estaduais que estabeleceram *salaries minimums*, como as dos Estados da Nova York (em 1936) e Washington (West Coast Hotel v. Parrish, 29.3.1937). — § 27. Quando ao Direito do Trabalho legislado, convém salientar o magistério dos professores Myron G. H. Jr., Howard M. Rosen e Wilson S. Sogge, que — de logo afirmam que: "Labor law is essentially a body of statutory law, based primarily on Federal labor statutes. The great bulk of the reported cases in labor law is the product of decisions of the National Labor Relations Board (NLRB or Board) and their review by the federal courts of appeal and the U. S. Supreme Court." (citando que) "Traditionally, a course in Labor law covered only the National Labor Relations Act (NLRA), Myron G. Rosen, Howard M. Sogge, Wilson S., Labor Law Review, 1958, "Third Edition", St. Paul, Minn., 1958, p. 1, Exemplos do Direito do Trabalho estatuído ou legislado são as seguintes leis: Sherman e Clayton Anti Trust Acts (1890 e 1914); Railway Labor Act (1926); Norris-LaGuardia Act (1932); Wagner Act (ou National Labor Relations Act) (1935); Taft-Hartley Act (emenda a National Labor Relations Act) (1947); Landrum-Griffin Act (1950); Title VII of the Civil Rights Act (1964); o Equal Employment Oppor-

Nesse sentido, abona o respeitável magistério do autorizado jurista Roscoe Pound, quando remarca, objetiva e claramente que:

"On the other hand, succession to property is everywhere a matter of state law, and commercial law

privada, escravizar ou libertar todos os membros da determinada raça, derrubar um governo e substituí-lo por outro radicalmente diferente.

"These are political decisions, wise or foolish, virtuous or wicked. They have nothing to do with the concept of law, in any of the bewildering number of diverse senses in which that three-letter word is used." ("São decisões políticas, sábias ou ingênuas, virtuosas ou más. Elas nada têm a ver com o conceito de direito em qualquer um de seus incontáveis e desnotháveis sentidos) [sentidos em que estas três letras são usadas na palavra ("law").]

Por outro lado, a necessidade e a oportunidade de elevar mudanças fundamentais na organização de uma sociedade civil e política somente ocorrem em raras ocasiões. Na maioria das vezes, vivemos de acordo com as normas vigentes que não colocamos em discussão até que surja o próximo período de agitação revolucionária.

Mas — de outro prisma — mesmo quando ninguém questiona as regras básicas, a sociedade em que vivemos continua a evoluir e mudar, em resposta ao desenvolvimento tecnológico, às transformações nos padrões da criação moral ou religiosa, e ao aumento ou diminuição da população, e assim por diante. E o direito, como conjunto das normas substanciais e das normas processuais, bem descompõe sua importante papel institucional de agente ou promotor do controle social em função do qual a sociedade se vê impedida a se acomodar às mudanças socioeconômicas, do ordenamento político e institucional, a adotar novas formas de procedimento nas soluções de conflitos do

Gilmore, G., *Op. cit.*, item.

interesses na área civil, comercial e trabalhista (como a arbitragem privada, por exemplo). Nesse sentido, definiu Gilmore que:

"The process by which a society accommodates to change without abandoning its fundamental structure is what we mean by law." ("O processo pelo qual uma sociedade se acomoda às mudanças sem abandonar sua estrutura fundamental é o que denominamos direito).

Entretanto — ainda que sem prejuízo da colocação anterior — podemos prosseguir comentando que a tese do *common law* como (fruto do *judge made law* — de que o Direito civil (também em seu todo) seria criado pelos juízes com suas sentenças transformadas em precedentes judiciais — fica sensivelmente abalada, quando se atenta para o fato de que — a partir de fins do Século XVIII — a legislação civil passa a ser reconhecida como *Direito*, como no caso dos escravos negros. Foi o que ocorreu, por exemplo, quando esteve em questão a aplicação dos chamados "Fugitive Slave Acts" ("Leis do Escravo Fugitivo") — leis federais, de 1793 e de 1850 (que obrigavam a devolução do escravo fugitivo ao seu dono). Essas leis proteíam o regime escravocrata foram aplicadas em seus estritos termos pela Suprema Corte dos Estados Unidos — segundo nos dá a conhecer *Granville Gilmore*,¹² lançando-nos, como fontes, o livro de R. Cover, com o significativo título, "*Justice Process: de-1875, no qual Goverla em 'moral pressures' ('pressões morais' que levam levado os juízes anti-*

Gilmore, G., *Op. cit.*, item.

Gilmore, G., *Op. cit.*, págs. 39 a 39, pinceladamente em sua nota n. 29, do 2º Cap., págs. 123-124.

escravistas a adotar as técnicas do formalismo jurídico em suas decisões reacionárias dos casos sobre a escravidão) mas a quem Gilmore isenta do uso que faz dessa idéia; e obra de R. Fogel e S. Engerman, também com o título não menos instigante de "*Time on the Cross*", de 1974.¹³

Gilmore¹⁴ cita dois casos em que se adotou rigorosamente esse formalismo legal: o primeiro, na Suprema Corte dos Estados Unidos, em "*Prigg v. Pennsylvania*" (1842), sob o comando do voto do *Chief Justice Joseph Story* (1779-1845); e o segundo, no Supremo Tribunal do Estado da Massachusetts, em "*Thomas Sims v. Massachusetts*" (1851), sob a direção do *Chief Justice Lemuel Shaw* (1781-1861). Em ambos os casos concretos, foram reconhecidas e aplicadas — como *Direito* — no primeiro, a *Lei Federal de 1793* e, no segundo, a *Lei Federal de 1850*.

No caso *Prigg v. Pennsylvania*, uma lei estadual que aumentava as dificuldades de recuperação de escravos fugitivos foi julgada *sem validade* por conflitar com o "*Federal Fugitive Slave Act of 1793*". Na informação de *Shelley*:

"This decision aroused the animosity of the growing abolition movement in the North". ("Essa decisão exacerbou a animosidade do crescente movimento abolicionista no Norte").

Quanto à segunda Lei Federal — o "*Fugitive Slave Act of 1850*" — veio ela a proteger mais ainda os senhores de

escravos, apesar de sua aventura institucionalidade em certos aspectos como, por exemplo, ao negar julgamento pelo tribunal do júri ao "prisioneiro ou declarado fugitivo". Com efeito, a odiosa exclusão do direito ao acesso à justiça desagradou e expôs, porém grande parte dos Estados abolicionistas do Norte. As resistências chegaram ao seu auge em Wisconsin, onde o Supremo Tribunal Estadual, provendo um *habeas corpus*, livrou um abolicionista que tinha sido condenado por um tribunal federal por ter ajudado um escravo a fugir. Mas, tempos depois, a Suprema Corte reitorou essa decisão, considerando que um *tribunal estadual* não tinha competência para libertar uma pessoa condenada pela *corte federal* sob quaisquer circunstâncias, e, não obstante, intencionalmente e sem divergência, declarou a constitucionalidade do "*Fugitive Slave Act of 1850*", sob todos os aspectos.¹⁵

Duas importantes decisões que favoreciam os senhores de escravos e que marcaram época, por sua inagotável contribuição para a deliberação da então iminente Guerra Civil entre o Norte e o Sul, e — o que é surpreendente — ditadas ambas por dois dos mais famosos juízes, *Story* e *Shaw*, considerados — segundo expressão de Gilmore¹⁶ — entre os mais notáveis juízes anti-escravistas convictos, daquele período histórico!

Em seus votos condutores, tanto *Story* — também, um erudito publicista —, e, desde 1851, consagrado professor de Direito na Universidade de Harvard — quanto o *Juiz Oliver Wendell Holmes* (1841-1935) como "o maior magistrado produzido pelos Estados

"V., a propósito, *Beil Jr., Derrick A., "Race, Racism and American Law", 2ª ed., Boston, Little, Brown & Co., 1960.*

"Gilmore, G., *Op. cit.*, item.

"Cf. *Shelley, John B., "Cases on Constitutional Law", Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, Inc., Publisher, 1951, pág. 201.*

"Shelley, J. B., *Op. cit.*, item.

Gilmore, G., *Op. cit.*, pág. 39.

Unidos¹⁸ e selecionado pelo jurista Bernard Schwartz entre os dez maiores juizes da história norte-americana¹⁹ — consideraram constitucionais os referidos diplomas legais, aplicando-os de forma dogmática, gramatical, textual, no melhor estilo do "dura lex sed lex" dos juristas franceses da Escola Exegética, adoradores do endeuado "Código Napoleão", então recém-publicado (em 1810).

No entanto — a nosso ver — Gilmore tentava minimizar a conduta desses dois consagrados juizes "antiescravistas convictos e declarados", assim justificando-a:

"... they seem to have been driven into a formalism which was entirely foreign to the ideas they had expressed and the principles they had stood for during their long careers"²⁰ — (parece que eles foram conduzidos [ou politicamente levados ou constanciais?] a um formalismo que estava totalmente fora das idéias que tinham expressado e dos princípios que sustentaram durante suas longas carreiras);

e que:

"If judges like Story and Shaw were driven into formalism, so were many lesser judges"²¹. (Se juizes como Story e Shaw foram conduzidos ao formalismo, assim foram também muitos juizes menos importantes).

¹⁸ Schwartz, Bernard, "Alguns Antecessores do Derachio Norteamericano", trad. arg. de Ruben Lippold, Ed. Abolido-Petrol, B. Aires, 1969, pág. 84.

¹⁹ Schwartz, Bernard, "Los Diez Mayores Juices de la Historia Norteamericana", trad. esp. de Enrique Alonso, do original "The Judicial Ten: America's Greatest Judges", Editorial Cívica, Madrid, 1969, págs. 45-53.

²⁰ Gilmore, G., Ob. cit., pág. 38.

²¹ Gilmore, G., Ob. cit., item.

Não obstante um ligeiro e sutil toque irônico, ao anotar:

"The intolerable pressures to which even Story and Shaw succumbed"²². ("As insuportáveis pressões às quais Story e Shaw sucumbiram"),

Gilmore, a seguir, parece valorar positivamente tais decisões por terem elas tornado possível o surgimento (?)

"of the techniques of formalism in our case-law"²³ (... da técnicas de formalismo no nosso sistema de "case law" [sic]).

E que:

"Those techniques, however, had a long and brilliant future ahead of them" (sem embargo, teriam um longo e brilhante futuro pela frente);

Não obstante a indiscutível cultura jurídica de que eram portadores ambos os preclados juizes — notadamente Story, autor de conhecidos livros jurídicos, tidos como clássicos — a verdade é que estas mencionadas decisões judiciais ainda hoje não oscondem a irretratável consequência jurídica sofrida pela teoria do precedente ou do "judge made law", pois, desta vez, inequivocamente, o único direito reconhecido e aplicado foi a lei promulgada pelo legislador, não, outra coisa. Não sem razão, Gilmore minimizou o fato, ao concluir elegantemente que:

"Only the issue of slavery, which cast a long and gloomy shadow, disturbed the tranquillity of the scene"²⁴ (somente a questão da escravidão,

²² Gilmore, G., Ob. cit., pág. 39.

²³ Gilmore, G., Ob. cit., item.

²⁴ Gilmore, G., Ob. cit., item.

²⁵ Gilmore, G., Ob. cit., pág. 41.

que projetava uma sombra cada vez mais extensa, é que perturbava a tranquillidade do cenário).

Mas, se isso ocorria para a "tranquilidade do cenário" — porque do acordo com a justiça estampada na "Declaração da Independência", releva-

²⁶ Referindo-se ao segundo parágrafo do texto da "Declaração da Independência", de 4.7.1776 (V, nota n. 28, supra), assim escreveu, já citados, os autores: "We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness" ("Sustentamos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, e que entre estes direitos estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade"); tal como o fez a Corte Suprema no caso dos africanos do navio negro espanhol "Amistad", que foram levados para a América após o naufrágio em ano de 1819, quando pelo delirante e brilhante pensamento de John Quincy Adams — com fundamento no princípio da "rescussão" na Declaração da Independência — qual justiça e legitimidade a qualquer respeito em relação à escravidão, se tomada, teria em conta que a Declaração de Independência deve prevalecer sobre a disposição da Constituição, permissiva da escravidão. O episódio é relatado por Alex Paine, em seu romance, "Amistad", baseado no roteiro de David Franzoy do filme com o mesmo título — tendo produzido os executivos Walter Parlot, Lúcia Macedo-Ala, produção da Steven Spielberg, Debbie Allen e Colin Wilson, dirigido por Steven Spielberg, apresentado pela DreamWorks Pictures e HBO Pictures, e distribuído pela DreamWorks Distribution LLC TLA, em 1997. Vide Paine, Alex, "Amistad", trad. de Felipe Llorente, Ed. Harco Zeno, S. Paulo, 1998, pág. 104. Deixa-se a critério do leitor, desde que, a seguinte passagem refere a argumentação do ex-presidente John Quincy Adams: "Apresentamos aqui uma cópia procurada ao lado da Constituição, e este outro documento inconstitucional. O que está com suas presunções, todos os homens são criados iguais... direitos inalienáveis, vida, liberdade, e o por diante? O que na terra devemos fazer com

le documento que serve de antecâmara da Constituição dos Estados Unidos da América, inobstante esta ter preservado o regime servil (Artigo IV, Seção 2, § 2) — melhor teria sido a proclamação de sentenças de mérito conflitantes à escravidão (como foram as decisões recorridas dos tribunais de Wisconsin e de Massachusetts) o, jamais, favoráveis aos donos de escravos, ainda que sob a capa de um confortável argumentum do natureza meramente técnica processual, da exigência de uma formalização que não fora observada — então, prejudicial da apreciação da questão legal — mas juridicamente discursível, máxime numa ocasião de nebulosa e tensa atmosfera política a descontinuar a ameaça de uma guerra no horizonte sombrio.

Não bastassem essas infelizes e lamentáveis decisões comandadas — que contribuíram para atizar as labaredas da revolução — pouco tempo depois, surgira a conhecida e muito discutida sentença da Suprema Corte dos Estados Unidos, proferida no caso "Dred Scott v. Sandford" (1857) — relatada pelo Chief Justice Roger B. Taney (1777-1864) — que negou ao negro o direito de cidadania ainda que livre, e, por essa simples negativa, não podia ter ele o direito de ação perante os tribunais, além de que "o di-

1897? Tanto uma modesta sugestão ("as-guiza")... a tradição, o espírito dos ancestrais, a sabedoria dos "fundadores" — Thomas Jefferson, Benjamin Franklin, James Madison, Alexander Hamilton, George Washington, John Adams — e seus entusiastas imitadores, am seguídos, triunfando sobre o velho e procozelos, o com coragem para dizer o que é certo, ainda que custasse a guerra civil, não se visse a ocorrer — aqui a última tábula da Revolução Americana, uma vez que, como concluiu Adams, eles os "fundadores" — "Fundadores", "Mas tiraram a liberdade de nós mesmos, e nos deixaram a nós mesmos."

reio subjeito de propriedade de escravos estava distinta e expressamente afirmado na Constituição.

Dred Scott era escravo no Estado do Missouri, onde era legal a escravidão. Em 1834, seu então proprietário levou-o consigo para o Estado da Ilínois, onde a escravidão era proibida pela Constituição Estadual, e ali residiram por dois anos, indo depois para Minnesota, então parte do Território da Luiziana, onde também era proibida a escravidão por lei federal, conhecida como "Missouri Compromise" (the Act of March 6, 1820, 3 Stat. 545). Em 1838, retornaram ao Missouri, e Scott foi vendido, como escravo, para um cidadão do Estado de New York chamado John F. A. Sandford. Scott moveu então uma ação judicial no tribunal estadual, e, depois, na corte federal, tendo, posteriormente, citado o processo à Suprema Corte dos Estados Unidos. Arguiu Scott que as normas do "Compromisso de Missouri" o amparavam, fazendo dele um homem livre. Sandford ripostou que Scott não era livre, porquanto sua presença em Ilínois e no Território não poderia privar seu antigo dono de sua propriedade, ao retornarem ao Missouri. E, ainda que se livre fosse considerado — "ad argumentandum tantum" — não era ele cidadão do Missouri e, portanto, o tribunal estadual não teria jurisdição para reexaminar o caso ante às normas do referido "Compromisso" a propósito da cidadania naquela Estado.

De acordo como o voto do chief Justice Taney, a Suprema Corte decidiu, por maioria, que:

"The words 'people of the United States' and 'citizens' are synonymous terms, and mean the same thing. They both describe the political body who, according to our republican institution, form the so-

vereignty, and who hold the power

and conduct the Government through their representatives. They are what we familiarly call the 'sovereign people', and every citizen is one of this people, and a constituent member of this sovereignty. The question before us is, whether the class of persons described in the plea in abatement compose a portion of this people, and are constituent members of this sovereignty? We think they are not, and that they are not included, and were not intended to be included, under the word 'citizens' in the Constitution, and can therefore claim none of the rights and privileges which that instrument provides for and secures to citizens of the United States. On the contrary, they were at that time considered as a subordinate and inferior class of beings, who had been subjugated by the dominant race, and whether emancipated or not, yet remained subject to their authority, and had no rights or privileges but such as those who held the power and the Government might choose to grant them." (...) "In discussing this question, we must not confound the rights of citizenship which a State may confer within its own limits, and the rights of citizenship as a member of the Union." (...) "In the opinion of the court, the legislation and histories of the times, and the language used in the Declaration of Independence, show, that neither the class of persons who had been imported as slaves, nor their descendants, whether they had become free or not, were then acknowledged as a part of the people, nor intended to be included in the general words used in that memorable instrument." (...) "They had for more than a century before been regarded as beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with

white race, either in social or political relations; and so far inferior, that they had no rights which the white man was bound to respect, and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for benefit. He was bought and sold, and treated as an ordinary article of merchandise and traffic, whenever a profit could be made by it. This opinion was at that time fixed and universal in the civilized portion of the white race. It was regarded as an axiom in morals as well as in politics, which no one thought of disputing, or supposed to be open to dispute, and men in every grade and position in society daily and habitually acted upon it in their private pursuits, as well as in matters of public concern, without doubting for a moment the correctness of this opinion... the court is of opinion, that, upon the facts stated in the plea in abatement, Dred Scott was not a citizen of Missouri within the meaning of the Constitution of the United States, and not entitled as such to sue in its courts; and, consequently, that the Circuit Court had no jurisdiction of the case, and that the judgment on the plea in abatement is erroneous..."

The right of property in a slave is distinctly and expressly affirmed in the Constitution.

"The right to traffic in it, like an ordinary article of merchandise and property, was guaranteed to the citizens of the United States, in every State that might desire it, for twenty years. And the Government, in express terms is pledged to protect it in all future time, if the slave escapes from his owner. This is done in plain words — too plain to be misunderstood. And no word can be found in the Constitution which gives Congress a greater power over slave property, or which entitles property

of that kind to less protection than property of any other description.

The only power conferred is the power coupled with the duty of guarding and protecting the owner in his rights. Upon these considerations, it is the opinion of the court that the act of Congress which prohibited a citizen from holding and owning property of this kind in the territory of the United States north of the line therein mentioned, is not warranted by the Constitution, and is therefore void; and that neither Dred Scott himself, nor any of his family, were made free by being carried into this territory, even if they had been carried there by the owner, with the intention of becoming a permanent resident. Finally, the Court addressed Scott's contention that he had been made free by his visit to Ilínois, a free state. The Court held that his status on his return to Missouri was to be determined by Missouri law rather than Ilínois law and that under that law, he remained a slave. (Justices McLean and Curtis dissented).¹¹ (As palavras "povo dos Estados Unidos" e "cidadãos" são termos sinônimos, e significam a mesma coisa. Ambos descrevem o corpo político que, de acordo com nossas instituições republicanas, forma a soberania, e que detém o poder e conduz o Governo por meio de seus representantes. São estas duas expressões o que chamamos familiarmente de "povo soberano" e cada cidadão é um desse povo e um membro constituinte dessa soberania. A questão posta diante de nós consiste em saber se a classe de

¹¹ Stone, Geoffrey R., *Stolman, Louis M., Garrison, Cass R. and Tappan, Henry*, "Constitutional Law", Second Edition, Third Printing, Law School Casebook Series, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, London, 1991, págs. 477 a 480 — grifamos.

passos (identificadas no presente processo de arguição de nulidade) faz parte desse povo e se essas pessoas são membros dessa soberania. Creemos que não, e que não os-temos elas incluídas — e não era intenção de que assim fosse — na palavra "cidadãos" inscrita na Constituição; e, portanto, não podem elas reivindicar nenhum dos direitos e privilégios nela previstos e assegurados aos cidadãos dos Estados Unidos. Pelo contrário, foram elas consi-deradas, naquela época, como uma classe subordinada e inferior da so-raça branca dominante, e se eman-tes que tinham sido subjugados pela raça branca dominante, e se eman-tes sujeitos à autoridade desta, não usu-fruindo de nenhum direito ou privi-légio a não ser daqueles que os governantes pudessem conceder-lhes... (...) Na discussão desta ques-tão, não devemos confundir os di-reitos da cidadania que um Estado pode conferir dentro de seus próprios limites e os direitos de cidadania (do indivíduo) como membro da União... (...) Na opinião do tribunal, a legislação, a história dos tempos e a linguagem usada na Declaração de Independência evidenciam qua-nem as pessoas que têm sido im-portadas como escravos, nem seus descendentes — tornados livres ou não — eram então conhecidos como uma parte do povo, nem se preten-dia sua inclusão nas palavras gerais contidas naquela memorável insti-tuição... (...) Por mais de um século antes, eles (os negros importados como escravos e seus descenden-tes) tinham sido considerados como seres de uma ordem inferior, e in-teramente incapazes de se as-sociarem à raça branca, seja nas relações sociais ou políticas; e tão inferiores eram eles que não pos-suíam nenhum direito subjetivo que

o homem branco fosse obrigado a respeitar, e que o negro podia, le-gal e justamente, ser reduzido à es-cravidão em seu próprio benefício. Podia ser comprado e vendido como um artigo comum de mercancia e tráfico, sempre que se pudesse ob-ter um lucro por ele. Esta era, na-quele época, a opinião universa-mente formada pela parte civilizada da raça branca. E essa opinião era considerada um axioma — tanto na moral como na política — que nin-guém pensava em discutir ou su-por estar ela sujeita à discussão; e os homens de todos os graus e po-sições na sociedade, diátria e habi-tualmente, atuavam segundo esse axioma em suas ocupações priva-das, assim como nos assuntos de interesse público, sem um momen-to sequer de dúvida quanto à reli-tividade dessa opinião. Conquanto uma visão ampla e cuidadosa do tema, o tribunal julga que, da conformidade com os fatos relatados no pedido da anulação, *Dred Scott* não era um cidadão de Missouri, no sentido da Constituição dos Estados Unidos, não sendo, pois, titular do direito de ação perante seus tribunais; e, con-seqüentemente, o Tribunal de Apela-ção dos Estados Unidos não tem ju-risdição para o caso e, portanto, o seu julgamento é errôneo.

O direito de propriedade de es-cravo está distinta e expressamen-te afirmado na Constituição.

O direito de comércio-lo como mercadoria comum de comércio e propriedade foi garantido aos cida-dãos dos Estados Unidos em todo Estado que o desejasse, por vinte anos. E o governo, em termos ex-pressos, tem o dever de proteger esse direito no futuro, em caso de fuga do escravo. Isto está dito com

todas as letras e de modo tão evi-dente para ser mal-entendido ou mal-interpretado. E nenhuma palavra pode ser encontrada na Constitui-ção que dê ao Congresso um poder maior sobre a propriedade de escr-avos ou que autorize uma menor pro-tecção dessa propriedade do que de qualquer outra. O único poder con-terido é o poder conjugado com o dever de guardar e proteger o pro-priedário em seus direitos. Levando em conta estas considerações, é opinião do tribunal que a lei do Con-gresso que proíbe ao cidadão de manter e de ter propriedade dessa espécie no Território dos Estados Unidos, localizada ao norte da linha por ela mencionada, não é garantida pela Constituição, e, portanto, é nula; e que nem o próprio *Dred Scott* nem qualquer de seus familiares foram li-berados pelo fato de serem levados para esse Território, ainda que mos-sem sido levados por seu proprie-tário, com a intenção de, ali, se toma-rem residentes permanentes. Por úl-timo, no que diz respeito à controvér-sia de que *Scott* teria se tornado livre em razão de sua visita ao Estado il-linois, o tribunal entende que seu status quando de seu retorno ao Missouri deve ser determinado pela lei desse Estado e, não, pela legis-lação de Illinois, e, subentendido àquela lei, ele permanece escravo).

Comentam Stone, Seidman, Sun-stein e Tushnet que:

"It is generally acknowledged that *Dred Scott* is one of the great disas-ters in the history of the Supreme Court. (adquirindo que) 'The Court's decision is racist in its premises and morally obtuse in its result'." ("É ge-ralmente admitido que *Dred Scott* é

uma das grandes calamidades na his-tória da Suprema Corte". (...) "A deci-são da Corte é racista em suas pre-missas e moralmente obtusa em seus resultados".

E que:

"The problem was not that the Court attempted to impose a solution to the slavery problem but that it attempted to impose the wrong solution. The decision failed to sol-ve the problem, exacerbated sec-tional tensions, and, ultimately, helped cause the Civil War." ("e ar-guem) 'In the long run, the deci-sion contributed to a war that bro-ught about a fundamental realign-ment of political power and initiated a new stage in the struggle over racial equality'." ("O problema não consis-tia na tentativa do tribunal de impor uma solução para o problema, de as-solver a solução errada. A decisão não con-seguiu resolver o problema, exacer-bou as tensões locais, e, por fim, ajudou na causa da Guerra Civil". [isto].) "Com o decorrer do tempo, a decisão veio a contribuir para uma guerra que ocasionou uma reorga-nização fundamental do poder polí-tico e iniciou uma nova etapa na luta pela igualdade racial".

O caso "*Dred Scott*" repercutiu por muito tempo, a ponto de sua remi-niscência ter sido uma das influências na eleição de um presidente antiescra-vo, Abraham Lincoln, em 1860. Mas, no ano seguinte, em 1861, veio a ser desanulada a "guerra de sucessões" (1861-1865) entre o Norte e o Sul, e que — embora pusesse fim ao regime escravagista no Sul — lamentavelmen-

¹⁴ Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, Op. cit., pág. 400.

¹⁵ Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, Op. cit., pág. 401.

le, custou a vida de 61.000 norte-americanos, além do covarde assassinato do presidente Abraham Lincoln (1809-1865) em 15 de abril de 1865, cinco dias após a rendição dos sulistas ex-confederados. Contudo — como assinalam os autores, como Arthur E. Sutherland¹⁴, que foi professor de direito constitucional na Harvard Law School — a guerra civil resultou a aprovação sucessiva, em pouco espaço de tempo, de 3 (três) importantes Emendas Constitucionais, a saber:

1^a) a *Décima Terceira* (1865), proibindo o condenando a escravidão e os trabalhos forçados no país, em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição;

2^a) a *Décima Quarta* (1868), garantindo a cidadania norte-americana a todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, proteção das mesmas contra restrição de seus direitos humanos; fundamentais para privá-las de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal, ou negá-las a igual proteção das leis;¹⁵

3^a) a *Décima Quinta* (1870), de garantia do direito de voto a todo cidadão norte-americano sem distinções de raça, cor ou de prévio estado de servidão.

Por outro lado, tais fatos estão a demonstrar a existência do caráter ideológico do Direito (onde quer que exista), suscetível uma exceção que seja.

Após assinalar que não tem sentido falar em "Direito americano" antes do Século XX, devendo ser seus "primórdios" fixados por volta de 1800, Grant

Gilmore¹⁶ adota a divisão da história do Direito norte-americano apresentada por Karl Llewellyn¹⁷, em três períodos, a saber:

1^o) de 1800 até a Guerra Civil;

2^o) da Guerra Civil até a 1^a Guerra Mundial;¹⁸

3^o) da 1^a Guerra Mundial até o presente.

"Llewellyn's three periods" run from, roughly, 1800 until the Civil War, from the Civil War until World War I, from World War I until the present (or, at all events, the recent past)¹⁹.

Tendo em conta a divisão tripartite de Llewellyn, adotada por Gilmore, podemos completar concluindo resumidamente que:

a) no *segundo período*, predominou o "estilo formal", ou seja, o formalismo metodológico — inaugurado, como vimos, pelas discutidas decisões do Story e Shaw que impuseram o império da legislação como Direito, pelo menos no caso da escravatura. Este período (após a escravatura) corresponde à economia do "laissez-faire" e

b) no *terceiro período*, começa a *rejeição ao formalismo judicial* coincidente com a transição para o estado de bem-estar social do Século XX, principalmente na década de 1920, no chamado período de "torção legislativa"

¹⁴ Gilmore, G., *Op. cit.*, págs. 8-9 e 11.

¹⁵ Llewellyn, Karl, "The Common Law Tradition — Deciding Appeals", Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1960, págs. 35 e seqs.

¹⁶ Gilmore, G., *Op. cit.*, pág. 11.

do New Deal Rooseveltiano²⁰ e, durante o qual, prevaleceu a noção de que os tribunais não criam o direito, não legislam, limitada a função judicial à mera aplicação da lei, resurgindo —

após a 2^a Guerra Mundial — o intrínseco movimento de "judicial activism" ("ativismo judicial"), e que tora tão eficiente na derubada das primeiras leis do governo de Roosevelt.

¹⁹ Ver a importante obra do professor da Universidade de Cornell Perlmutter, *Deciding Appeals*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1960, págs. 35 e seqs.

²⁰ Sobre a teoria do "judicial activism" (Ver o § 3^o da nota n. 63, supra).