

PRECEDENTE E JURISPRUDÊNCIA

Revista de Processo | vol. 199 | p. 139 | Set / 2011 | DTR\2011\2445

Michele Taruffo

Professor de Direito Processual Civil da Universidade de Pavia (Itália).

Área do Direito: Processual

Resumo: Neste trabalho, o autor analisa de modo lúcido a influência da jurisprudência no direito, fundamentalmente, no contexto dos países de civil law. Aborda, como contraponto, características da vinculatividade dos precedentes no common law.

Palavras-chave: Precedente - Jurisprudência - Stare decisis - Obiter dictum - Ratio decidendi - Vinculatividade.

Riassunto: In questo lavoro, l'autore analizza in modo lucido l'influenza della giurisprudenza nel diritto fondamentalemente nel contesto dei paesi del civil law. Abbonda, come contrappunto, caratteristiche della vincolatività dei precedenti nel common law.

Parole chiave: Precedente - Giurisprudenza - Stare decisis - Obiter dictum - Ratio decidendi - Vinculatività.

Sumário: 1.Introdução - 2.Precedente ou jurisprudência - 3.A força do precedente - 4.A direção do precedente - 5.Precedente e exemplo - 6.Precedente e nomofilaquia

1. Introdução

Cumprir destacar, antes de tudo, a grande importância que o emprego do precedente e da jurisprudência ¹ ocupa na vida do direito de todos os ordenamentos modernos. Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos ² têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil law*. Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha tido no passado – qualquer valor descritivo. De um lado, na verdade, nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, “codificadas”.

A importância do fenômeno que estamos considerando se mostra evidente, sobretudo, em duas dimensões, além daquela consistente na sua expansão em todos os ordenamentos modernos: na dimensão *teórica* e na dimensão *prática*.

A dimensão *teórica* relaciona-se à circunstância de que o recurso ao precedente caracteriza de maneira peculiar a estrutura da argumentação jurídica em ordem à interpretação da regra de direito e à sua justificação, seja quando o precedente vem trazido em sede de análises doutrinárias, seja quando a ele se faz referência no âmbito da interpretação judicial do direito. Sem enfrentar aqui o problema de a jurisprudência ser ou não ser fonte de direito, é certo que ela é um fator essencial e decisivo em sede de interpretação e de aplicação do direito. Este fator condiciona a estrutura da argumentação jurídica, sendo que esta vem a ter, não uma estrutura silogístico-dedutiva, nem uma estrutura dogmático-sistemática, mas uma estrutura *tópica*, no mesmo sentido esclarecido por Viehweg em *Topik und Jurisprudenz*.³ Os precedentes representam, de fato, os *topoi* que orientam a interpretação da norma na complexa fase dialética da *Rechtsfindung* e que dão suporte à interpretação adotada como válida no âmbito da argumentação justificativa (por exemplo, na motivação da sentença).

Há mais um aspecto, talvez menos evidente, mas não menos relevante, sob o qual a referência ao precedente influi na estrutura da argumentação jurídica. Ele relaciona-se à circunstância de que, como o precedente é sempre uma decisão relativa a um caso particular, é necessário que o significado da regra jurídica, usada como critério de decisão, venha “concretizado” para relacioná-lo à solução do caso particular: não se compreende o precedente se a interpretação da norma que nele foi aplicada não vem conexa diretamente com a *fattispecie* concreta que foi decidida.

Por um lado, a correlação entre o precedente e uma norma geral que se pretende interpretar implica,

assim, que a norma seja lida à luz da sua atual ou eventual aplicação a casos concretos. Por outro lado, e trata-se talvez do perfil mais relevante, a decisão dada sobre o caso precedente pode estender efeitos de alguma maneira prescritivos ou normativos sobre a decisão do caso sucessivo, porém sob a condição de que do precedente específico possa derivar-se uma regra aplicável também a outros casos, ou seja – para dizer como MacCormick –⁴, sob a condição de que a decisão formulada em direito sobre o caso precedente seja *universalizável*.

A importância *prática* do fenômeno que estamos considerando não exige longos comentários, dado que está sob os olhos de todos: a pesquisa e o uso do precedente jurisprudencial são hoje o instrumento profissional cotidiano do jurista prático, cujo emprego é facilitado – ainda que excessivamente fácil, o que abranda o impacto da análise crítica – pelos meios informáticos e pelos bancos de dados. De outra parte, é a jurisprudência que constitui o conteúdo efetivo do assim chamado *direito vivo*, o qual representa em muitos casos o *único* direito do qual dispomos – por exemplo, quando os juízes criam direito colmatando lacunas – ou o *verdadeiro* direito do qual dispomos – quando os juízes criam direito interpretando cláusulas gerais ou qualquer outro tipo de norma.⁵

2. Precedente ou jurisprudência

Nas primeiras falas do discurso tenho usado deliberadamente, por simplicidade, os termos “precedente” e “jurisprudência” como se fossem sinônimos. As coisas, porém, não são na verdade assim, ainda que neste sentido seja a linguagem corrente, na qual os significados dos dois termos não vêm normalmente distinguidos. Considero, contudo, que entre precedente e jurisprudência exista uma nítida distinção, a respeito da qual procurarei esclarecer alguns aspectos.

Existe, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – *quantitativo*. Quando se fala do precedente se faz normalmente referência a *uma decisão* relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a *uma pluralidade*, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas do tipo semântico. O fato é que nos sistemas que se fundam tradicionalmente e tipicamente sobre o precedente, em regra a decisão que se assume como precedente é uma só; ademais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio do precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão de verdade “faz precedente”. Ao contrário, nos sistemas – como o nosso – nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes, são dúzias ou até mesmo centenas, ainda que nem todas venham expressamente citadas. Isso implica várias consequências, dentre as quais a dificuldade – frequentemente de difícil superação – de estabelecer qual seja a decisão que verdadeiramente é relevante (se houver uma) ou então de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma.

Apesar disso, como frequentemente acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que permite, assim, identificar uma diferença *qualitativa* entre precedente e jurisprudência.

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os *atos* do primeiro caso e os *atos* do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma – por assim dizer – “cria” o precedente. Além desse perfil – sobre o qual voltarei em seguida –, fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise *dos fatos*. Se esta análise justifica a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Note-se que, quando se verificam estas condições, *um só precedente* é suficiente a fundamentar a decisão do caso sucessivo.

O emprego da jurisprudência tem características bastante diversas. Primeiramente, falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na grandíssima maioria dos casos. Aqui, o problema depende daquilo que em verdade “constitui” a jurisprudência: trata-se, como se sabe, sobretudo dos enunciados elaborados pelo departamento competente que existe junto à Corte de Cassação. A característica mais importante dos enunciados é que se trata de formulações verbais, concentradas

em uma ou em poucas frases, que têm por objeto *regras jurídicas*. Estas regras têm normalmente um conteúdo mais específico em comparação com o ditado textual da norma da qual constituem uma interpretação, mas são também sempre formulados como *regras*, ou seja, como enunciações gerais e de conteúdo normativo. Não é por acaso que os repertórios de jurisprudência se assemelham a codificações mais detalhadas daquelas que representam os Códigos verdadeiros e próprios, não obstante continuem sendo “repertórios de normas”. O discurso sobre os enunciados, sobre sua utilidade e sobre sua confiabilidade poderia ser bastante longo.⁶ Aqui, somente vale a pena observar que – pelo que eu sei – um departamento como aquele do Massimario existe apenas na Itália e que os sistemas nos quais vige a regra do precedente não conhecem nada de similar aos nossos enunciados: naqueles ordenamentos, de fato, o precedente é constituído pelo inteiro teor da sentença e não de trechos mais ou menos sintéticos extraídos da motivação em direito. Aqui, portanto, uma primeira diferença assaz relevante: em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma *regra geral*.

Este *modus operandi* é assim profundamente enraizado nos nossos costumes, de não consideram os fatos, não apenas os enunciados, como também quando se dispõe do inteiro texto da sentença. Na verdade, se o texto é publicado em uma revista, normalmente os fatos do caso são cobertos pelos *omissis*. Se, ao contrário, se dispõe do texto integral, mas se trata de uma sentença da Corte de Cassação, então os fatos do caso ou são expostos de modo bastante sintético na parte “narrativa” da sentença ou não aparecem totalmente. De resto, as sentenças da Cassação são estudadas para descobrir onde está e qual é o *princípio de direito*, uma vez que o que se procura é a *regra jurídica* abstrata a aplicar ao caso sucessivo, não a individualização da *fattispecie* concreta que foi objeto de decisão. Poder-se-á dizer que isso depende também da função institucional que a Corte de Cassação desenvolve no nosso sistema como juiz apenas da legitimidade, mas não se pode esquecer, em todo caso, que a Corte é chamada cada vez mais frequentemente a decidir no mérito, ou seja, também sobre fatos do caso singular, e por isso – ao menos nestas hipóteses – se ocupa dos fatos mesmo que não se possa verificar *ex novo*.⁷

Como se aludiu, a jurisprudência é formada por um conjunto de sentenças, ou melhor: por um conjunto de subconjuntos ou de grupos de sentenças, cada um dos quais pode incluir uma elevada quantidade de decisões. Neste sentido, não se pode deixar de fazer referência a um fenômeno gravemente patológico, que representa um dos maiores fatores das crises do nosso sistema jurisdicional: trata-se do anormal número de sentenças que a Corte de Cassação pronuncia cada ano e que não é comparável ao que ocorre na maior parte das outras cortes superiores. Não é o caso de analisar aqui as causas desta degeneração gravíssima e nem dos possíveis remédios, sobre os quais existe uma ampla literatura.⁸ Vale mais a pena assinalar alguns dos efeitos que dela derivam.

Por um lado, nesta enxurrada incontrolada de decisões a respeito de uma mesma questão, ou de uma mesma regra, vêm pronunciadas todo ano *dezenas ou centenas* de sentenças, até que a jurisprudência sobre muitos temas alcance as milhares de decisões, apenas considerando-se poucos anos de referência. A consulta aos repertórios, ou aos dados fornecidos pela CED da Cassação, oferece prova eloquente disso.

Por outro lado, o número incontrolado das decisões favorece uma adicional degeneração, ou seja, a verificação amiúde de incoerência e, frequentemente, de evidentes contradições e de repentinas mudanças de orientação, no âmbito da mesma jurisprudência da Cassação. Trata-se, infelizmente, de fenômenos assaz conhecidos e frequentes,⁹ sobre os quais não podemos aprofundar o raciocínio. Pelo que aqui interessa, esses fenômenos nos levam a fazer do uso da jurisprudência uma atividade frequentemente complicada, difícil e arriscada. De um lado, é verdade, não se sabe quase nunca se de fato se chega a conhecer *toda* a jurisprudência (o que é amiúde impossível) ou ao menos toda a jurisprudência *relevante* sobre uma determinada questão. De outro lado, frequentemente se descobre que a jurisprudência é incoerente e contraditória: se tratará, então, de estabelecer se há ou não há jurisprudência *conforme*, se há uma jurisprudência *prevalente*, se a jurisprudência é *incerta*, ou se até mesmo é uma situação de caos jurisprudencial.

Estes problemas não existem, ou surgem apenas em pouquíssimos casos limites, nos ordenamentos que são de fato fundados sobre o uso do precedente. A explicar esta diferença basta um dado: atualmente a *House of Lords* pronuncia em média menos de 100 sentenças ao ano, enquanto a Corte Suprema dos Estados Unidos, que é também juiz de constitucionalidade, pronuncia menos de

200. A nossa Corte de Cassação pronuncia em média cerca de 50.000 sentenças ao ano.

3. A força do precedente

Voltando a falar do precedente, existem duas ordens de consideração que merecem ser aqui acenadas.

A primeira consideração diz respeito à determinação daquilo que se considera como precedente em sentido próprio, ou seja, aquela parte da sentença a qual se faz referência para derivar dela a regra de juízo para o caso sucessivo. A propósito, a doutrina do precedente distingue entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, ou seja, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão.¹⁰ Esta distinção pode ser difícil de traçar na prática, mas é fundamental para se fazer entender como apenas por meio da referência direta aos fatos da causa é que se pode determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão, ou seja, a *ratio* que somente pode ter eficácia de precedente. Os *obiter dicta* não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedentes nas decisões dos casos sucessivos, já que não condicionaram a decisão do caso anterior. Esta distinção não é desconhecida no âmbito da nossa jurisprudência, mas não vem sendo aplicada com o necessário rigor: não é raro que os enunciados contenham *obiter dicta*, já que quem formula o enunciado frequentemente extrai do texto da sentença qualquer enunciação jurídica sem verificar se essa é a base efetiva da decisão; na prática judiciária, comporta-se não raramente desse mesmo modo, fazendo referência a qualquer parte da sentença que pareça útil invocar como precedente. Dessa forma, torna-se de tudo incerto que coisa seja essa que se utiliza para reforçar a justificação da decisão sucessiva, de tal forma que o *obiter dictum* pode – se bem que indevidamente – “fazer precedente”.¹¹

A segunda consideração se relaciona à eficácia do precedente. Nesse propósito, observa-se que a tradicional e corrente distinção entre precedente *vinculante*, que seria típico dos ordenamentos de *common law*, e precedente *persuasivo*, ou *de fato*, que seria típico dos ordenamentos de *civil law*, é amplamente contestável. Parece bem mais apropriado falar de *força* do precedente para indicar o grau ou a intensidade com o qual ele consegue influir sobre decisões sucessivas.¹²

De um lado, não é apropriado dizer que o precedente de *common law* é vinculante, no sentido que dele derive uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz de se ater ao precedente. É notório que, mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele no qual o precedente é dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas, dentre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir.¹³ Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de notável força, já que se espera que, em geral, o juiz sucessivo o siga – como, de fato, normalmente acontece –, mas essa força é sempre *defeasible*, uma vez que o segundo juiz pode deixar de atender o precedente quando considere oportuno assim fazer a fim de formular uma solução mais justa ao caso que deve decidir.¹⁴ No sistema americano, a força do precedente existe, mas em um grau menor: os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, ou seja – por assim dizer – quando não encontram razões suficientes para não o fazer. O *stare decisis* continua a existir, portanto, e por isso os juízes normalmente explicam porque não pretendem seguir o precedente: parece, todavia, claro que o precedente tem eficácia só quando o segundo juiz dele compartilha. No caso contrário, o precedente vem *overruled*.¹⁵

Nos ordenamentos de *civil law*, o grau de força que vem atribuído ao precedente é provavelmente menor em comparação com aquele do precedente de *common law*, mas nada exclui que existam precedentes respeitáveis e persuasivos a se impor aos juízes sucessivos. A estes, no entanto, é deixado um espaço de possível divergência, condicionado, porém, à indicação de razões adequadas que justifiquem a adoção de uma regra de juízo diversa.¹⁶ Se, todavia, se observa o que ocorre no âmbito da nossa pletórica jurisprudência, descobre-se facilmente que em cada setor os precedentes que merecem verdadeiramente este nome, ou seja, os assim chamados *grands arrêts* da Corte de Cassação, não são certamente numerosos. Eles são, antes, as exceções, onde a regra é bem mais o emprego casual, confuso, desordenado e tudo somado irracional, de grupos de sentenças escolhidas sem nenhum critério, mais ou menos numerosas segundo a paciência do copista ou, atualmente, da rapidez do computador. Em uma situação deste gênero, pode-se atribuir certa

eficácia persuasiva à jurisprudência, quando ela não é autocontraditória e quando se possam individualizar “resumo de precedentes” suficientemente uniformes. Chega-se, em substância, a uma aproximação mais quantitativa do que qualitativa, uma vez que se tende a pensar que quanto mais são as decisões a favor de certa solução, mais esta solução deveria se impor ao juiz sucessivo, sem considerar que frequentemente se trata de dúzias de reproduções mecânicas do mesmo enunciado e sem refletir que a força persuasiva de cada decisão singular é inversamente proporcional ao número das decisões conformes. Como já se disse mais acima, o verdadeiro precedente é tendencialmente um só; quando se manejam dezenas ou centenas de sentenças, se está fora da lógica do precedente.¹⁷

4. A direção do precedente

Um aspecto a levar em conta se se deseja entender de modo adequado como opera o precedente é a sua *direção*. Quer-se, assim, indicar a relação que existe entre o órgão que pronunciou a decisão que vem assumida como precedente e o juiz do caso sucessivo. A *força* do precedente, em realidade, não se exprime de maneira geral e de modo indiferenciado em relação a qualquer juiz, mas depende, advirto, da sua *direção*.

O caso típico de aplicação do precedente se dá quando a sua direção é *vertical*, ou seja, quando o juiz sucessivo, que deve decidir um caso idêntico ou similar, encontra-se sob um grau inferior na hierarquia judiciária.¹⁸ Isso depende do fato de que, tradicionalmente, a força do precedente se funda sobre a autoridade e sobre o respeito do órgão que emitiu a decisão. A este turno, autoridade e respeito se relacionam à posição do órgão: quanto mais elevado é o grau da corte que emite o precedente, mais respeitáveis são as suas decisões. Por assim dizer, a força do precedente desce de alto a baixo: as verdadeiras “cortes do precedente” são as cortes superiores, cujas decisões se impõem a todos os órgãos judiciários de grau inferior; depois vêm as cortes de apelação, e assim segue descendo na escala judiciária. Naturalmente, pode ocorrer que uma corte superior pronuncie uma decisão ruim e um juiz de primeiro grau pronuncie uma decisão excelente, mas isso é casual e, portanto, não prejudica o fundamento da concepção vertical do precedente.

Fala-se, todavia, também de precedente *horizontal*, para indicar a força persuasiva que um precedente pode ter em relação aos órgãos judiciários que pertencem ao mesmo grau daquele que pronunciou a primeira decisão.¹⁹ O precedente horizontal pode certamente ter alguma força persuasiva, que, porém, tende a ser inferior àquela do precedente vertical, seja porque não se trata da corte superior, que é única, seja porque entre órgãos do mesmo grau não há – ao menos *a priori* – nenhuma diferença de autoridade. Pode acontecer que um órgão não de vértice produza decisões particularmente apreciáveis e, por isso, tenha influência sobre outros juízes do mesmo grau, mas isso se relaciona mais à qualidade intrínseca das decisões do que a mecanismos comparáveis ao precedente.

Um caso particular e interessante de precedente horizontal é representado pelo assim chamado *autoprecedente*, ou seja, dos precedentes emitidos da mesma corte que decide o caso sucessivo.²⁰ O problema pode se referir a qualquer juiz, mas se coloca em particular nas cortes superiores, a respeito das quais se pergunta se elas são ou devam ser, de algum modo, vinculadas *a seus próprios* precedentes. Uma resposta positiva a esta questão parece justificada, essencialmente em razão da necessidade de que casos iguais venham a ser tratados do mesmo modo pelo mesmo juiz. Uma corte que, sobre a mesma questão, cambiasse cada dia uma opinião, teria bem escasso respeito e violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei. Justificar-se-ia, por isso, e com sólidas razões, um grau elevado de força do autoprecedente, ou até mesmo, um vínculo formal da corte a seguir os seus próprios precedentes.

Todavia, existem boas razões para considerar que se deva admitir um apreciável grau de elasticidade em um vínculo deste gênero. Pode acontecer, de fato, que a mesma corte se encontre na condição de dever mudar de orientação, esquivando-se dos seus próprios precedentes em várias situações, que vão da obsolescência do precedente ao mudar de condições históricas, econômicas e sociais que influenciam a decisão do caso sucessivo até a eventualidade de se apresentarem casos com peculiaridades tão acentuadas que não podem ser enquadrados no precedente. Não por acaso, justamente diante de eventualidade deste gênero, em 1966, com o famoso *Practise Statement*, a *House of Lords* comunicou que daquele momento em diante não se consideraria mais vinculada aos próprios precedentes. Nos decênios sucessivos, ela continuou a praxe de seguir os próprios precedentes, ao menos na maior parte dos casos, mas já se tinha de tal modo recortado um espaço

de discricionariedade idôneo a garantir a possibilidade de adequar a própria jurisprudência à alteração da realidade.²¹ Analogamente, a Suprema Corte dos Estados Unidos seleciona rigorosamente os casos dos quais pretende se ocupar, essencialmente com base na oportunidade de criar novos precedentes ou de proceder ao *overruling* daqueles que não considera mais válidos.²²

Na realidade, como foi assinalado já há tempos, sobretudo por Gino Gorla,²³ mas também por outros autores,²⁴ o problema não depende da circunstância de que uma corte superior altere a orientação e não siga passivamente os próprios precedentes: o problema surge quando estas variações são muito frequentes, arbitrárias, casuais e privadas de justificação séria, como não raro ocorre na jurisprudência da nossa Corte de Cassação. Não é por casualidade que de várias partes tenha-se, faz tempo, sublinhado a necessidade de que a Corte inaugure uma séria política do precedente, com a finalidade – não fácil de alcançar, mas certamente necessária – de introduzir um grau apreciável de uniformidade e de coerência na própria jurisprudência.²⁵ A este respeito, cumpre assinalar uma inábil tentativa do recente legislador que, com a intenção de operar neste sentido, introduziu, no Código de Processo Civil (LGL 1973\5), o art. 374, § 3.º, em razão do qual a sessão simples que considere não seguir a orientação das Sessões Unidas não poderia decidir diversamente, mas deveria remeter a estas a decisão do recurso. Tentativa inábil, seja porque se trata de uma obrigação não sancionada,²⁶ seja porque a situação parece destinada a piorar a razão das outras novidades introduzidas com a pretensa reforma da Cassação, da qual se acenará na conclusão.

5. Precedente e exemplo

Se se individualiza a característica principal do precedente na sua força, ou seja, na sua capacidade de determinar ou ao menos de endereçar o sentido da decisão dos casos sucessivos, então parece oportuno excluir da noção de precedente aquelas decisões que, mesmo sendo objeto de referência no âmbito da argumentação jurídica, todavia não são dotadas desta eficácia. Pode-se dizer, em verdade, que estas decisões não representam os verdadeiros e próprios precedentes, mas vêm simplesmente usadas como *exemplos*. A sua função, por isso, não é aquela de indicar o critério de decisão que deveria ser seguido no caso sucessivo, mas simplesmente de mostrar que a norma da qual se trata foi aplicada de certo modo em certo caso.²⁷ Portanto, o exemplo informa, mas não sugere e menos ainda impõe uma decisão conforme. Demonstra-o a existência de *exemplos negativos*, ou seja, de casos que vêm referidos ao escopo de dizer que esses *não devem* ser seguidos.²⁸

Vêm citados apenas em função de exemplos vários tipos de decisões: aquelas de juízes de grau inferior, aquelas de juízes de mesmo grau, aquelas de juízes pertencentes a jurisdições diversas e – em geral – todas as decisões que carecem dos requisitos que são necessários para que se faça referência a um precedente em sentido próprio. Por assim dizer, o exemplo é apenas superficialmente similar ao precedente, mas se diferencia dele pela estrutura e pela função. Seria necessário, então, distinguir, no âmbito da jurisprudência, a situação na qual uma ou mais decisões venham invocadas para fazer dele decorrer efeitos normativos quanto à decisão de um caso sucessivo, na presença das condições necessárias para que tais efeitos possam se manifestar, dos casos nos quais as decisões as quais se faz referência vêm usadas simplesmente como exemplos, sendo privadas dos requisitos que definem o precedente em sentido próprio. O exemplo pode desempenhar alguma função persuasiva e é por esta razão que vem usado, mas não desenvolve uma função propriamente justificativa e, por isso, não tem uma eficácia condicionante ou vinculante sobre a decisão do caso sucessivo.

É necessário, todavia, sublinhar que de algum tempo para cá vem emergindo um fenômeno que não faz parte da definição de precedente e, portanto, teria que ser reconduzido à categoria do exemplo, mas que, todavia, se reveste de grande interesse e parece destinado a assumir uma relevância sempre maior. Trata-se da tendência, que se constata em numerosas jurisdições supranacionais e nacionais, sobretudo ao nível das cortes superiores e constitucionais, de levar em conta decisões proferidas por cortes não pertencentes ao mesmo ordenamento. Esta tendência é, em realidade, um aspecto de um fenômeno mais amplo, que se manifesta quando os juízes fazem referência ao direito estrangeiro.²⁹ É claro que quando uma corte de um Estado faz referência às decisões de cortes de outros Estados ou de cortes internacionais se está fora do recurso ao precedente, uma vez que não se tem nem a direção vertical e nem a dimensão horizontal do precedente. Esta corte, de fato, não é vinculada a se uniformizar a estas decisões nem – por assim dizer – se espera que o ordenamento de origem seja usado como ponto de referência. Todavia, o recurso ao direito estrangeiro, e em particular a decisões pronunciadas pelas cortes estrangeiras, vai se difundindo juntamente com a

crescente globalização da cultura jurídica, da qual representa um aspecto muito relevante.³⁰ Longe de algum vínculo de qualquer natureza, em verdade, ele representa um instrumento potente de circulação transnacional e de tendencial homogeneização de regras de direito que se colocam, sobretudo, ao nível dos princípios gerais e das garantias fundamentais.

Mesmo tratando-se apenas de exemplos, é necessário, todavia, reconhecer que em muitos casos eles são dotados de notável força persuasiva, seja em razão do respeito dos órgãos que pronunciam as decisões que são referidas, seja – sobretudo – do compartilhamento de princípios que se apresentam como universais e, por isso, se consideram merecedores de serem aplicados superando os limites das respectivas jurisdições e observando como eles vêm interpretados nas jurisdições que se consideram mais avançadas e, por isso, se assume como fonte de inspiração.

6. Precedente e nomofilaquia

Voltando, para concluir, dentro dos territórios da própria pátria, vale também a pena aludir a um problema de notável relevo. Em páginas claríssimas da *Cassação Civil*, já em 1920, Piero Calamandrei sublinhava que a função de nomofilaquia da Corte de Cassação teria tido que se desenvolver, em conexão com a função de garantir a uniformidade da jurisprudência, através da prolação de sentenças capazes não apenas de assegurar a exata interpretação do direito, mas também de impor esta interpretação como cânone de decisão dos casos sucessivos.³¹ Calamandrei apresentava a ideia que a Corte de Cassação, uma vez unificada, torna-se aquilo que em termos modernos se chama “corte do precedente” e assim desenvolveria as suas funções, e em particular aquela de nomofilaquia, através de decisões capazes de orientar a jurisprudência sucessiva. Ele antecipava, em verdade, aquela que é hoje a função principal das cortes superiores em muitos ordenamentos, de *common law* e de *civil law*, que é a de assegurar o controle de legitimidade através da fixação de precedentes destinados a projetar-se como pontos de referência sobre decisões dos outros juizes. Com fórmula sintética se pode falar de “nomofilaquia através do precedente”, justamente para indicar que a função típica de uma corte superior é de assegurar o uniforme respeito à lei através de decisões “universalizáveis” e projetáveis para o futuro.

Por ocasião da recente reforma do procedimento na Cassação, o legislador manifestou a vontade de fortalecer a função nomofilática da Corte,³² mas a fez sobre uma noção de nomofilaquia que não apenas não corresponde àquela de Calamandrei, como também está em nítido contraste com as modalidades – que acabei de indicar – com as quais as cortes superiores dos outros ordenamentos desenvolvem a mesma função. Prevê-se, de fato, em várias disposições,³³ que a Corte pronuncie “princípios de direito” sobre cada questão levantada em quaisquer razões de recurso e ainda quando não seja um recurso da parte, mas que a pronúncia de um princípio de direito venha requerida “no interesse da lei”. Estes “princípios de direito” deveriam ser pronunciados com uma frequência previsivelmente muito maior em relação ao passado, posto que na mesma sentença poderiam haver vários deles, se vários eram as razões dos recursos. Por um lado, portanto, não se faz nada para dirigir a Corte de Cassação para o papel de uma verdadeira e própria corte do precedente (o que exigiria, por exemplo, uma drástica redução do número das decisões, através de adequados mecanismos de filtro recursal). Por outro lado, se faz referência a certo tipo de “nomofilaquia do caso concreto”, induzindo a Corte a se pronunciar sobre uma infinidade de questões, independentemente daquele interesse ou daquela relevância geral,³⁴ e, por isso, independentemente da “universalidade” do critério de decisão que vem utilizado no caso singular. Isto que se persegue, de fato, não é indicação de regras destinadas a serem aplicadas aos juizes sucessivos, mas a analítica especificação de “princípios” que, em realidade, princípios não são, sendo destinados a valer essencialmente para um caso singular que se decide. Nenhuma projeção para o futuro, portanto, mas apenas a analítica solução das questões de direito surgidas no caso concreto.

Deste modo, é assaz improvável que a Corte de Cassação se encaminhe a se tornar uma verdadeira “corte do precedente”, assim alinhando-se com a tendência evolutiva que caracteriza as cortes superiores dos outros ordenamentos. É, no entanto, previsível alguma acentuação *in peius* da situação atual, com uma Corte que pronuncia uma quantidade inverossímil de “princípios de direito” em uma jurisprudência sempre mais aluvial e, por isso, sempre menos coerente e respeitável.

Os precedentes poderiam operar como as *estruturas dissipadoras* das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem dentro da desordem do fluir do caos da jurisprudência.³⁵ Eles, de fato, poderiam constituir importantes fatores de racionalização, de uniformidade, pois, flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento na incontrolável

quantidade e variedade dos casos que são decididos pelas cortes. Para que isso aconteça, todavia, é necessário que eles não sejam, na vez deles, um elemento de desordem e de variação casual legada à especificidade dos casos singulares concretos: é necessário, portanto, que se tratem de precedentes em sentido próprio e, por isso, que eles apresentem os caracteres distintivos de "raridade", autoridade e universalidade em função dos quais eles possam emergir do caos indistinto da praxe judiciária.

1 Obra original: Taruffo, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. Trad. do italiano para o português de Arruda Alvim (Livre-docente em Direito Processual Civil pela PUC-SP), Teresa Arruda Alvim Wambier (Livre-docente em Direito Processual Civil pela PUC-SP) e André Luís Monteiro (Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC-SP). A tradução ora apresentada foi expressamente autorizada pelo Prof. Michele Taruffo em correspondência datada de 04.04.2011.

2 Cf. os ensaios coletados no volume *Interpreting precedents. A comparative study*. ed. por D. Neil MacCormick e Robert S. Summers, Aldershot/Brookfield—USA/Singapore/ Sidney, 1997. *Ragion Pratica*, n. 6, p. 7 e ss., Bologna: Il Mulino, 1996.

3 Cf. Viehweg, Theodor. *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. 5. Aufl. München: Beck, 1974.

4 Cf. Maccormick, D. Neil. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 1978. p. 82 e ss., 134 e ss., 213 e ss.

5 A propósito, vide em particular: Mengoni, L. Diritto vivente. *Digesto. disc. priv., Sez. civ.*, vol. VI, p. 445 e ss. Torino: Utet, 1990. Cf., além disso, a ampla análise de: Pu-Giotto, Andrea. *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente: genesi, uso, implicazioni*. Milano: Giuffrè, 1994.

6 Cf. em geral os ensaios reunidos no volume *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*. Padova: Cedam, 1986 e, em particular, Sacco, *La massima mentitoria*, ivi. p. 51 e ss.

7 Sobre a recente reforma do art. 384 do CPC (LGL 1973\5) , cf. também para adicionais indicações bibliográficas, Taruffo, Michele. Una riforma della Cassazione civile? *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 776 e ss. Milano: Giuffrè, 2006.

8 Cf. o último, ainda para referências, Taruffo, Michele. Op. cit., p. 755 e ss.

9 A propósito, cf. em particular Moneta, Gabriele. *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*. Padova: Cedam, 1993; Moneta, Gabriele. *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*. Padova: Cedam, 1995.

10 Cf. Marshall, What is binding in a precedent. In: Maccormick, D. Neil; Summers, Robert S. (eds.). *Interpreting precedents. A comparative study*. Aldershot/Brookfield—USA/ Singapore/Sidney, 1997. *Ragion Pratica*, n. 6, p. 506 e ss. Bologna: Il Mulino, 1996. Sobre o tema, cf., ainda para adicionais indicações bibliográficas, Taruffo, Michele. *Giurisprudenza. Enc. Treccani delle Scienze sociali*, vol. IV, p. 359 e ss. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994; Taruffo, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 421 e ss. Milano: Giuffrè, 1994; Schlüter, Wilfried. *Das Obiter Dictum. Die Grenzen hochrichterlicher Entscheidungsbergründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bunsesarbeitsgerichts*. München: Beck, 1973.

11 Cf. e especialmente Caselli, Giovanni. Gli obiter dicta persuadono anche quando non convincono. *Contratto e impresa*. Padova: Cedam, 1987. p. 675 e ss.; Grippo, G. Travisamento e persuasività dell'obiter dictum in due casi emblematici. *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*. Padova: Cedam, 1987. p. 659 e ss.

12 A respeito, cf. em particular Peczenik, *The binding force of precedent*. In: MacCormick, D. Neil;

Summers, Robert S. *Interpreting precedents. A comparative study*. Aldershot/Brookfield–USA/Singapore/Sidney, 1997. *Ragion Pratica*, n. 6, p. 461 e ss. Bologna: Il Mulino, 1996; Peczenik, Sui precedenti vincolanti de facto. *Ragion Pratica*, n. 6, p. 35 e ss. Bologna: Il Mulino, 1996.

13 Cf., ainda para referências, Taruffo, Michele. Dimensioni del precedente... cit., p. 361, e ademais Marshall, Trentatre cose che si possono fare con i precedenti. *Ragion Pratica*, n. 6, p. 29 e ss., Bologna: Il Mulino, 1996.

14 Cf. Bankowski, McCormick, Marshall, Precedent in the United Kingdom, *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot/Brookfield–USA/Singapore/Sidney, 1997. *Ragion Pratica*, n. 6, p. 325 e ss. Bologna: Il Mulino, 1996.

15 Cf. Summers, *Precedent in the United States (New York State)*, em *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot/Brookfield–USA/Singapore/Sidney, 1997. *Ragion Pratica*, n. 6, p. 369 e ss. Bologna: Il Mulino, 1996.

16 Sobre o precedente em vários ordenamentos de *civil law* cf. os ensaios de Alexy--Dreier, Aarnio, Eng e Bergholtz-Peczenik em *Interpreting Statutes*, p. 17 e ss., 65 e ss., 189 e ss., 293 e ss.

17 Naturalmente, não considero que as várias formas de “abuso de citações” da jurisprudência, que vão da citação de longos elencos de decisões escolhidas acaso com o mero fim de impressionar o leitor, à omissão de decisões contrárias, à citação de decisões não relevantes para o caso em espécie, até a citação de sentenças inexistentes. Estes abusos não são raros e se fundam na esperança que o juiz e a parte contrária não realizam as respectivas verificações.

18 A propósito, vide mais amplamente: Taruffo, Michele. Dimensioni del precedente... cit., p. 416.

19 Idem, p. 417.

20 Idem, ibidem.

21 Cf. Antonioli Deflorian, Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l’esperienza inglese. *Riv. dir. civ.*, vol. I, p. 157 e ss., 1993.

22 A respeito do modo no qual a Corte Suprema “governa” os próprios precedentes, cf. Barsotti, *L’arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Torino: G. Giappichelli, 1999.

23 Cf. Gorla, Precedente giudiziale. *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, p. 4, 6, 8 e ss. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990.

24 Cf. Taruffo, Michele. *Giurisprudenza* cit., p. 363, também para adicionais referências bibliográficas.

25 Idem, ibidem. Nos últimos tempos se tem verificado apressadas tentativas – da parte do Ofício do Massimario – de racionalizar a publicação das decisões da Corte, com o escopo de indicar aquelas sentenças que, segundo a Corte mesma, merecem ser usadas como precedentes. Trata-se de tentativas interessantes que mostram como também dentro da corte existe sensibilidade em relação à problemática do precedente em sentido próprio. O seu êxito foi, porém, dificultado pelo número excessivo de decisões que a Corte é normalmente obrigada a pronunciar.

26 É, por isso, lícito considerar que este vínculo em realidade não exista ou não seja eficaz: neste sentido, cf. Taruffo, Michele. Una riforma... cit., p. 773. Confirma-se também Silvestri, In: Carpi; Taruffo, Michele. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*. V. ed. Padova: Cedam, 2006. p. 1054.

27 Sobre a distinção em objeto, vide em particular Taruffo, Michele. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 783 e ss.

28 Idem, p. 796.

29 Este fenômeno foi objeto de recentes estudos muito interessantes: cf. em particular Markesinis; Fedke. *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration?* Nova York: UCL Press, 2006; *Comparative law before the courts*, ed. por G. Canivet, M. Andenas e D. Fairgrieve. Londres: BIICL, 2004.

30 Cf. Slaughter, *Judicial globalization*, em 40 *Va. J. Int'L.* 1999-2000, p. 1103 e ss; Bahdi, *Globalization of judgment: transjudicialism and the five faces of international law in domestic courts*, em 34 *Geo. Wash. Int'L. Rev.* 2002-2003, p. 555 e ss.

31 Cf. Calamandrei, Piero. *La cassazione civile. Disegno generale dell'istituto*, em id., *Opere giuridiche*, Napoli: Morano Editore, 1976. vol. II, p. 34, 92 e 105.

32 Cf. o Capítulo I do Decreto legislativo 40/2006, intitulado: "Modificações ao Código de Processo Civil (LGL 1973\5) em matéria de processo de cassação em função nomofilática".

33 Cf. os novos arts. 363 e 384, sobre os quais vide Taruffo, Michele. *Una riforma...* cit., p. 764 e ss., e Silvestri. In: Carpi; Taruffo, Michele. *Op. cit.*, p. 1036, 1065, também para adicionais indicações bibliográficas.

34 A importância geral da questão que se trata de decidir é o critério de seleção dos casos que podem ser levados em frente ao *Bundesgerichtshof* tedesco: cf. Sonelli, *O acesso à corte suprema e o âmbito do seu sindicato. Uma contribuição ao dibattito sobre a cassação civil numa ottica comparatistica*. Torino: Giappichelli, 2001. p. 86 e ss.

35 Sobre o conceito de "estrutura dissipativa" no âmbito da teoria do caos, cf. Prigogine, *Le leggi del caos*, trad. ita. Bari: Laterza, 1993. p. 15 e ss.; Porush, *Fictions as dissipative structures: prigogine's theory and postmodernism's roadshow. Chaos and order. Complex dynamics in literature and science*. Chicago/Londres: N. Katherine Hayles, 1991. p. 56 e ss.