

Precedente e jurisprudência *

Michele TARUFFO **

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

Deve-se ressaltar, antes do mais, a grande importância que o emprego do precedente e da jurisprudência desempenha na vida do Direito de todos os ordenamentos modernos. Pesquisas realizadas em vários sistemas jurídicos ¹ têm mostrado que a referência ao precedente já não é mais, há algum tempo, uma característica peculiar aos ordenamentos de *common Law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo nos de *civil Law*. Assim, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados no precedente, enquanto os segundos seriam fundados na lei escrita não tem mais valor algum descritivo – admitindo-se que se considere que realmente tenha tido no passado. De um lado, de fato, nos sistemas de *Civil Law* faz-se amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *Common Law* faz-se amplo uso da lei escrita e áreas inteiras desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são na realidade “codificadas”.

A importância do fenômeno que estamos a considerar parece evidente, principalmente, em duas dimensões, além daquela da sua expansão em todos os ordenamentos modernos: na dimensão *teórica* e na dimensão *prática*.

A dimensão *teórica* refere-se à circunstância de que o recurso ao precedente caracteriza, de maneira peculiar, a estrutura da argumentação jurídica em relação à

* A civilistica.com agradece penhoradamente a intercessão do Prof. Adrian SGARBI, da PUC-Rio, que solicitou ao Prof. TARUFFO autorização para publicação e tradução do presente texto. O artigo foi traduzido por Chiara Antonia SPADACCINI DE TEFFÉ, mestrandia em Direito Civil na UERJ, e revisado por Maria Celina BODIN DE MORAES.

** Professor Titular de Direito Processual Civil da Università di Pavia.

¹ Cf. os artigos reunidos no volume *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. Edited by D. Neil MACCORMICK and Robert S. SUMMERS., Aldershot: Dartmouth Applied Legal Philosophy Series, 1997 e em 6 *Ragion Pratica* 1996, p. 7 ss.

interpretação da regra do direito e à sua justificação, seja quando o precedente é invocado em sede de análise doutrinária, seja quando ele é dirigido no contexto da interpretação judicial do direito. Sem enfrentar aqui o problema de saber se a jurisprudência é ou não uma fonte do direito, certo é que esta é um fator essencial e decisivo em sede de interpretação e aplicação do direito. Esse fator condiciona a estrutura da argumentação jurídica, enquanto esta vem a ter não uma estrutura silogístico-dedutiva, nem uma estrutura dogmático-sistemática, mas uma estrutura tópica, no sentido próprio explicado por VIEHWEG em *Topik und Jurisprudenz*². Os precedentes representam, de fato, os *tòpoi* 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).

Existe um aspecto adicional, talvez menos evidente, mas não menos relevante, segundo o qual a referência ao precedente influi sobre a estrutura da argumentação jurídica. Isso se origina da circunstância de porque o precedente é sempre uma decisão relativa a um caso particular, ocorre que o significado da regra jurídica usada como critério de decisão venha “concretizado” para referi-lo à solução do caso particular: não se compreende o precedente se a interpretação da norma em que nele foi aplicada não venha diretamente relacionada com a hipótese concreta que foi decidida. Por um lado, a correlação entre o precedente e uma norma geral que se pretende interpretar implica, portanto, que a norma venha lida à luz de sua atual ou eventual aplicação a casos concretos. Por outro lado, e se trata talvez do aspecto mais relevante, a decisão tomada no caso precedente pode explicar efeitos em qualquer modo prescritivos ou normativos sobre a decisão do caso sucessivo apenas sob a condição de que do precedente específico possa derivar-se uma regra aplicável também a outros casos, isto é – citando MacCormick³ - sob a condição de que a decisão formulada no direito sobre o caso precedente seja *universalizável*.

A importância *prática* do fenômeno que estamos considerando não necessita de longos comentários, uma vez que ela está diante dos olhos de todos: a pesquisa e o uso do precedente jurisprudencial tornaram-se, hoje, as ferramentas quotidianas do jurista prático, cuja utilização é tornada fácil – até excessivamente fácil – o que enfraquece o impacto da análise crítica – em decorrência dos meios informáticos e das bases de

² Cf. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., München 1974.

³ Cf. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, p.82 ss., 134 ss., 213 ss.

dados. Por outro lado, é a jurisprudência que constitui o conteúdo efetivo do chamado *direito vivo*, o qual representa, em muitos casos, o *único* direito do qual dispomos – por exemplo, quando os juízes criam direito para preencher lacunas – ou o *verdadeiro* direito do qual dispomos – quando os juízes criam direito interpretando cláusulas gerais ou qualquer outro tipo de norma.⁴

2. Precedente ou jurisprudência

Nos estágios iniciais do discurso, usei deliberadamente, para simplificar, os termos “precedente” e “jurisprudência” como se fossem sinônimos. As coisas, no entanto, não são realmente assim, ainda que este seja o sentido empregado na linguagem corrente, na qual, geralmente, os significados dos dois termos são tratados de forma indistinta. Acredito, ao contrário, que exista entre precedente e jurisprudência uma nítida distinção, sobre a qual procurarei esclarecer alguns aspectos.

Há, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – *quantitativo*. Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a *uma decisão* relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a *uma pluralidade* frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas de tipo semântico. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão realmente “faz precedente”. Em vez disso, nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas. Isto implica várias consequências, entre elas a dificuldade – frequentemente de árdua superação – de se estabelecer qual decisão é verdadeiramente relevante (se é que existe uma) ou de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma.

Além disso, como muitas vezes acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que leva a individuar uma diferença *qualitativa* entre o precedente e a jurisprudência.

⁴ A este respeito, v., em particular, MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. VI, Torino 1990, p. 445 ss. Cf. também a ampla análise de PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Gnesi, uso e implicazioni*, Milano 1994.

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre *os fatos* do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevaletentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – “cria” o precedente. Além deste aspecto – sobre o qual tornarei em seguida – fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é baseada em uma análise *dos fatos*. Se esta análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Deve-se notar que, quando se verificam estas condições, *um só precedente* é suficiente para justificar a decisão do caso sucessivo.

O uso de jurisprudência tem características muito diferentes. Em primeiro lugar, falta a análise comparativa dos fatos, pelo menos na imensa maioria dos casos. Aqui, o problema depende do que realmente “constitui” a jurisprudência: trata-se, como se sabe, sobretudo dos enunciados sumulados (*massime*) elaborados pelo gabinete específico que existe nos Tribunais. A característica mais importante das máximas é que se trata de declarações, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm como objeto *regras jurídicas*. Essas regras têm geralmente um conteúdo mais específico do que o ditado textual da norma de que constituem uma interpretação, mas são sempre formuladas como *regras*, ou seja, como enunciados gerais de conteúdo preceptivo. Não por acaso, as seleções de jurisprudência assemelham-se a codificações, mais detalhadas do que aquelas que representam os códigos verdadeiros e próprios, mas sempre como “conjunto de normas”. O discurso sobre os enunciados sumulados, sobre a sua utilidade e sobre a sua credibilidade poderia ser bastante longo.⁵ Aqui vale a pena observar que – até onde sei – um gabinete como aquele do Massimario existe só na Itália e que os sistemas em que vigora o precedente não parecem em nada com os nossos enunciados sumulados:¹ naqueles ordenamentos, de fato, o precedente é constituído da inteira sentença, não por faixas mais ou menos sintéticas extraídas da motivação legal. Aqui,

⁵ Cf. em geral os ensaios reunidos no volume *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova 1986, ed in particolare SACCO, *La massima mentitoria*, ivi, p. 51 ss.

¹ N.T.: Esta lógica, porém, parece ser justamente aquela seguida na elaboração das Súmulas das Cortes Superiores brasileiras, cujos ministros podem selecionar feitos, caso não haja divergência de entendimento entre as turmas, para remessa a órgãos colegiados específicos responsáveis pela aprovação dos enunciados, que contêm entendimentos jurídicos do tribunal desvinculados dos casos concretos que os originaram.

portanto, visualiza-se uma primeira diferença muito relevante: em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objeto de decisão, de modo que a aplicação da regra formulada em uma decisão anterior não é baseada na analogia dos fatos, mas na subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma *regra geral*.

Este *modus operandi* encontra-se tão profundamente enraizado em nossos hábitos, que não se dá atenção aos fatos nem mesmo quando o inteiro texto da sentença se encontra disponível e não só a ementa. De fato, se o texto do acórdão é publicado por uma revista, geralmente os fatos do caso são suprimidos pela expressão *omissis...* Se, por outro lado, se dispõe do texto integral, mas se trata de um acórdão da Corte de Cassação, então os fatos do caso ou são expostos de forma muito sintética na parte “narrativa” da sentença ou sequer aparecem. Por outro lado, os acórdãos da Cassação são estudados para descobrir onde está e qual é o *princípio de direito*, porque o que se busca é a *regula juris* abstrata a ser aplicada ao próximo caso e não a individuação da *fattispecie* concreta que foi objeto da decisão. Poder-se-á dizer que isso depende também da função institucional que a Corte Superior desempenha no nosso sistema como um juízo somente de legitimidade, mas não se deve esquecer que a Corte vem, cada vez mais, sendo chamada a decidir sobre o mérito, ou seja, também sobre os fatos do caso concreto e, portanto – pelo menos nestas hipóteses – lida com os fatos, mesmo que não possa verificá-los *ex novo*.⁶

Como mencionado, a jurisprudência é formada por um conjunto de sentenças, ou melhor, por um conjunto de subconjuntos ou grupos de sentenças, cada um dos quais pode incluir uma elevada quantidade de decisões. Nesta linha, é impossível não mencionar um fenômeno gravemente patológico, que representa um dos principais fatores de crise do nosso sistema jurisdicional: trata-se do número anormal de acórdãos que a Corte de Cassação pronuncia a cada ano, e que não é comparável ao que acontece com a maioria dos outros tribunais superiores. Não é o caso de analisar aqui as causas dessa gravíssima degeneração, e nem mesmo suas possíveis soluções, sobre as quais há ampla literatura.⁷ Vale mais a pena relatar alguns dos efeitos disso resultantes.

Por um lado, nessa aluvião descontrolada de decisões que versam sobre a mesma questão ou sobre a mesma norma pronunciam-se, a cada ano, *dezenas* ou *centenas* de sentenças, de modo que a jurisprudência sobre muitos temas alcança as milhares de decisões se apenas se consideram poucos anos de referência. A consulta dos repertórios

⁶ Sobre a recente reforma do artigo 384 do cod. proc. civ. cfr., também para ulteriores indicações bibliográficas, TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2006, p. 776 ss.

⁷ Cf., também para referências posteriores, TARUFFO, *op.cit.*, p.755 ss.

ou dos dados fornecidos pelo CED (Centro Eletrônico de Documentação) da Cassação fornece provas eloquentes disso.

Por outro lado, o número descontrolado de decisões promove uma ulterior degeneração, isto é, frequentemente, verificam-se incoerências, muitas vezes evidentes contradições e repentinas mudanças de direção, no âmbito da mesma jurisprudência da Cassação. Trata-se, infelizmente, de fenômenos conhecidos e frequentes,⁸ sobre os quais não podemos aprofundar a discussão. Para o que aqui nos interessa, eles levam a fazer com que o uso da jurisprudência seja, muitas vezes, uma tarefa complicada, difícil e arriscada. De um lado, de fato, não se sabe quase nunca se realmente se chegou a conhecer *toda* a jurisprudência (o que é muitas vezes impossível) ou, pelo menos, toda a jurisprudência *relevante* sobre um determinado assunto. Por outro lado, frequentemente, descobre-se que a jurisprudência é incoerente e contraditória: tratar-se-á então de estabelecer se há ou não jurisprudência *conforme*, se há uma jurisprudência *prevalente*, se a jurisprudência é *incerta*, ou mesmo se há uma situação de caos jurisprudencial.

Estes problemas não existem, ou surgem apenas em pouquíssimos casos extremos, nos ordenamentos que são realmente fundados no uso do precedente. Para explicar essa diferença basta um fato: atualmente a *House of Lords* pronuncia em média menos de 100 sentenças por ano, enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos, que também exerce um juízo de constitucionalidade, pronuncia menos de 200. A nossa Corte de Cassação pronuncia em média cerca de 50.000 decisões ao ano.

3. A força do precedente

Voltando a falar do precedente, há duas ordens de considerações que merecem ser mencionadas aqui.

A primeira consideração diz respeito à determinação do que é considerado como precedente em sentido próprio, isto é, aquela parte da sentença à qual se faz referência por dela derivar a regra de julgamento para o caso sucessivo. Neste contexto, a doutrina do precedente faz a distinção entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como direto fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obter*

⁸ A este respeito cf., em especial, MONETA, *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*, Padova 1993; ID., *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*, Padova 1995.

dictum, isto é, 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, não constituem, todavia, parte integrante do fundamento jurídico da decisão.⁹ Esta distinção pode ser difícil de ser estabelecida na prática, mas é fundamental quando nos faz compreender como apenas por meio da referência direta aos fatos da causa 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 precedente nas decisões de casos subsequentes vez que não condicionaram a decisão do caso anterior. Esta distinção não é desconhecida no âmbito da nossa jurisprudência, mas não vem aplicada com o rigor necessário: não raramente as súmulas contêm *obiter dicta*, enquanto quem formula a súmula, muitas vezes, extrai do texto da sentença qualquer enunciação jurídica sem verificar se essa seria a base efetiva da decisão; na prática judiciária não raramente comporta-se do mesmo modo, chamando novamente qualquer parte da sentença que pareça útil para invocar como precedente. Assim, torna-se bastante incerto que coisa seja aquilo que se utiliza para fortalecer a justificação da decisão posterior, de modo que também o *obiter dictum* pode – embora indevidamente – “fazer precedente”.¹⁰

A segunda consideração diz respeito à eficácia do precedente. Sobre isso, observa-se que a tradicional e corrente distinção entre precedente vinculante, que seria típico dos ordenamentos de *common law*, e precedente *persuasivo*, ou *de facto*, que seria típico dos ordenamentos de *civil law*, é pouco confiável. Pelo contrário, parece apropriado falar de força do precedente para indicar o grau ou a intensidade com que ele é capaz de influenciar as decisões sucessivas.¹¹

De um lado, não é apropriado dizer que o precedente da *common law* é vinculante, no sentido de que derive uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz de acompanhar o precedente. É notório que, mesmo no sistema inglês, que parece ser aquele em que o precedente é dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas entre as quais o *distinguishing* e o *overruling*, a

⁹ Cfr. MARSHALL, What is Binding in a Precedent, in *Interpreting Precedents*, cit., p. 506 ss. No tópico, cf., também para ulteriores indicações bibliográficas, TARUFFO, *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia Treccani delle Scienze sociali*, vol. IV, Roma 1994, p. 359 ss.; ID., *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, p. 421 ss.; SCHLÜTER, *Das Obiter Dictum. Die Grenzen hochrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesobersten Gerichtshofs*, München 1973.

¹⁰ Cf. por exemplo, CASELLI, *Gli obiter dicta persuadono anche quando non convincono*, in *Contratto e impresa* 1987, p.675 ss.; GRIPPO, *Travisamento e persuasività dell'obiter dictum in due casi emblematici*, *ivi*, p.659 ss.

¹¹ A respeito, cf., em particular, PECZENIK, The Binding Force of Precedent, in *Interpreting Precedents*, cit., p. 461 ss.; ID., *Sui precedenti vincolanti de facto*, in *6 Ragion Pratica* 1996, p. 35 ss.

fim de não se considerarem vinculados ao precedente que não pretendem seguir.¹² Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de uma força considerável, vez que se espera que, em linha de princípio, o juiz sucessivo o siga – como de fato geralmente acontece –, mas esta força é sempre reversível, revogável, anulável, *defeasible*, porque o segundo juiz pode desatender o precedente, quando considerar oportuno fazê-lo, a fim de formular uma solução mais justa para o caso que deve decidir.¹³ No sistema americano, então, a força do precedente existe, mas em um menor grau: os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, isto é – por assim dizer – quando não encontram razões suficientes para não o fazer. O *stare decisis* continua a existir, portanto, e então os juízes geralmente explicam porque não pretendem seguir o precedente: parece claro, no entanto, que o precedente tem eficácia apenas quando o segundo juiz o compartilha. Caso contrário, o precedente vem *overruled*.¹⁴

Nos ordenamentos de *civil law*, o grau de força que vem atribuído ao precedente é, provavelmente, menor do que aquele atribuído ao precedente da *common law*, mas nada exclui que existam precedentes tão influentes e persuasivos a ponto de serem impostos aos juízes sucessivos. Para eles, no entanto, deixou-se um espaço de possível dissenso, condicionado, porém à indicação das razões adequadas que justifiquem a adoção de uma regra de julgamento diversa.¹⁵ Contudo, caso se observe o que acontece no âmbito da nossa pletórica jurisprudência, se descobrirá facilmente que, em cada setor, os precedentes que realmente merecem esse nome, ou seja, os chamados *grands arrêts* da Corte de Cassação não são certamente numerosos. Esses são, pelo contrário, a exceção, sendo mais a regra o emprego casual, confuso, desordenado e totalmente irracional dos grupos de sentenças escolhidas sem nenhum critério, mais ou menos numerosas dependendo da paciência do copista ou, atualmente, da rapidez do computador. Em uma situação deste gênero, pode-se atribuir certa eficácia persuasiva à jurisprudência, quando esta não é autocontraditória e quando é possível individualizar “sequências de precedentes” bastante uniformes. Torna-se, em essência, a uma abordagem mais quantitativa do que qualitativa, pois se tende a pensar que quanto mais numerosas forem as decisões a favor de certa solução, mais esta solução deverá ser imposta ao juiz sucessivo, sem considerar que muitas vezes se trata de dezenas de

¹² Cfr., também para referências, TARUFFO, *Giurisprudenza*, cit., p.361, e ainda MARSHALL, *Tretnatre cose che si possono fare con i precedenti*, in *6 Ragion Pratica* 1996, p. 29 ss.

¹³ Cfr. BANKOWSKI-MACCORMICK-MARSHALL, *Precedent in the United Kingdom*, in *Interpreting Precedents*, cit., p.325 ss.

¹⁴ Cfr. SUMMERS, *Precedent in the United States (New York State)*, in *Interpreting Precedents*, cit., p.369 ss.

¹⁵ Sobre o precedente em vários ordenamentos de *civil law* cfr. os ensaios de ALEXY-DREIER, AARNIO, ENG e BERGHOLTZ-PECZENIK in *Interpreting Statutes*, cit., pp.17 ss., 65 ss., 189 ss., 293 ss.

reproduções mecânicas da mesma máxima e sem refletir que a força persuasiva de cada decisão é inversamente proporcional ao número das decisões conforme. Como já foi dito anteriormente, o verdadeiro precedente é tendencialmente um só; quando são manejadas dezenas ou centenas de sentenças, se está fora da lógica do precedente.¹⁶

4. A direção do precedente

Um aspecto que deve ser lembrado, se se deseja entender adequadamente como opera o precedente, é a sua *direção*. Deseja-se assim indicar a relação que existe entre o órgão que pronunciou a decisão que vem tomada como precedente, e o juiz do caso sucessivo. A força do precedente, na verdade, não é expressa de forma geral, nem de modo indiferenciado em relação a qualquer juiz, mas depende de sua *direção*.

O caso típico de aplicação do precedente ocorre quando a sua direção é vertical, ou seja, quando o juiz sucessivo, que deve decidir o caso idêntico ou similar, coloca-se em um grau inferior na hierarquia judicial.¹⁷ Isso se dá porque, tradicionalmente, a força do precedente baseia-se na autoridade e na competência do órgão que proferiu a decisão. Por sua vez, autoridade e competência conectam-se à posição do órgão: quanto mais elevado é o nível da Corte que emana o precedente, mais autoridade tem suas decisões. A força do precedente vai, por assim dizer, de cima para baixo: as verdadeiras “Cortes do precedente” são as Cortes Supremas, cujas decisões são impostas a todos os órgãos judiciários de grau inferior; em seguida, vêm as Cortes de Apelação e assim sucessivamente, descendo na escala judiciária. Naturalmente, pode acontecer que uma Corte Suprema pronuncie uma má decisão e um juiz de primeira instância pronuncie uma excelente decisão, mas isso é eventual e de qualquer modo não prejudica o fundamento da concepção vertical do precedente.

Fala-se, no entanto, também em precedente *horizontal*, para indicar a força persuasiva que um precedente pode ter em relação aos órgãos judiciários que pertencem ao mesmo nível daquele que pronunciou a primeira decisão.¹⁸ O precedente horizontal, pode ter alguma força persuasiva, mas esta tende a ser inferior àquela do precedente vertical, seja porque se trate da Corte Suprema, que é única, seja porque entre órgãos

¹⁶ Naturalmente, não considero aqui as várias formas de “abuso de citação” da jurisprudência, que vão desde a citação de longas listas de decisões selecionadas aleatoriamente com o simples fim de impressionar o leitor, até a omissão de decisões contrárias, a citação de decisões não relevantes para o caso em espécie, até a citação de sentenças inexistentes. Esses abusos não são incomuns e se baseiam na esperança de que o juiz e a outra parte não realizem as verificações pertinentes.

¹⁷ A respeito disso, v., mais amplamente, M. TARUFFO, *Dimensioni*, cit., p. 416.

¹⁸ Cf. M. TARUFFO, *op.ult.cit.*, p. 417.

do mesmo nível não há – ao menos *a priori* – qualquer diferença de autoridade. Pode acontecer que um órgão, não de vértice, produza decisões particularmente significativas e, portanto, tenha influência sobre outros juízes do mesmo nível, mas isto se relaciona mais à qualidade intrínseca das decisões do que a mecanismos comparáveis ao precedente.

Um caso peculiar e interessante de precedente horizontal é representado pelo chamado *autoprecedente*, ou seja, dos precedentes emanados da mesma corte que decide o caso sucessivo.¹⁹ O problema pode referir-se a qualquer juiz, mas é colocado em particular sobre as cortes supremas. Indaga-se se elas são ou devem ser, de alguma forma, vinculadas *aos seus próprios* precedentes. Uma resposta positiva a esta questão parece justificada, essencialmente, com base na necessidade de que casos iguais sejam tratados da mesma forma pelo mesmo juiz. Uma corte que, sobre o mesmo assunto, trocasse a cada dia a sua opinião teria muito pouca autoridade e violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei. Justificar-se-ia então, e com razões sólidas, um alto grau de força do autoprecedente ou, até mesmo, um vínculo formal da corte para seguir seus próprios precedentes.

Há boas razões, todavia, para acreditar que se deva admitir um grau apreciável de elasticidade em um vínculo desse tipo. Pode acontecer, de fato, que a mesma corte se encontre na condição de dever mudar a sua orientação, desviando-se, assim, dos seus próprios precedentes, em situações várias que vão desde a obsolescência do precedente à mudança das condições históricas, econômicas ou sociais que influenciam na decisão do caso sucessivo até a eventualidade que se apresentem casos com peculiaridades tão acentuadas que não possam ser mais reconduzidos a ele. Não por acaso, tendo em vista justamente uma eventualidade deste tipo gênero em 1966, com o famoso *Practice Statement*, a *House of Lords* comunicou que, a partir daquele momento, não mais se consideraria vinculada aos próprios precedentes. Nas décadas seguintes, a Casa continuou a praxe de seguir os próprios precedentes, ao menos na maior parte dos casos, mas fora criado, em tal modo, um espaço de discricionariedade idôneo a garantir a possibilidade de adaptar a própria jurisprudência às mudanças da realidade.²⁰ Analogamente, a Suprema Corte dos Estados Unidos seleciona rigorosamente os casos de que pretende se ocupar, de acordo essencialmente com a oportunidade de criar

¹⁹ Cfr. M. TARUFFO, *ibidem*.

²⁰ Cfr. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il precedente giudiziario come fonte di diritto: l'esperienza inglese*, in *Riv.dir.civ.* 1993, I, p.157 ss.

novos precedentes ou de proceder ao *overruling* daqueles que já não mais considera válidos.²¹

Na realidade, como já vem sendo assinalado há algum tempo, sobretudo por Gino Gorla,²² mas também por outros autores,²³ o problema não depende da circunstância de que uma corte suprema mude de orientação e deixe de seguir passivamente os próprios precedentes: o problema surge quando estas variações tornam-se muito frequentes, arbitrárias, aleatórias e desprovidas de uma justificativa séria, como não raramente acontece na jurisprudência de nossa Corte de Cassação. Não é por acaso, na verdade, de há tempos de muitas partes foi enfatizada a necessidade de que a Corte inaugure uma séria política do precedente, com a finalidade – não fácil de conseguir mas certamente necessária – de introduzir um grau apreciável de uniformidade e de coerência em sua própria jurisprudência.²⁴ A respeito disso, deve-se notar uma equivocada tentativa do legislador que, recentemente, com a intenção de agir neste sentido, introduziu no *Codice di procedura civile italiano*, o art. 374, parágrafo 3º, em função do qual “a seção simples que entender não poder adequar-se à orientação das Seções Unidas não pode decidir diversamente, devendo remeter a essas [Seções] a decisão do recurso”. Tentativa equivocada seja porque se trata de uma dever não sancionado²⁵ seja porque tal situação parece destinada a piorar as outras novidades introduzidas com a reivindicada reforma da Corte de Cassação, a qual mencionarei na conclusão.

5. Precedente e exemplo

Se se individua a principal característica do precedente na sua força, ou seja, na sua capacidade de determinar ou, pelo menos, de direcionar “o sentido conforme a decisão” nos casos sucessivos, então, parece oportuno excluir da noção de precedente aquelas decisões que, mesmo sendo objeto de referência no âmbito da argumentação jurídica, não são, todavia, dotadas desta eficácia. Pode-se dizer, na verdade, que essas decisões não representam verdadeiros e próprios precedentes, mas são simplesmente usados

²¹ Sobre o modo como a Corte Suprema “governa” os próprios precedentes cfr. BARSOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino 1999.

²² Cf. G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma 1990, p. 4, 6, 8 ss.

²³ Cf. M. TARUFFO, *Giurisprudenza*, cit., p.363, também para ulteriores referências bibliográficas.

²⁴ V. M. TARUFFO, *ibidem*. Nos últimos tempos, verificaram-se significativas tentativas – da parte do gabinete da Súmula (*Ufficio del Massimario*) – de racionalizar a publicação das decisões da Corte, a fim de indicar quais sentenças, de acordo com a própria Corte, merecem ser usadas como precedentes. Trata-se de interessantes tentativas que mostram como também dentro da Corte há sensibilidade a respeito da problemática do precedente, no bom sentido. O sucesso deles, no entanto, é dificultado pelo número excessivo de decisões que a Corte é, de qualquer forma, obrigada a pronunciar.

²⁵ É, portanto, lícito acreditar que esse vínculo na realidade não exista ou não seja eficaz: neste sentido. cf. M. TARUFFO, *Una riforma*, cit., p.773. Em relação ao tema v. também SILVESTRI, in CARPI-TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, V ed., Padova 2006, p. 1054.

como *exemplos*. Sua função, portanto, não é a de indicar o critério de decisão que deve ser seguido no caso sucessivo, mas, simplesmente, de mostrar que a norma em questão foi aplicada de certa maneira em um determinado caso.²⁶ Consequentemente, o exemplo informa, mas não sugere, e muito menos impõe uma “decisão conforme”. Isto é demonstrado pela existência de *exemplos negativos*, ou seja, de casos que são indicados com o escopo de dizer que eles *não devem* ser seguidos.²⁷

São citados, apenas a título exemplificativo, vários tipos de decisões: aquelas de juízes de nível inferior, aquelas de juízes do mesmo nível, aquelas de juízes pertencentes a diferentes jurisdições e – em geral – todas as decisões em que faltam os requisitos necessários para que se faça um precedente em sentido próprio. O exemplo, por assim dizer, é apenas superficialmente semelhante ao precedente, mas dele se diferencia na estrutura e na função. Seria necessário então distinguir, no âmbito da jurisprudência, a situação em que uma ou mais decisões são invocadas para que delas sejam derivados efeitos preceptivos quanto à decisão de um caso sucessivo, na presença das condições necessárias para que tais efeitos possam se manifestar, dos casos em que as decisões, a que se faz referência, sejam usadas simplesmente como exemplos, sendo desprovidas dos requisitos que definem um precedente em sentido próprio. O exemplo pode desempenhar alguma função persuasiva, e é por essa razão que ele é usado, mas não desempenha uma função propriamente justificativa e, portanto, não tem uma eficácia condicionante ou vinculante sobre a decisão do caso sucessivo.

É necessário sublinhar, todavia, que já de algum tempo vem emergindo um fenômeno que não se enquadra na definição de precedente, e em consequência deveria ser reconduzido à categoria do exemplo, mas é fenômeno de grande interesse e parece destinado a assumir uma relevância cada vez maior. Trata-se da tendência, que se encontra em numerosas jurisdições supranacionais e nacionais, sobretudo, no nível das cortes supremas e constitucionais, de levar em conta as decisões tomadas por cortes não pertencentes ao mesmo ordenamento. Esta tendência é, na realidade, um aspecto de um fenômeno mais amplo, que se manifesta quando os juízes fazem referência à legislação estrangeira.²⁸ É claro que quando uma corte de um Estado faz referência às decisões das cortes de outros Estados ou de cortes internacionais se está fora do recurso

²⁶ Sobre a distinção em questão v. em particular M. TARUFFO, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L. GIANFORMAGGIO e M. JORI, Milano 1998, p. 783 ss.

²⁷ Cf. M. Taruffo, *op.ult.cit.*, p.796.

²⁸ Este fenômeno foi objeto de recentes e interessantes estudos: cf., em especial, MARKESINIS-FEDKE, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, UCL Press, New York 2006; Comparative Law before the Courts, ed. by G.Canivet, M.Andenas and D.Fairgrieve, London 2004.

ao precedente, porque não tem nem a direção vertical e nem a dimensão horizontal do precedente. Esta corte, de fato, não está vinculada a uniformizar-se de acordo com as decisões e nem – por assim dizer – com o ordenamento estrangeiro espera que suas decisões venham a ser utilizadas como pontos de referência. No entanto, o recurso ao direito estrangeiro e, em particular, às decisões proferidas pelas cortes estrangeiras está se espalhando juntamente com a crescente globalização da cultura jurídica, da qual representa um aspecto muito relevante.²⁹ Fora de vínculo de qualquer natureza, de fato, este representa um instrumento potente de circulação transnacional e de tendência homogeneizante das regras de julgamento que se colocam no nível dos princípios gerais e das garantias fundamentais.

Embora se trate apenas de exemplos, é necessário, todavia reconhecer que, em muitos casos, eles têm uma força persuasiva considerável, que depende seja da autoridade dos órgãos que pronunciam as decisões às quais são feitas referências, seja – sobretudo – da partilha de princípios que são apresentados como universais e, assim, considerados dignos de serem aplicados, superando os limites das respectivas jurisdições e observando como eles vêm sendo interpretados nas jurisdições consideradas mais avançadas e, portanto, assumidas como fonte de inspiração.

6. Precedente e nomofilaquia

Para concluir, retornando aos confins pátrios, vale ainda a pena mencionar um problema de notável importância. Expresso de forma clara nas páginas de “*La Cassazione Civile*”, de 1920, Piero Calamandrei enfatizou que a função de nomofilaquia da Corte de Cassação deveria ter se desenvolvido em conexão com a função de garantir a uniformidade da jurisprudência, através da emanção de sentenças capazes não só de garantir a interpretação exata do direito, mas também de impor esta interpretação como cânones de decisões dos casos subsequentes.³⁰ Calamandrei sugeriu a ideia de que a Corte de Cassação, uma vez unificada, se tornasse aquilo que em termos modernos é chamada de “corte do precedente” e, em seguida, desenvolvesse as suas funções, e em particular aquela de nomofilaquia, através de decisões capazes de orientar a jurisprudência sucessiva. Ele antecipava, na verdade, aquela que é hoje a principal função das cortes supremas em muitos ordenamentos de *common law* e de

²⁹ Cfr. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, in 40 *Va. J. Int'l Law* 1999-2000, p. 1103 ss.; BAHDI, *Globalization of Judgment: Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts*, in 34 *Geo. Wash. Int'l Law Rev.* 2002-2003, p. 555 ss.

³⁰ Cf. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, vol. II, *Disegno generale dell'istituto*, in Id., *Opere giuridiche*, vol. II, Napoli 1976, p. 34, 92, 105.

civil law que é a de assegurar o controle de legitimidade, através da fixação de precedentes destinados a se projetarem como pontos de referência sobre as decisões dos outros juízes. Com fórmula sintética, pode-se falar de “nomofilaquia através do precedente” para indicar que a função típica de uma corte suprema é a de garantir o respeito uniforme à lei, através de decisões “generalizáveis” e projetadas para o futuro. Por ocasião da recente reforma dos procedimentos na Cassação, o legislador declarou querer fortalecer a função nomofilática da Corte,³¹ entretanto, partiu de uma noção de nomofilaquia que não só não corresponde àquela de Calamandrei, mas também se encontra em nítido contraste com as modalidades – agora mencionadas – com que as cortes supremas dos outros ordenamentos desenvolvem a mesma função. Está previsto, de fato, em várias disposições,³² que a Corte profira “ princípios de direito” em cada questão levantada, por qualquer motivo de recurso, e também quando não houver um recurso da parte, mas a pronúncia de um princípio de direito vier reivindicada “ no interesse da lei”. Estes “ princípios de direito” deveriam ser pronunciados com uma frequência, previsivelmente, muito maior do que no passado, ainda que na mesma sentença eles pudessem ser vários, se vários eram os motivos do recurso. Por um lado, portanto, não se faz nada para direcionar a Corte de Cassação para o papel de uma verdadeira e própria corte do precedente (o que exigiria, por exemplo, uma redução drástica no número de decisões, através de mecanismos adequados para a filtragem de recursos). Por outro lado, chama-se atenção para uma espécie de “nomofilaquia do caso concreto”, levando a Corte a pronunciar-se sobre uma infinidade de questões, independentemente de seu interesse ou da relevância geral delas,³³ e, então, independentemente da “universalidade” do critério de decisão que vem utilizado no caso singular. O que se persegue, na verdade, não é a indicação de regras destinadas a serem aplicadas pelos juízes sucessivos, mas a analítica especificação de “princípios” que na realidade não são princípios, sendo destinados a valer, essencialmente, para o único caso de tempos em tempos decidido. Nenhuma projeção para o futuro, portanto, mas apenas a analítica solução das questões levantadas no caso individual.

Desta forma, é muito pouco provável que a Corte de Cassação vá a tornar-se uma verdadeira “ corte do precedente”, alinhando-se com a tendência evolutiva que

³¹ Cfr. o Título I do d.lgs. n. 40 de 2006, intitulado “ Modificações ao Código de Processo Civil em matéria de processo de cassação em função monofilática” [No original: “ Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica”].

³² Cfr. os novos arts. 363 e 384. Sobre eles v. TARUFFO, *Una riforma*, cit., p. 764 ss., e SILVESTRI, in CARPI-TARUFFO, *op.cit.*, p. 1036 e p. 1065, também para posteriores indicações bibliográficas.

³³ A importância geral da questão que se trata de decidir é o critério de seleção dos casos que podem ser levados para o *Bundesgerichtshof* alemão: cfr. SONELLI, *L'accesso alla corte suprema e l'ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla cassazione civile in un'ottica comparatistica*, Torino 2001, p.86 ss.

caracteriza as cortes supremas dos outros ordenamentos. É, em vez disso, 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, então, sempre menos coerente e importante.

Os precedentes poderiam funcionar como as *estruturas dissipativas* das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem no interior do desordenado fluir do caos da jurisprudência.³⁴ Eles poderiam, de fato, constituir importantes fatores de racionalização, de uniformidade de tipo flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento, na incontrolável quantidade e variedade dos casos que vêm sendo decididos pelas cortes. Para que isso ocorra, porém, é necessário que eles não sejam mais um elemento de desordem e de variação casual ligada às especificidades dos casos concretos: é necessário que se trate de precedentes em sentido próprio, isto é, que apresentem as características distintivas de “raridade”, autoridade e universalidade em função das quais possam emergir do caos indistinto da praxe judiciária.

Como citar: TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Data de acesso.

³⁴ Sobre o conceito de “ estrutura dissipativa” no âmbito da teoria do caos cfr. PRIGOGINE, *Le leggi del caos*, trad. italiana, Bari 1993, p. 15 ss.; PORUSH, *Fictions as Dissipative Structures: Prigogine’s Theory and Postmodernism’s Roadshow*, in *Chaos and Order*. Complex Dynamics in Literature and Science, edited by N. K. Hayles, Chicago-London 1991, p. 56 ss.