



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

Os precedentes judiciais entre "obrigatoriedade" e "poder persuasivo": notas comparativas e reflexões sobre o novo CPC brasileiro e sua "súmula vinculante"^(*)^(**)

Judicial precedents between "binding"
and "persuasive power": comparative notes
and reflections about the new Brazilian Code
of Civil Procedure and its "súmula vinculante"

Marino Marinelli

Professor of Civil Procedure at the University of Padova

(*) O escrito reproduz substancialmente, com adição das notas, o texto do relatório desenvolvido na conferência internacional de estudos "*Novas tendências do direito processual*", realizada em Curitiba (Paraná, Brasil), nos dias 19 e 20 de setembro de 2019, sob iniciativa e impulso dos amigos e colegas Antonio Cabral, Teresa Arruda Alvim e Sérgio Arenhart. O trabalho é dedicado à memória do professor Nicola Picardi, grande processualista italiano, que ao Brasil e, em particular, a Curitiba, era vinculado não só cientificamente, mas também no plano afetivo (Giovanni Picardi, o pai de Nicola, tinha cidadania brasileira: era nascido no estado do Paraná onde, especificamente em Curitiba, sua capital, viveram três gerações dos Picardi).

(**) Texto original traduzido por Fabiano da Rosa Tesolin.

Resumo: Neste texto, o autor faz uma comparação entre vários países no que diz respeito à autoridade dos precedentes judiciais. Entre esses países, também existem os de *common law*. Suas conclusões são no sentido de que, embora existam muitos pontos em comum o modo de pensar de um jurista de *civil law* sempre será muito diferente do de um jurista de *common law*.

Palavras-chave: *Stare decisis* – Precedente obrigatório – Precedente persuasivo – súmula vinculante – Jurisprudência vinculante – *Common law* – *Civil law*.

Abstract: In this text the writer makes a comparison between innumerable countries about the authority of judicial precedents. Between those countries, there are also those of *common law*. His conclusions are that, even if there are many common points, the way of thinking of a jurist of *civil law* will always be different of a jurist from the *common law*.

Keywords: *Stare decisis* – Binding precedent – Persuasive precedente – Súmula vinculante – Binding jurisprudence – *Common law* – *Civil law*

Sumário: 1. Premissa. - 2. A distinção entre precedente “vinculante” e “persuasivo” como uma das características fundamentais distintivas da *summa divisio* entre sistemas de *common law* e sistemas de *civil law*. - 3. Um *overview* sucinto (e fatalmente incompleto): os sistemas de *common law*. - 4 (continua). Os sistemas de *civil law*: Itália, França e ordenamentos da Europa Central. - 4.1 (continua). Espanha, Hungria e Bulgária como sistemas com “jurisprudência vinculante”. - 4.2 (continua). Um olhar sobre alguns ordenamentos da América Latina (Brasil, Chile, Colômbia, México e Venezuela). - 5. Conclusões: relatividade da distinção entre precedente “vinculante” e “persuasivo” e persistência de dois diversos modos de tratar o “precedente” judiciário (um “empírico-fatual”, outro “jurídico-normativo”). - 6 (continua). Observações posteriores e conclusivas.

1. Qualquer estudo – mesmo que de direito interno – a respeito de precedente judicial não pode eivar-se de se medir com sua dimensão estritamente comparatista. E, de resto, que a investigação comparatista seja inerente ao precedente – a não dizer algo mais – confirma-se plenamente na circunstância de que todos as contribuições mais autorizadas (recentes e menos recentes) sobre o tema, fizeram (e fazem) sempre referência aos estudos de direito comparado⁽¹⁾.

Na verdade, foi a própria pesquisa comparatista que – há algum tempo – chegou (se não a considerar inaceitáveis ou mesmo inúteis) a relativizar algumas tradicionais

(1) As referências à literatura poderiam ser mais amplas: limito-me aqui – na doutrina italiana – à recente monografia de Passanante, *Il precedente impossibile (contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile)*, Torino, 2019, especialmente 195 ss.

contraposições na matéria, mostrando que, sob esses rótulos (de certo modo, apaziguadores), esconde-se uma realidade bem mais completa e irregular⁽²⁾, que – se assim posso dizer – está em contínuo movimento, como testemunha também o amplo, intenso e (por vezes) sofrido debate que, na doutrina e jurisprudência brasileiras, acompanhou a introdução, no novo Código de Processo Civil de 2015, de normas sobre a obrigatoriedade do precedente judiciário e das “súmulas” (ou “máximas”) dos juízes supremos⁽³⁾.

Uma realidade que essa mesma expressão “precedente” – por si só – não está provavelmente em condições de explicar e abranger em sua absoluta totalidade. E, sobretudo quando se leem algumas recentes investigações sobre o tema⁽⁴⁾, surge a suspeita de que, por diversas partes, tenha-se tido a pretensão de chamar com o mesmo nome fenômenos que, ao invés disso, são diversos entre si (tanto que, a esse propósito, já se deveria talvez pensar em um diverso arcabouço semântico e conceitual).

2. Uma das tradicionais contraposições, às quais frequentemente se recorre para distinguir os vários tipos de precedentes, é a distinção entre precedente “vinculante” ou também “obrigatório” (horizontal e/ou vertical, dependendo se a obediência ao precedente refere-se ao mesmo juiz que proferiu a decisão ou a juiz inferior) e precedente “persuasivo” ou “de fato”⁽⁵⁾.

É sabido que, com essa dicotomia, refere-se a uma ou mais decisões judiciais anteriores, consideradas em seu próprio valor (mais ou menos estritamente) cogente ou puramente indicativo⁽⁶⁾ na comparação com um processo posterior que trate da mesma questão ou – mais frequentemente – sobre questão similar, que torne útil um cotejo (processo pendente atribuído ao mesmo juiz ou a um de competência inferior).

-
- (2) V. as conclusões e referências feitas por Taruffo, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 110 e ss., (estudo publicado também com o título *Note sul precedente giudiziale*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, organizado por Carleo, Bologna, 2018, 105 ss.).
- (3) V. por todos (nas revistas jurídicas em língua italiana), Lucon, *Il sistema dei precedenti nel c.p.c. brasiliano del 2015*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 271 ss., também Mitidiero, *Corti supreme, precedenti e giurisprudenza nel nuovo c.p.c. brasiliano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1009 ss., e suas posteriores referências de literatura brasileira (em especial os escritos de Marinoni). Em minha opinião, entretanto, permanece fundamental a pesquisa (diacrônica e sincrônica) de J. R. Tucci, *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, São Paulo, 2004.
- (4) V., na doutrina italiana, o já citado volume organizado por Carleo, *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti* (com contribuição de Legnini, Irti, Canzio, De Felice, pela mesma Carleo, também de Mottura, Guastini, Rordorf, Taruffo, Alpa, Anelli, Cavallone, Consolo, Di Porto, Gambaro, Vaccarella, Bichi, Covelli, Curzio, Patroni Griffi e Proto Pisani), também Passanante, *Il precedente impossibile* cit., especialmente 100 ss. e 185 ss.; na literatura brasileira, v. Tucci, *Precedente Judicial* cit., especialmente 170 ss.
- (5) Sobre a qual, v. por todos – na doutrina italiana – o clássico trabalho de V. Marinelli, entrada “*Precedente giudiziario*”, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 2002, § 5 e, na literatura anglo-americana, Schauer, *Precedent*, in *Stanf. Law Review*, 1987, 571 ss.
- (6) Sobre os diversos graus de intensidade dos precedentes judiciais (sejam “vinculantes” ou “persuasivos”), v. Schauer, *Precedent*, cit., 592-593 e mais recentemente, com riqueza de análise e referências, Arruda Alvim, *Modulação (Na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes)*, São Paulo, 2019, § 5.1.

Trata-se de uma distinção que, tradicionalmente, subentende e implica, no ponto, também uma contraposição entre os sistemas de *common law* e *civil law*. E, de fato, ainda hoje é difundida a afirmação de que, nos ordenamentos de *common law*, vigora a regra do precedente vinculante, ao passo que, naqueles ordenamentos de *civil law*, o precedente tem natureza meramente persuasiva⁽⁷⁾.

Contudo, parece-me que a análise comparatista evidencia como essa distinção deva ser aceita *cum grano salis*, sob o risco de revelar-se enganosa (por sinal, sob mais de um aspecto).

3. Se olharmos aos ordenamentos de *common law*, fica claro que o ordenamento inglês, que – como é sabido – é o “berço” do precedente e da doutrina do “*stare decisis*”, é aquele no qual, ainda hoje, o princípio do poder vinculante do precedente é aplicado com mais intensidade. E, todavia, (digo algo talvez conhecido por todos) nem mesmo lá a obrigatoriedade do precedente – que não nasceu com o *common law*, mas foi introduzida pela *House of Lords* somente na segunda metade dos anos 1800 com as famosas sentenças “*Beamish*”⁽⁸⁾ e “*London Tramways Company*”⁽⁹⁾ – tem valor absoluto.

De fato, com o célebre *Practice Statement* de 1966⁽¹⁰⁾, a *House of Lords* estabeleceu formalmente não estar vinculada mais aos próprios precedentes (em outubro de 2009, a *House of Lords* foi sucedida pela *Supreme Court for the United Kingdom* que, entretanto – por sua própria declaração – atua da mesma forma também com relação ao respeito aos precedentes)⁽¹¹⁾. Mas deve-se destacar que, concretamente, a mesma *House of Lords* usou com parcimônia esse poder denominado de “*overruling*”: são pouco mais de uma dúzia de casos nos quais – de 1966 em diante – o supremo juiz inglês modificou os próprios precedentes⁽¹²⁾.

Aqui, no entanto, a superação do vínculo ao precedente restringe-se somente à Corte Suprema (ou seja, para usar uma difundida distinção, só o precedente “horizontal”). De fato, a própria *House of Lords* – ao sancionar, com o *Practice Statement*, o abandono

(7) Também aqui, as referências poderiam ser ampliadas: v. Por todos – dentro da literatura comparativa – Peczenik, *The Binding Force of Precedent*, in *Interpreting Precedents*, organizado por MacCormick e Summers, London-New York, 1997, 461 ss., especialmente 463-464; na literatura jurídica italiana, v., também para posterior referência, Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 230 ss., também Rordorf, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, cit., 89 ss., especialmente 93 ss.

(8) [1861], IX H.L.C., 274, especialmente 338-339; v. *amplius*, Murphy-Rueter, *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*, Oxford, 1981, 3 ss. E a relevância que, antes de tal decisão, mesmo na Inglaterra os precedentes judiciais tinham valor meramente persuasivo.

10 A força vinculativa do precedente introduzida com as sentenças “*Beamish*” e “*London Tramways Company*” foi então confirmada pela própria *House of Lords* no caso “*Admiralty Commissioners v. Valverda*” del 1938: v. Murphy-Rueter, *Stare Decisis* cit., 5.

(10) *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966], 1 W.L.R. 1234 (*Westlaw*). A questão que velava ao fundo do *Practice Statement* – que tramitou na *House of Lords* nos casos “*London Transport Executive v. Betts*” del 1959 e “*Myers v. Director of Public Prosecutions*” del 1965 – era “*if a fundamental principle should prevail over precedent*” (v. por todos, Murphy-Rueter, *Stare Decisis* cit., 6-7).

(11) V. Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 194-195 nota 23 ao final, e aí a referência à observação da própria *Supreme Court* com a sentença “*Austin v. Southwark London Borough Council*” de 2010.

(12) V., pelas referências apropriadas, Murphy-Rueter, *Stare Decisis* cit., 6-7.

da vinculação ao precedente "horizontal" – logo teve o cuidado de especificar: *"This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House"*⁽¹³⁾. Permaneceu, assim, inabalado a vinculação, para todas as outras cortes inferiores, aos precedentes das cortes superiores e, no caso da *Court of Appeal* londrina (que tem, como é sabido, uma competência extensa e relevante), também aos próprios precedentes, (salvo – embora limitadíssimas – exceções listadas na célebre sentença *"Young v. Bristol Aeroplane Company"* de 1944)⁽¹⁴⁾.

Em suma, o modelo inglês – para usar as palavras de um hábil comparatista como Peczenik⁽¹⁵⁾ – *"is the strictest form of precedent: formally binding and with few possibilities for departure"*.

O acima observado, entretanto, não deve levar a crer que em todos os ordenamentos de *common law* – "derivados" de muitos modos daquele inglês – os precedentes judiciais funcionem da mesma forma e, sobretudo, sejam dotados (quantitativa e qualitativamente) da mesma força vinculante.

Mais particularmente, se analisarmos o caso dos Estados Unidos da América, é um fato dado pela literatura comparatista que aqui não há um sistema de precedentes paralelo ao inglês, pelo menos no sentido de que os precedentes absolutamente obrigatórios não existem. Observava isso com clareza, na Itália (mesmo ao final dos Anos 30 do século passado), Micheli em um estudo breve mas profundo⁽¹⁶⁾ e o confirmou – cinquenta anos depois – Mattei com suas pesquisas sobre o valor do precedente judiciário nos Estados Unidos⁽¹⁷⁾.

Ademais, são os próprios estudiosos norte-americanos que advertem que nos EUA, diversamente do sistema inglês, os juízes (especialmente a Suprema Corte e – mais em geral – as cortes superiores) aplicam os precedentes com notável discricionariedade e flexibilidade⁽¹⁸⁾ e que (malgrado o *Practice Statement* aprovado em 1966 pela *House of Lords*) *há razões para entender que a regra do "stare decisis" continue a ser observada com maior rigor por parte dos juízes ingleses que dos estadunidenses*⁽¹⁹⁾.

(13) *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966], 1 *W.L.R.* 1234 cit.

(14) [1944], 1 *K.B.* 718: v. *amplius*, Murphy-Rueter, *Stare Decisis* cit., 15 ss. e 43 ss. E também a referência à importante sentença *"Farrel v. Alexander"* del 1976.

(15) Peczenik, *The Binding Force of Precedent*, cit., 463.

(16) V. Micheli, *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto. "Case law" e "stare decisis"*, Pavia, 1938, especialmente 54-55.

(17) V. Mattei, *Stare decisis: il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, especialmente 299 ss. e 309 ss.; sobre essa abordagem também se encaminha a discussão comparativa de Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 198 ss.

(18) V. por todos, Spriggs, II-Hansford, *The U.S. Supreme Court's Incorporation and Interpretation of Precedent*, in *Law & Society Review*, 2002, 139 ss., especialmente 154-155 e aí a relevância de que as cortes americanas (não só a Suprema) tendem a desvincular-se do precedente *"when they consider it outdated, if it produces undesirable results or if it is based on poor legal reasoning"*

(19) Isso, por diversos motivos (que são contudo bem conhecidos): v. *amplius*, na própria literatura inglesa, Cross & Harris, *Precedent in English Law*, Oxford, 2004, especialmente 19 ss., que a esse respeito acentuam a multiplicidade das jurisdições típica do sistema americano e então, sobre o fato de que nos EUA a Suprema Corte desenvolve não só um controle de constitucionalidade em razão de uma constituição escrita, mas

Se, então, se observam alguns entre os mais importantes ordenamentos da *Commonwealth* (Canadá, Austrália, Nova Zelândia⁽²⁰⁾ e Cingapura⁽²¹⁾), pode-se dizer, com boas razões, que – obviamente tomadas em considerações as especificidades de cada sistema – a regra do precedente vinculante seja sim aplicada na dimensão “vertical”, mas seja completamente superada em sua dimensão “horizontal”. Isso também em virtude e ao término de um mais ou menos gradual processo de superação do vínculo aos precedentes judiciais da mãe-pátria inglesa. Processo no qual se insere a abolição da possibilidade, há um tempo prevista em tais sistemas, de recorrer-se àquele peculiar juiz de (extraordinária e) última instância que era (e ainda é agora para alguns países da *Commonwealth*) o *Judicial Committee* do *Privy Council* inglês.

Heterogêneo é também o quadro oferecido pelo exame de algumas das assim ditas “*mixed jurisdictions*”, isto é, de jurisdições pertencentes a sistemas de normas qualificadas como “híbridas”, já que influenciadas seja pelo *common law* seja pelo *civil law*.

Do que me consta, por exemplo, na Escócia, o precedente surge substancialmente dotado da mesma (notável) força vinculante que tem – quantitativamente e qualitativamente – no ordenamento inglês⁽²²⁾. O mesmo se verifica na África do Sul, cujo direito – sustenta-se – evidencia, também neste específico aspecto, uma profunda e inegável “*infusion of English law*”⁽²³⁾.

Ao invés disso, na Louisiana⁽²⁴⁾ e em Quebec⁽²⁵⁾, a doutrina do “*stare decisis*” não é considerada aplicável (a despeito da presença de algumas “*dissenting opinion*”)⁽²⁶⁾: aos precedentes judiciais é principalmente assegurado um valor puramente indicativo⁽²⁷⁾.

nesse aspecto “*the term of that document are governing factor and the case-law on the meaning of those terms is only a secondary consideration*” (assim, Cross & Harris, *Op cit.*, 20). V. também os apontamentos de Garvey Algero, *The Sources of Law and The Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation*, in *Louisiana Law Review*, 2005, 139 ss., especialmente 154-155.

- (20) V. – também pelas apropriadas referências jurisprudenciais – Murphy-Rueter, *Stare Decisis cit.*, 19 ss., especialmente 19-20, 22, 24, 55, 57-58, 66.
- (21) V. – também para referências posteriores – K.B. Tan, *Law and Values in Governance: The Singaporean Way*, in *Hong Kong Law Journal*, 2000, 91 ss., especialmente 96, ainda *Id.*, *We v I: Communitarism Legalism in Singapore*, in *Australian Journal of Asian Law*, 2002, 1 ss., especialmente 23 ss.
- (22) V. – também para referências posteriores – Walker, *Judicial Decisions and Doctrine in Scots Law*, in *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*, organizado por Dainow, Baton Rouge, 1974, 202 ss., especialmente 209-211.
- (23) Nesses termos, Kahn, *The Role of Doctrine and Judicial Decisions in South African Law* (no excelente volume organizado por Dainow citado *supra* na nota. 22), 224 ss., especialmente 236.
- (24) V. Venturatos Lorio, *The Louisiana Civil Law Tradition: Archaic or Prophetic in the Twenty-First Century?*, in *Louisiana Law Review*, 2002, 1 ss., e referências posteriores.
- (25) V. – também para referências posteriores – Valcke, *Quebec Civil Law and Canadian Federalism*, in *Yale Journal of International Law*, 1996, 67 ss., especialmente 84 ss.
- (26) Como aquela de J.L. Baudouin, *The Impact of the Common Law on the Civilian Systems of Louisiana and Quebec*, in *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions*, cit., 1 ss., com a qual, em boa medida, as cortes da Louisiana e de Quebec tratariam os precedentes judiciais com a mesma *forma mentis* dos *common lawyers*.
- (27) Para a análise das razões que levam esses sistemas jurídicos (especialmente o da Louisiana) a decifrar no precedente judicial uma “*persuasive source of law*”, remeto às considerações de Barham, *A Renaissance*

4. Voltando a atenção, agora, aos ordenamentos de *civil law*, em princípio, na minha opinião pode-se dizer sem dúvida correta a afirmação de que o precedente judicial não tem eficácia vinculante.

Todavia, aqui também é preciso cuidado ao tomar, precipitadamente, conclusões indevida e exasperadamente generalizadas⁽²⁸⁾.

Vejamos, antes de mais nada, a Itália, a França e os ordenamentos da Europa Central (Alemanha, Áustria e Suíça).

Seguramente, trata-se de sistemas com *backgrounds* histórico-culturais – em relação à posição e função do juiz – são diferentes entre si.

Parte-se do modelo francês do juiz “à la Montesquieu” (juiz com “*être inanimé*” e “*bouche de la loi*”)⁽²⁹⁾ à peculiar compreensão – por muitos motivos declaradamente oposta^(29bis) – do papel do juiz própria da cultura jurídica alemã. Juiz ao qual – também em virtude do notável influxo da escola do direito livre e da jurisprudência dos interesses – deviam reconhecer a autonomia e a dignidade própria de um soberano (“*Richterkönigtum*”, segundo a fórmula – ainda que quase intraduzível – cara a Ernst Fuchs)⁽³⁰⁾; um sujeito chamado a decidir com plena consciência do valor e da função social própria de toda disposição normativa à qual se atribuía, em casos extremos, inclusive o poder de decidir *contra legem*⁽³¹⁾.

Mais ainda: tenha-se em mente a visão de Franz Klein – que permeia a legislação processual austríaca – do processo civil como “instrumento para a educação e para o bem estar social” que tem no juiz (e em sua “*materielle Prozeßleitung*”) o motor fundamental⁽³²⁾, bem como o célebre art. 1 do Código Civil Suíço, o qual, dispondo

of the Civilian Tradition in Louisiana, in The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions, cit., 38 ss., especialmente 49.

- (28) Por último, evidencia-o Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 201-202, que, por sua vez, utiliza uma observação de Picardi, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 201 ss., especialmente 203.
- (29) Ideia bem refletida no lema do professor Joseph Bugnet, feito orgulhosamente pelos exegetas do *Code civil*: “*Je ne connais pas le droit civil, j’enseigne le Code Napoléon!*” (v. por todos, Bonnecase, *La pensée juridique française*, Paris, I, 1933, 292 e 524 ss.).
- (29bis) V. *amplius*, a bela monografia de Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., 1986, especialmente 191 ss. e outras referências.
- (30) V. Fuchs, *Schreibjustiz und Richterkönigtum. Ein Mahnruf zur Schul- und Justizreform*, Leipzig, 1907, *passim* especialmente 109 ss.
- (31) V. Kantorowickz (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906 (rist. Baden-Baden, 2002), 38 ss. e 46 ss. e também Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903 (rist. 1973), 21 ss. Como já se observou no texto, a teoria do “*Richterkönigtum*” colocava-se em direta e polêmica contraposição ao modelo francês do “juiz boca da lei”, considerado uma “máquina de sentenciar”, “um operador autômato que segue leis mecanicistas” (v. por todos, Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, 4 ss., também Fuchs, *Verhältnis der Freirechtslehre zum deutschen und ausländischen Rechtsdenken*, in *Die Justiz*, 1925/1926, 349 ss.).
- (32) Remeta-se a *Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins*, organizado por Marinelli, Bajons e Böhm, Wien, 2015, pp. 1-394 (com contribuição dos três organizadores e de Azizi, Nörr, Consolo, Chizzini, Leipold, Trocker, König, Konecny, Brauner, Schurr, Nogler e Picardi).

que o juiz – quando faltar uma norma de direito escrito ou costumeiro – decide o caso concreto “em virtude da regra que ele instituiria se fosse o legislador”, codifica o imperativo categórico da razão prática de Kant⁽³³⁾.

Todavia, parece-me que – de relance – possa-se dizer sem dúvida que, nesses sistemas, a jurisprudência, já tendo há algum tempo um peso indubitavelmente mais relevante na interpretação também “criativa” das disposições da lei (basta que se pense, por exemplo, sobre a “concretização” judicial das ditas “cláusulas gerais”, como aquela sobre boa-fé)⁽³⁴⁾ não implica propriamente um vínculo aos juízes sucessivos⁽³⁵⁾.

Ademais, mesmo nesses sistemas às vezes registram-se, entre os estudiosos e/ou na jurisprudência, posições no sentido de reconhecer uma eficácia estritamente vinculante aos precedentes judiciais (especialmente àqueles das cortes superiores)⁽³⁶⁾.

Trata-se de posições, contudo, que permanecem isoladas (de qualquer forma, minoritárias)^(36bis) nas quais – parece-me – algumas vezes o “*credo quod cupio*” ou o “*wishful thinking*” assume o controle, assim acaba forçando de maneira excessiva e indevida os dados (antes de tudo aqueles juspositivos) presentes nesses sistemas, que não oferecem (ainda) elementos suficientemente seguros para atribuir uma força propriamente “vinculante” ao precedente judicial.

Além disso, o fato de que esses sistemas – aplicando a dicotomia “precedente vinculante/precedente persuasivo” – confluam *en bloc* para o “contingente” do precedente persuasivo não deve induzir a reflexões muito simplistas ou levianas.

Nesses ordenamentos, (como, de resto, em muitos outros nos quais ao precedente judicial é atribuída somente uma força orientadora) não se pode afastar “ingenuamente”

(33) Já o notava, com a sabida e inigualável fineza, Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925, 160-161, e também a relevância que o poder discricionário do juiz – sobre cuja base é fixada essa regra – assume apenas em referência a determinado caso concreto: o juiz substitui-se ao legislador apenas “hipoteticamente”, não lhe é assegurada nenhuma função legislativa.

(34) Fenômeno relevantíssimo sobretudo no ordenamento alemão: v. por todos, Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, Tübingen, 2005, especialmente 102 ss., 126 ss. e 138 ss., e posteriores referências; v., a tal propósito, também as páginas dedicadas à “*transformation of the German law as a case-law revolution*”, no belo livro de Dawson, *The Oracles of the Law*, Westport-Connecticut, 1968 (rist. 1978), 432 ss., especialmente 461 ss.

(35) Isso vale também para o ordenamento suíço, no qual a regra fixada pelo juiz com base no art. 1º do Código Civil nunca assume a abrangência de norma geral, mas é somente um “elemento da sentença”, que, por si só, não é idôneo para adquirir força de coisa julgada: v. em tal sentido, Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., pag. 161, e as referências às opiniões de Wach e Somló.

(36) V., por uma resenha rápida, Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 201 ss., também – com relação específica à jurisprudência administrativa italiana – De Siano, *Precedente giudiziario – Il principio di diritto espresso dall’Adunanza Plenaria quale norma giuridica*, in *Giur. it.*, 2018, 7, 1687 ss.

(36bis) Como, por exemplo, na Alemanha as teses de Kriele e Alexi que atribuíam ao precedente uma “força vinculativa presuntiva”, ou seja uma perturbação do ônus de demonstrar sobre quem – daquele precedente – pretenderia distanciar-se (v. *amplius*, a reconstrução de Sartor, *Il precedente giudiziale*, in *Contr. Imp.*, 1996, 234 ss., especialmente 267 ss.).

da jurisprudência formada, especialmente daquela da corte suprema⁽³⁷⁾. O juiz que – sobre uma ou mais questões específicas – distancie-se sobretudo da orientação da própria Suprema Corte obriga-se a motivar o ato (mais ou menos vigiado), devendo ilustrar as razões que o levaram a afastar-se dessa jurisprudência. E tal distanciamento, se considerada incongruente ou indevida, mesmo que não seja considerado para efeitos de uma medida prevista nos regramentos *ad hoc* (como, ao contrário, ocorre com a “reclamação” nos termos do art. 988 do novo Código de Processo Civil brasileiro)⁽³⁸⁾, constitui motivo de censura da decisão, eficazmente dedutível em sede de recurso^(38bis).

De fato, na Itália (depois das reformas do CPC de 2006 e 2016), muitas vezes ocorre que a Suprema Corte se, durante o exame das preliminares do *ricorso in cassazione*, entende que a decisão impugnada – com relação a uma ou mais questões específicas de direito – tenha patente e incongruentemente violado a própria jurisprudência, decide com procedimento acelerado e simplificado, previsto no art. 380-*bis* do CPC italiano, em casos de “manifesta razão” do recurso⁽³⁹⁾.

Nesses sistemas, além disso, na jurisprudência das respectivas Cortes Supremas, é frequente a afirmação de que até mesmo o juiz supremo, embora não vinculado aos próprios precedentes, quando tiver de desviar-se deles em virtude de razões (se não graves, ao menos fortes), tem o dever de justificar.^(39bis) E, aliás, quem estudou, conhecendo a relativa e complexa língua, alguns ordenamentos do Extremo Oriente, como Japão⁽⁴⁰⁾, Coreia do Sul⁽⁴¹⁾ e Taiwan⁽⁴²⁾ – do que pude constatar – descreve, no ponto de precedente judicial, um panorama muito similar ao dos sistemas euro-continentais.

E ainda: nesses mesmos sistemas, às vezes, é o mesmo legislador que intervém – se posso assim dizer – para “fortalecer” a persuasão da jurisprudência da própria Suprema Corte. E isso em duas diversas direções: seja em referência ao mesmo juiz supremo seja com relação às partes do processo.

(37) V. por todos, Curzio, *Il giudice e il precedente*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, cit., 239 ss., com considerações que estão bem ligadas aos sistemas com precedente judicial dito “persuasivo”.

(38) V. por todos, Arruda Alvim, *Modulação* cit., § 5.2, e referências posteriores.

(38bis) Já o evidenciava Picardi, *Appunti sul precedente* cit., 206-207. E, de resto, isso emerge claramente do interessante e útil *report* dell’Ufficio Relazioni Internazionali della Cassazione Italiana (v. *Questionario sul “precedente giudiziario”*, organizado por Corbo e Grasso, Roma, 2018, pp. 1-65).

(39) V. De Cristofaro, *Art. 380-bis*, in *C.p.c. Commentario*, diretto da Consolo, Tomo II, Milano (VI ed.), 1718 ss., com ampla indicação de literatura.

(39bis) V. – também para referências jurisprudenciais apropriadas – Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 240-241.

(40) V. Itoh, *The Role of Precedent at Japan’s Supreme Court*, in *Washington University Law Review*, 2011, 1631 ss., especialmente 1632 e 1640.

(41) V. de Santa Cruz Oliveira-Garoupa, *Stare Decisis and Certiorari arrive to Brazil: A Comparative Law and Economics Approach*, in *Emory International Law Review*, 2012, 555 ss., especialmente 580.

(42) V. de Santa Cruz Oliveira-Garoupa, *Op. ult. cit.*, 579-580.

Por exemplo, no sistema italiano, o art. 374, III, do CPC – reformado em 2006 – prevê que, se uma seção simples da Corte de Cassação não compartilha uma interpretação (“princípio de direito”) sobre determinada questão, estabelecida pela própria Corte de Cassação em Sessão Reunida (ou seja, em sua composição mais importante), não pode decidir em discrepância (assim “rebelando-se” contra seu *Plenum*), devendo reenviar tal questão àquela Seção Reunida ⁽⁴³⁾.

Um mecanismo semelhante é previsto, também na Itália, pelo art. 99, III, do Código de Processo Administrativo de 2010 também pelos “princípios de direito” enunciados, no processo administrativo, para o *Plenum* do respectivo juiz supremo, ou seja a *Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, com o intuito de dirimir a controvérsia jurisprudencial ou então “em face da presença de questões principiológicas de particular importância” ⁽⁴⁴⁾. E mais: um mecanismo similar – ao menos para a opinião prevalente – funciona também para os “precedentes” (isto é, para as sentenças interpretativas em matéria de “questões prejudiciais”) da Corte de Justiça da União Europeia. O juiz do Estado-parte da UE que se depara com uma questão de direito europeu a respeito do qual já existe um precedente “interpretativo” da Corte de Justiça Europeia, ou simplesmente se atém ao precedente, ou, se não concorda com ele ou se está em dúvida quanto a tal obediência, envia novamente a questão à Corte de Justiça ⁽⁴⁵⁾.

E, sempre na Itália, o art. 360-*bis*, n. 1, do CPC, fruto da reforma de 2009, atribui à “jurisprudência” da Suprema Corte uma função de “barramento” dos recursos de cassação, dispondo que o recurso é declarado inadmissível quando a decisão impugnada resolveu questões de direito de modo conforme à jurisprudência da Cassação e a irrisignação proposta não oferece elementos para reformar essa jurisprudência. ⁽⁴⁶⁾. E ainda em tal caso, frequentemente ocorre que a Suprema Corte se, durante o exame preliminar do recurso de cassação, considerar incidir o art. 360-*bis*, n. 1, do CPC, decida no procedimento acelerado e simplificado, previsto no art. 380-*bis*, do CPC, nos casos de “manifesta inadmissibilidade” do recurso.

(43) E isso também se tal norma não tem uma formulação desejável, tanto é que, a respeito dele, na doutrina italiana houve grande debate (também porque não se esclarece o que acontece se o órgão fracionário – que não compartilha o precedente ou os precedentes do órgão reunido – não encaminhar a questão ao *Plenum*, decidindo então em disparidade): v., para uma revisão das diversas posições a esse respeito, Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 232 ss.

(44) Evidencia-o, L. P. Comoglio, *Riflessioni su rule of law e “precedente” giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, § 5 (texto e nota 80).

(45) A respeito do dito “precedente comunitário”, v. *amplius*, Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 218 ss., também para referências posteriores (também a tese, apesar de minoritária, de matriz francesa, segundo a qual a sentença interpretativa da Corte de Justiça teria a “*autorité de la chose interprétée*”, incorporando-se na disposição interpretada e adquirindo assim uma verdadeira e própria eficácia normativa vinculante para todos os juízes da União Europeia).

(46) V. por todos, De Cristofaro, *Art. 360-bis*, in *C.p.c. Commentario*, diretto da Consolo, Tomo II, cit., 1523 ss., também para referências posteriores (e literatura); mas v., também e sobretudo, as observações (*more solito* penetrantes) de Consolo, *Il valore del precedente fra interpretazione giuridica e scandaglio del fatto del caso concreto*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, cit., 161 ss., especialmente 163.

Estamos, portanto, na presença de um “filtro de barreira” da impugnação em último grau – frequentemente usado para “cortar caminho” substancialmente *in limine* sobre as questões (também e, sobretudo, “repetitivas”), sobre as quais a Suprema Corte já formou uma orientação (mais ou menos) consolidada – que é semelhante (ainda que menos severa e com operabilidade mais restrita) àquela prevista nos arts. 332, 927 e 932 IV do novo CPC brasileiro^(46bis), em favor das decisões fixadas em matéria de “demandas repetitivas” ou “recursos extraordinário e especial repetitivos”⁽⁴⁷⁾.

4.1. Por outro lado, permanecendo sempre no continente europeu, estudos recentes comparatistas⁽⁴⁸⁾ evidenciam como há alguns ordenamentos (precisamente: Espanha, Bulgária e Hungria) menos conhecidos e estudados, mas ainda assim ligados à tradição da *civil law*, nos quais vige disposição (inclusive) legislativa, que sob determinadas condições, estabelece a obrigatoriedade (sobretudo para os juízes inferiores) de alguns pronunciamentos (especialmente aqueles decorrentes do juiz supremo).

Na Espanha – que também (a exemplo de Portugal) é um sistema no qual, em regra, os juízes inferiores são livres para distanciar-se das decisões do *Tribunal Supremo* (conforme reiterado pelo mesmo *Tribunal Constitucional*)⁽⁴⁹⁾ – o art. 493 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 dispõe, todavia, que certos pronunciamentos do *Tribunal Supremo*, proferidos em sede de “*Recurso en interés de la ley*” (que, aqui, – diferentemente do art. 363 do CPC italiano sobre recuso no interesse da lei ao tribunal supremo – não pode ser proposto pelas partes, mas somente pelo Ministério Público ou por sujeito institucional específico, como a Defensoria Pública), uma vez publicados no *Boletín Oficial del Estado*, vinculam todas as cortes (com exceção do juiz supremo).

Trata-se, precisamente, das sentenças com as quais o *Tribunal Supremo* – sem adentrar concretamente na controvérsia decidida (e, assim, sobre o julgado que a define e regula) – resolve uma controvérsia surgida entre os *Tribunales Superiores de Justicia* em matéria de *recurso extraordinario por infracción procesal*, a respeito da interpretação de uma única regra processual (civil e penal)⁽⁵⁰⁾.

Quanto à Hungria, o art. 25 (III) da Carta Fundamental (aprovada pelo Parlamento de Budapeste em 19 de abril de 2011 e em vigor desde 1º de janeiro de 2012) dispõe expressamente que a Corte Suprema “assegura a uniformidade da aplicação judicial do direito e as suas decisões são vinculantes a todas as cortes inferiores”⁽⁵¹⁾.

(46bis) Quem acolhesse as teses – minoritárias na Alemanha – de Kriele e Alexi (v. acima, nota 36bis), pensaria aqui em precedente (ou melhor: jurisprudência) “presumidamente” vinculante.

(47) No Brasil, de fato, o “filtro de barramento” opera em qualquer grau e não somente nas fases derradeiras (ainda que, em primeiro grau, limitadamente nas causas que se possam decidir sem se imiscuir nos meios de prova): v. *amplius* – para uma análise da matéria – Lucon, *Il sistema dei precedenti* cit., § 4.

(48) V. por último, na doutrina italiana, Passanante, *il precedente impossibile* cit., 212 ss.

(49) V. por todos, Ruiz Miguel-Laporta, *Precedent in Spain*, in *Interpreting Precedents*, cit., 259 ss., especialmente 269.

(50) Reconhece-o Passanante, *Op. ult cit.*, 213.

(51) V. Tajti (Thaythy), *Diritto italiano in Ungheria (1861-2018)*, in *Dig. Disc. priv.*, XI (*Aggiornamento*), Torino, 2018, 183 ss., especialmente 186, que recorda também que, até o fim da Segunda Guerra Mundial, as

A Bulgária, no ponto, ainda apresenta um profundo traço da tradição jurídica da União Soviética, onde os “esclarecimentos diretivos” do Pleno da Suprema Corte tinham valor vinculante para todos os juízes inferiores. De fato, os arts. 130 e 131 da lei búlgara sobre organização judiciária de 7 de agosto de 2007 dispõem que, defronte um interpretação ou aplicação errada da lei, e, em particular, na presença de divergência jurisprudência, intervenha o Pleno da Suprema Corte de Cassação ou da Suprema Corte administrativa, a fim de resolver o dissídio mediante uma sentença interpretativa ou, quando se trata de juízos de composição “mista” (porque formados por magistrados ordinários e magistrados administrativos), mediante um “decreto interpretativo”. Essas providências são expressamente definidas pela lei como “vinculantes para todas as autoridades judiciárias e administrativas” (e são publicadas nos diários oficiais das respectivas cortes supremas)⁽⁵²⁾.

4.2. Se, então, olharmos – ainda que rapidamente e sem pretensão de esgotamento – para a América Latina cujos ordenamentos, como sabido, são tradicionalmente lastreados no sistema do *civil law*, o quadro apresenta-se complexo e variado.

Por um lado, encontram-se sistemas nos quais o precedente judicial tem força meramente persuasiva: pensa-se no Chile, onde o art. 3, II, do Código Civil é claro ao dispor que “as sentenças dos juízes não vinculam partes exteriores à causa na qual foram pronunciadas” (com a exceção, de certa forma óbvia, dos pronunciamentos da Corte Constitucional que têm eficácia vinculante *erga omnes*)⁽⁵³⁾. Muito parecida – se não substancialmente idêntica – é a situação da Venezuela.⁽⁵⁴⁾

Por outro lado, entretanto, encontram-se as experiências (diversas umas das outras, sob vários aspectos) da Colômbia, do México e sobretudo do Brasil.

Na Colômbia, diversas leis já ao final do séc. XIX (precisamente entre 1887 e 1896), deram trato normativo à assim dita “*doctrina probable*” elaborada pela Corte Suprema sobretudo para induzir os juízes inferiores a uniformizarem-se de acordo com a jurisprudência da Corte⁽⁵⁵⁾, e dispõem que a decisão em certo sentido de uma mesma questão por três vezes consecutivas por parte da Corte Suprema de Justiça tem, para

sentenças das (*olim*) três cortes supremas húngaras gozavam de uma força muito autoritária nos confrontos com os juízes de categoria inferior: uma força “parecida, se não igual, aos efeitos da doutrina do *stare decisis* típica dos sistemas de *common law*”; v. também *Ungheria-Corte Suprema*, in *Questionario sul “precedente giudiziario”*, cit., 63-65.

(52) V. Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 214-15; v. também *Bulgaria-Corte di Cassazione*, in *Questionario sul “precedente giudiziario”*, cit., 11.

(53) V. por todos, Friedler, *Judicial Review in Chile*, in *Journal of Law and Trade in the Americas*, 2000 (7), 321 ss., especialmente 343-344, também para referências posteriores

(54) V. Brewer-Carias, *Judicial Review in Venezuela*, in *Duquesne Law Review*, 2007, 439 ss., especialmente 445-447.

(55) Sulla “*doctrina probable*”, v. *amplius*, Bernal Pulido, *El Precedente en Colombia*, in *Revista del Derecho del Estado*, 2008, 81 ss., especialmente 87.

os juízos sucessivos (especialmente para aqueles inferiores), valor vinculante a respeito da questão ⁽⁵⁶⁾.

No México⁽⁵⁷⁾, de acordo com o vigente *Código Federal de Procedimientos Civiles*, quando a Corte Suprema de Justiça da Nação (e desde 1968, também os *Tribunales Colegiados de Circuito*) manifesta-se por cinco vezes consecutivas (isto é, não interrompida por uma decisão em sentido contrário), com uma específica maioria de votos e com referência a uma mesma questão de direito federal, o princípio ou máxima nesses termos enunciados têm valor vinculante para todos os juízos ⁽⁵⁸⁾.

O mesmo se aplica para a máxima ou princípio de direito fixado na decisão (e aqui basta uma e somente uma) com a qual o Pleno da Suprema Corte resolve um dissídio jurisprudencial entre seus próprios órgãos fracionários (ou também entre os *Tribunales Colegiados de Circuito*).

Por fim, tem-se a experiência do Brasil que, haja vista o complexo "emaranhado" de disposições que seu novo Código de Processo Civil de 2015 dita a respeito (conferir especialmente os arts. 311, 332, 489, 926, 927, 979, 988 e 1022), investiu "robustamente" no precedente e – mais em geral – na jurisprudência "vinculante", desenvolvendo um importante fator de racionalização e de uniformização na aplicação judicial do direito ^(58bis).

Nesse assunto, ao lado do precedente judicial que também tem força vinculante, existem os chamados "*enunciados de súmula vinculante*" (ou seja "máximas vinculantes") do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (conferir o art. 927 do CPC)⁽⁵⁹⁾. Os "*enunciados de súmula*" abrangem e fixam em uma máxima (ou princípio de direito) uma ou mais decisões (do próprio tribunal – em particular daquele supremo – que assim confecciona e aprova, às vezes com um quórum específico requerido para tal fim,

(56) A "*doctrina probable*" e sua aplicação na via legislativa obtiveram sucessivamente, quanto à legitimidade constitucional, aval substancial do "juiz das leis" colombiano (cfr. *Corte Constitucional*, 9 de agosto de 2001, *Sentencia C-836/01*: v. *amplius*, Bernal Pulido, *El Precedente* cit., 91 ss.).

(57) Sobre o sistema jurídico mexicano e sua peculiaridade, v. *amplius* e em geral, Zamora-Cossio-Perezniето-Xopa-Lopez, *Mexican Law*, Oxford, 2004, especialmente (no que aqui interessa) 85 ss.

(58) Fala-se de "*jurisprudencia obligatoria*" (v. Serna de la Garza, *The Concept of Jurisprudencia in Mexican Law*, in *Mexican Law Review*, 2009, 132 ss., especialmente 138 ss., também para referências posteriores sobre "cobertura" constitucional da matéria; v. também o amplo estudo de Mirow, *Marbury in Mexico: Judicial Review's Precocious Migration*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2007, 41 ss., especialmente 57, texto e nota 99). Afora os casos de "*jurisprudencia obligatoria*", os precedentes judiciais (aí incluídos os da Corte Suprema) têm um valor meramente persuasivo.

(58bis) Remeto – também para as referências apropriadas de doutrina e jurisprudência brasileira – aos estudos de Lucon e Mitidiero, citados na nota 3.

(59) Como observado no texto, trata-se de uma disciplina mais articulada que, sobretudo pela coexistência no plano normativo de "precedentes" e "súmulas" dos juízos superiores – ambos considerados *ex lege* vinculantes – não resulta em fácil e imediata compreensão (em especial, por um observador estrangeiro): aclarou-me completamente o amigo e colega Antonio Cabral, processualista da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a quem aqui agradeço.

a “*súmula*”) que entenderam em um certo sentido uma questão mais específica. Os “*enunciados de súmula vinculante*” servem, assim, para “veicular” (sobretudo no plano “vertical”) a aplicação do precedente pelos juízes sucessivos nos quais esse precedente deve ser observado (debatendo-se a mesma ou uma similar questão), facilitando, pois, – às partes e ao juiz – o conhecimento e a (obrigatória) aplicação⁽⁶⁰⁾.

A “*súmula vinculante*” atraiu – quase imediatamente – a atenção dos estudiosos, mesmo fora do Brasil⁽⁶¹⁾, entre os quais há quem a indica como exemplo de regulamentação equilibrada e pragmática da relação – muitas vezes tensa e conflitante nos sistemas de *civil law* – entre o princípio da legalidade ou “*rule of law*” e o “*stare decisis*” e assim, como modelo a ser seguido no futuro⁽⁶¹⁾. O exemplo e a experiência do Brasil – observa-se – demonstrariam como a eventual vinculação do juiz a respeito de determinados precedentes não seria inconstitucional, podendo compatibilizar-se com o princípio da legalidade e com as garantias de independência interna do magistrado.⁽⁶²⁾

5. Parece-me, portanto, que mesmo esta análise geral (ainda que sintética e fatalmente incompleta) demonstra que a clássica dicotomia entre precedente “vinculante” como traço distintivo dos sistemas de *common law* e precedente “persuasivo” como marca típica dos sistemas de *civil law* deva ser considerada – como observado no início – *cum grano salis*.

De fato, por um lado, se na Inglaterra não há dúvida de que esteja vigente a regra do precedente vinculante, ela tem um valor mais limitado – sob um aspecto quantitativo – nos mais importantes ordenamentos da *Commonwealth* e é aplicada com maior elasticidade nos Estados Unidos da América (ademais, é acolhida apenas em parte em sistemas de “jurisdição mista”, como a Escócia, a África do Sul, o Quebec e a Louisiana).

Por outro lado, se de precedente (ou – melhor – de jurisprudência)^(62bis) propriamente vinculante não se pode falar aplicar ao contexto da Itália, da França e da Europa Central, há indubitavelmente sistemas ligados ao *civil law*, nos quais são encontradas uma ou mais disposições de lei que determinam, se atendidos certos requisitos, a obrigatoriedade das manifestações (ou de algumas manifestações) ou

(60) A “*súmula vinculante*” brasileira tem algumas características análogas às “Instruções” do Conselho de Governo do Tribunal Supremo Popular de Cuba (indagadas sobretudo por Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 109-110, 217; v. também Taruffo, *notas* cit., 110). Tal órgão tem o poder (de clara derivação soviética) de emanar normas de obediência obrigatória por todos os tribunais populares e de recomendar diretivas vinculantes para estabelecer uma praxe judiciária uniforme na interpretação e aplicação da lei.

(61) V., por exemplo, na doutrina italiana, Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 100 ss. e 215 ss.; L.P. Comoglio *Riflessioni su rule of law* cit., especialmente § 6; Taruffo, *Note* cit., especialmente §§ 2 e 6;

(61) É a opinião de L. P. Comoglio, *Riflessioni su rule of law* cit., § 6, para o qual, sob esse aspecto, o sistema brasileiro encontra-se muito mais avançado que o italiano.

(62) Nestes termos, quase literalmente, L. P. Comoglio, *Op. ult. cit. loc. cit.*

(62bis) Se se segue a taxonomia de Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 709 ss., especialmente § 2; *Id.*, *notas* cit., § 2 e – na sequência – de Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 61 ss., especialmente 91 ss e 99 ss.

de alguns juízes (sobretudo daqueles supremos). Isso vale, na Europa, para Espanha, Hungria e Bulgária e, na América Latina, para o México e (antes ainda) para a Colômbia.

O sistema brasileiro constitui, ao contrário, uma unidade, pois no sentido do novo CPC de 2015 têm eficácia obrigatória tanto os precedentes quanto as "máximas" (ou "súmulas") confeccionadas pelos juízos de superposição (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) em matéria constitucional e em matéria infraconstitucional, respectivamente⁽⁶³⁾.

Se a dicotomia não deve, portanto, ser absoluta, a contraposição que ela subentende e implica entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, não deve ser muito relativizada (excesso do qual se arrisca cair).

Não há dúvida de que a distinção tradicional na qual os ordenamentos de *common law* seriam fundadas sobre o precedente judicial, enquanto aqueles de *civil law* fundar-se-iam nas leis escritas (nem jamais teve mesmo no passado, na minha opinião), não tem qualquer valor substancial.

A *common law* preexistia às doutrinas do precedente e do *stare decisis* (com as quais certamente não nasceu: relembro que, na Inglaterra, a vinculação ao precedente foi introduzido pela *House of Lords* somente em 1898, embora anteriormente a praxe judiciária já admitisse largamente a referência aos precedentes, que não eram considerados vinculantes, contudo). Além disso, nos sistemas de *civil law*, na teoria e na prática, faz-se um maciço uso da jurisprudência (que, ao longo do tempo, adquiriu espaços notáveis de "criatividade" jurídica, tornando-se em certos campos uma "legisprudência"^(63bis)). Ademais, mesmo nos ordenamentos de *common law*, assiste-se há um tempo a uma "*statutorification*"⁽⁶⁴⁾: também aqui usa-se frequentemente a lei escrita e diversas matérias jurídicas (do direito comercial ao processual) podem ser ditas, se não "codificadas", amplamente "normatizadas".

Isso, no entanto, não deve induzir a subvalorizar os *backgrounds* (jurídico-institucionais, histórico-culturais e político-judiciários) dessas duas realidades, que são e permanecem diversas e que, ainda hoje, incidem inevitavelmente sobre o modo de pensar – e, assim, de referir-se aos institutos – dos juristas (teóricos e práticos). Essa diversidade de *backgrounds* (bem ilustrada no clássico trabalho de Radbruch sobre o "espírito" do direito inglês e, naqueles sucessivos e mais recentes, de Dawson,

(63) Eis porque, segundo uma parte da doutrina, seria mais apropriado usar uma outra nomenclatura e assim falar de "força" do precedente, para indicar o grau diverso de intensidade com a qual – no direito comparado – isso consegue influir nas decisões sucessivas (v. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, cit., especialmente § 5) ou de diversas "culturas do precedente" (v. Passanante, *il precedente impossibile* cit., 242 ss.).

(63bis) Do qual fala Andrieux em sua bela *Histoire de la jurisprudence*, Paris, 2012.

(64) Segundo o neologismo criado por Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Oxford, 1982, 5 ss. Ademais, já antes na Alemanha, o jurista alemão mais fascinante do séc. XX usava a mesma fórmula ("*Vergesetzlichung*") para descrever (negativamente) *trends*: v. C. Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1950, especialmente 14 ss.

Damaška e sobretudo de Berman)^(64bis) aparece precisamente neste campo e faz com que a *forma mentis* do *common lawyer* ao lidar com o dito “precedente judicial” seja e remanesça diversa – ou pelo menos não de todo sobreposta – àquela do *civil lawyer*⁽⁶⁵⁾.

No *common law*, o precedente tem uma dimensão “factual” que é, ainda hoje, totalizante. Aqui, embora em diversos graus, o fato é o momento central e decisivo (não só no trabalho cotidiano do juiz e do defensor, mas também) na teoria do precedente. O trabalho acerca do caso concreto, o som “assustador” do caso concreto é aquilo que – no trato do precedente – marca o jurista e, sobretudo, o juiz de *common law*. E, de fato, as margens de amplitude do precedente, especialmente no sistema inglês que é a sua pátria, resultam mais estreitos ou mais amplos de acordo como são individualizados, reconstruídos e interpretados os fatos concretos do caso em particular.

Berman – em páginas esclarecedoras⁽⁶⁶⁾ – identifica a raiz desse *modus procedendi* “experimental” (e assim, em nada apriorístico) no estreito e peculiar liame que, entre o fim do séc. XVII e a primeira metade do séc. XVIII, liga a (nova) ciência jurídica inglesa ao método empírico empregado nas outras ciências (em particular nas naturais)⁽⁶⁷⁾. E isso a tal ponto que se se compara o método empírico das ciências naturais, como descrito por Newton, com o método casuístico do pensamento jurídico refletido na doutrina do precedente, a semelhança, segundo Berman, é impressionante⁽⁶⁸⁾.

(64bis) V. Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, Göttingen, 1956, *Lo spirito del diritto inglese*, trad. italiana di A. Baratta, Milano, 1962, especialmente 22 ss, 33 ss. e então, em todo o livro; Dawson, *The Oracles of the Law*, cit., especialmente 50 ss.; Damaška, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven-London, 1986, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. di A. Giussani e F. Rota, Bologna, 1991, especialmente 40 ss.; Berman, *Law and Revolution II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, London, 2003, *Diritto e rivoluzione, II. L’impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, trad. it. di D. Quaglioni, Bologna, 2010, especialmente 486 ss.

(65) Depois de tudo, a união feita pelo Novo CPC brasileiro entre “precedente” e “súmula” arrisca-se de resultar não genuína, já que a “cultura do precedente” brasileira permanece (ao menos em alguns aspectos) irredutivelmente *civilian* (v. por exemplo, as observações de Cabral, *A técnica do julgamento-alerta. Na mudança de jurisprudência consolidada*, in *Revista de processo*, 2013, 13 ss.; mas v. também *infra*, no texto).

(66) V. Berman, *Law and Revolution* cit., 486 ss., especialmente 540-541 (para não pesar o texto, transcrevo dele as passagens relevantes nos duas sucessivas notas de rodapé).

(67) V. Berman, *Op. ult. cit.* (na elegante tradução de D. Quaglioni), 540: “Assim como a coerência nos resultados dos experimentos nas ciências da natureza serve para estabelecer a verdade, a coerência das decisões judiciais nos casos análogos serve para estabelecer tanto a verdade quanto a justiça: a verdade que os casos são, em certa medida, semelhantes, e a justiça do princípio que os casos similares devem ser decididos de modo semelhante. Além disso, seja a coerência de um sistema de regras jurídicas, seja a previsibilidade em sua aplicação, são acrescidas da probabilidade que as cortes aplicarão nos casos futuros aquilo que aplicaram nos casos passados análogos.

(68) V. Berman, *Op. ult. cit.*, 540-541: “Newton afirmou que seu método de investigação das leis que governam a gravidade e outras forças ativas na natureza implicavam três graus principais: (1) a derivação de princípios gerais (“leis”) de demonstração empírica, (2) a extensão desses princípios mediante procedimentos matemáticos, e (3) a dedução de fatos ainda não descritos a partir da exposição geral da teoria. Ele chamou o primeiro grau de “análise” e o último de “síntese”. Tal síntese, ou explicação, ele afirmou, devia sempre ser compreendida como sujeita a revisão à luz de novas demonstrações [...] De modo semelhante, na aplicação da doutrina do precedente, os juizes ingleses analisavam na demonstração empírica do precedente os casos

Uma cultura do valor do precedente que, portanto, não é mecanicista (e assim é influenciada por uma certa "fantasia" criadora); que não procede de modo cartesiano e, assim, por máximas ou princípios, no qual o *jus* resulta abstraído do *factum*, mas que, vice-versa, traz ao lume o "caso" em todas as suas facetas em nome do – se assim posso dizer – "*distingue frequenter*". Aqui, a conhecida (e difícil) distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* não é um simples corolário da doutrina do precedente – como principalmente ocorre nos sistemas de *civil law* (penso em particular, mesmo que não apenas, na Itália) – mas é o seu verdadeiro coração⁽⁶⁹⁾. E o mesmo vale para as refinadas técnicas argumentativas funcionais que distinguem a *ratio decidendi* dos *obiter dicta*: o "*distinguishing*" (com os quais o juiz do caso seguinte observa que o precedente não pode ser adotado por causa da falta de analogia com os fatos sobre os quais aquele foi pronunciado) e o "*overruling*", com o qual uma corte expressamente declara de não levar mais em conta um precedente proferido por ela mesma. Basta analisar o conhecido e citado "*Baedeker*" de Twining & Miers⁽⁷⁰⁾ para ver como essas técnicas argumentativas complexas e sofisticadas (e às vezes sofisticadas e capciosas!), são, senão estrangeiras, estranhas ao *civil lawyer*⁽⁷¹⁾.

De fato, (recentemente demonstrou-o Passanante na doutrina italiana, em uma bela e documentada monografia, sugestivamente intitulada "*Il precedente impossibile*"), nos sistemas de *civil law*, o jurista (teórico e prático) e também o legislador tendem, por sua *forma mentis*, a identificar o precedente judicial o mais das vezes com um enunciado normativo, que tem caráter geral e abstrato, consagrado em uma máxima ou princípio de direito, que nem sempre (ao contrário, raramente) leva em conta os

análogos e procuravam de derivas desses alguns princípios gerais. Tais juizes elaboravam esses mesmos princípios mediante procedimentos lógicos (embora, indubitavelmente, não matemáticos), com o fim de aplicá-los ao caso com o qual se defrontavam. Então, finalmente, os juizes às vezes podiam completar o terceiro passo de deduzir da teoria geral, isso é, da *ratio decidendi* (*holding*), sua aplicação a casos diversos daquele que enfrentavam. A decisão no caso concreto devia servir como precedente para os casos análogos subsequentes, ainda que tais novos casos pudessem gerar dúvida sobre a validade dos princípios previamente estabelecidos, que então seriam sujeitos a revisão".

(69) Remeto o leitor às considerações de Passanante, *Il precedente impossibile* cit., 243 ss.

(70) V. Twining-Miers, *How To Do Things With Rules. A Primer of Interpretation*, London, 1982, *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, trad. it. di C. Garbarino, Milano, 1988.

(71) De resto, tudo isso está à mão, se se observam os institutos processuais (aí compreendido o precedente), inclusive de um ângulo visual prático e se vive, então, uma experiência concreta e direta de um processo civil de *common law* comparando-a, sobre o ponto, com aquele de um processo italiano (ou também francês, alemão ou mesmo austríaco). Pessoalmente, conservo uma viva lembrança de dois processos ingleses nos quais vi bem de perto (e em diversos papéis) a aplicação do precedente judicial. Se penso aos procedimentos empregados naquela causa pelas partes (nos *pleadings* e no *hearing*) e então, sobretudo no esforço interpretativo realizado pelo *judge* para individualizar a *ratio decidendi* do precedente (e então, para estabelecer a *fattispecie* concreta), com aquele seu contínuo (fascinante, mas, muito artificial) oscilar entre "particularismo" e "universalismo", entre "fatos concretos", entendidos em sua própria natureza, e "fatos abstratos", entendidos como categorias em grau de incluir um número potencialmente indefinido de fatos concretos, parece-me que eles têm pouco em comum com o modo no qual as partes e o juiz de um processo italiano, francês, alemão ou austríaco (dos quais sim tive, e tenho, uma experiência concreta) é usual determinar o âmbito de aplicação de um precedente judicial.

traços próprios do caso em concreto. E mesmo quando acontece de a máxima ou o princípio fazerem referência aos fatos, isso decorre amiúde de tal modo que os fatos em si, longe de estarem descritos em sua concretude, já estão reduzidos a um tipo normativo (ou paranormativo) e, assim já portam em si mesmos um nível mais elevado de abstração ^(71bis).

Isso vale sem dúvida para a Itália (onde é difuso – ou mais enraizado – o uso das máximas como substituto ou na verdade como verdadeiro equivalente do precedente), mas o mesmo ou análogo discurso pode fazer-se, de bom grado, também por outros sistemas. Basta olhar as formas (mais ou menos) “liofilizadas” referidas nos “*Sommaires*” dos *ârrêts* publicados nos *Bulletins* da *Cour de Cassation* francesa, nas “*Leitsatzentscheidungen*” ^(71ter) dos *Zivil* e *Strafsenate* do *Bundesgerichtshof* alemão, nos “*Resúmenes*” de *sentencias* do *Tribunal Supremo* ibérico ⁽⁷²⁾.

Ou seja, em resumo extremo (talvez simplista): no processo de *civil law*, partes e juiz (e também o legislador) tendem a aplicar o precedente *grosso modo* como aplicariam uma norma jurídica (a aplicação do precedente é modelada naquela aplicação de normas gerais e abstratas sobre fatos concretos e sob subsunção dos segundos nos primeiros).

De resto, a ideia (ou o “perigo”) que, na realidade da *civil law*, o dito “precedente” judicial possa reduzir-se, em grande medida, a (e então, possa ser veiculado nos juízos sucessivos na forma de) um enunciado (mais ou menos) geral e abstrato, criado artificialmente ou “em abstrato” (e assim, longe – ou de qualquer forma despregado – dos fatos concretos) encontra recente confirmação na disciplina (“corretiva”) do novo CPC brasileiro quanto ao tema da “*súmula vinculante*”. De fato, o art. 926, § 2º, do CPC dispõe que a redação das “*súmulas*” tome em conta as circunstâncias fáticas expressas nas orientações expressas na jurisprudência. E mais: o art. 489, § 1º, V e VI, do CPC obriga ao juiz que aplique ou afaste um “*enunciado de súmula*”, fundamentando sua decisão, que a motive cõngrua e pontualmente ⁽⁷³⁾.

6. A diversidade de mecanismos com os quais a força (seja qual for) do precedente judicial é veiculada nos sistemas de *common law* (nos quais é central a perspectiva

(71bis) Com o risco (que a experiência italiana do precedente judicial – sobretudo aquela *in apicibus* – bem evidencia) de um uso massivo e, sobremaneira, apodítico do precedente e a conseguinte compreensão do “*distinguishing*” que, quando não é mero artifício lógico, é substância de “razões experimentais naturais”: aquela de perceber que os casos são infinitos e que raramente um precedente se ajusta com perfeição (assim, Consolo, *Il valore del precedente cit.*, in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti cit.*, 165).

84 ^(71ter) Sobre os quais, Alexi-Dreier, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, in *Interpreting Precedent cit.*, 40, 51.

(72) Por outro lado – do que pude ver, lendo as “*Súmulas Vinculante do Supremo Tribunal de Justiça*” – as fórmulas usadas pelos juízes brasileiros são curiosamente muito parecidas, em forma e estrutura, com as máximas elaboradas pelo Ufficio del Massimario della Cassazione Italiana.

(73) Não saberia dizer se e quando, na prática do ato, esses contrapesos (positivamente validados por L. P. Comoglio, *Riflessioni su rule of law cit.*, § 6 in fine) revelam-se verdadeiramente eficazes.

empírico-factual ou "particularista") e de *civil law* (onde, ao invés, é sobressalente a perspectiva jurídico-normativa ou "universalista") reverbera também sobre a "direção do precedente"⁽⁷⁴⁾.

As pesquisas que investigam o perfil "de quem faz o precedente" ressaltaram que, nos ordenamentos de *common law*, em grande parte são os juízes sucessivos que fazem de uma decisão anterior um verdadeiro e próprio precedente.

O precedente fornece uma regra (em tese "generalizável") que se pode aplicar como critério decisório no caso sucessivo em razão da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro e do segundo casos. Mas a analogia dos dois tipos não é *in re ipsa*, é afirmada ou rejeitada pelo juiz do caso sucessivo, segundo identifique elementos de identidade ou de diferenciação entre as duas situações jurídicas concretas⁽⁷⁵⁾. Isso ocorre também e sobretudo porque a decisão, que então poderá ser aplicada a título de precedente, quase nunca inclui aquilo que um *civil lawyer* chamaria de "máxima" ("princípio de direito", "súmula") ou, de qualquer forma, uma regra jurídica de pronta aplicação. Aqui, é difícil imaginar a *Supreme Court for the United Kingdom* (ou outro juiz supremo) que – *sua sponte* ou em virtude de uma disposição legislativa – "fazer doutrina" para formular precedentes que valham *pro futuro* (vinculantes ou persuasivos, que sejam).

Ao contrário, nos sistemas de *civil law*, nos quais o "precedente" é *frequentemente entendido como um enunciado* normativo, que, logo, como tal pode também conter-se em "máximas" ou "princípios de direito" (ou também "súmulas"), tende-se a pensar no precedente como qualquer coisa na qual é inserida essa qualidade, desde o momento em que é pronunciado e que, especialmente no caso das decisões das cortes supremas, oferece às partes e ao judicante aquela interpretação, entre as diversas possíveis, que é certificada como exata pelo mesmo juiz supremo (e assim apaziguadora para o julgador, notadamente se de instância inferior). Interpretação que tanto será mais exata quanto mais vezes seja repetida em um mais ou menos breve lapso de tempo. Tanto é assim que, no caso do México e, mais ainda, no da Colômbia⁽⁷⁶⁾, ela torna-se vinculante para os juízes sucessivos, exatamente porque repetida três ou cinco vezes.

Isso explica também o fato de que, em diversos ordenamentos de *civil law*, seja o mesmo juiz supremo a "fazer doutrina" e assim "gerar" o precedente⁽⁷⁷⁾. Tudo isso, com o risco de despir as vestes de juiz (cuja atividade é, por definição, marcada pelo

(74) Tema tratado, na doutrina italiana, sobretudo por Taruffo, *notas cit.*, § 2; *Id.*, *Precedente e giurisprudenza*, *cit.*, § 4; v. também Passanante, *Il precedente impossibile* *cit.*, 254 ss.

(75) Nesses termos, quase literalmente, Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, *cit.*, § 2

(76) V. acima, § 4.

(77) Juiz supremo que, para fazer isso, vale-se de mecanismos internos (também previstos legislativamente) de natureza organizativa ou procedimental (sem esperar, como é muitas vezes o caso das cortes de *common law*, que sejam os juízes sucessivos que transforme aquela decisão em precedente): sobre esses aspectos v. – quanto à Cassazione italiana – as observações "de dentro" de Canzio e Rordorf in *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, *cit.*, 27 ss. e 89 ss.

trabalho cotidiano sobre a situação jurídica concreta, na qual *jus* e *factum* resultam irredutivelmente mesclados) para vestir aquelas do “docente abstrato”⁽⁷⁸⁾, procedendo assim, consoante fórmulas cartesianas (mais ou menos “liofilizadas”) ou às vezes – se posso dizer – para “fazer doutrina”, entregando-se ao “voo de Píndaro” do direito puro (como demonstra a experiência das consideradas “sentenças-tratado” da Corte de Cassação italiana).

Em resumo, a aproximação progressiva e inquestionável entre *common law* e *civil law* não elimina, todavia, as diferenças fundamentais que encontram no tratamento do “precedente judicial” um ponto crucial (em minha opinião, ainda hoje). E estar ciente disso pode servir inclusive à melhor compreensão dos desafios que se enfrentam em um ordenamento de *civil law* o qual – como o Brasil está fazendo de modo bem interessante e original – decida investir no precedente judicial, identificando um importante fator de racionalização, uniformidade (ainda que flexível), previsibilidade e paridade de tratamento, diante da quantidade notável e variável de casos que as cortes são provocadas a decidir⁽⁷⁹⁾.

(78) Faço minha a eficaz metáfora de Consolo, *Il valore del precedente* cit., 166.

(79) É isso que – comprovam-no também diversos estudos de *law and economics* – o precedente é (ou pode ser), se olharmos a algumas experiências exitosas: v. por exemplo, de Santa Cruz Oliveira-Garoupa, *Stare Decisis and Certiorari* cit., especialmente 589 ss.