
A FORÇA DOS PRECEDENTES – UMA BREVE ANÁLISE NO DIREITO BRASILEIRO E ITALIANO

THE POWER OF PRECEDENT – A BRIEF REVIEW ON BRAZILIAN AND ITALIAN LAW

*Carlos Henrique Araújo da Silva
Procurador da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Um breve panorama sobre o conceito de precedente; 2 Os reflexos do precedente na aplicação do direito no Brasil; 3 Os reflexos do precedente na aplicação do direito na Itália; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O principal objetivo deste trabalho é demonstrar como o precedente judicial, instituto ligado aos países com tradição anglo-americana, ou *common law*, está presente no ordenamento jurídico de países que não têm originalmente aquela tradição, com foco principal no direito brasileiro e no direito italiano, ambos com forte viés na tradição romano-germânica, conhecido como sistema do *civil law*. Neste sentido, far-se-á um breve relato de casos pontuais que indicam a forte tendência de aplicação do precedente tanto no direito brasileiro quanto no direito italiano.

Mostrar-se-á como as recentes inovações legislativas ocorridas em ambos os países absorveram e englobaram a teoria do precedente em sua normatização, confirmando o entendimento de que está havendo uma forte tendência de fusão dos dois sistemas jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Civil Law. Common Law. Precedente. Direito Brasileiro. Direito Italiano.

ABSTRACT: The main objective of this work is to demonstrate how judicial precedent, institute linked to countries with Anglo-American tradition, or common law, it is present in countries that do not originally have that tradition, with a primary focus in Brazilian law and Italian law, both with strong support in the Roman-Germanic tradition, known as the civil law system. In this sense, it will be presented a brief account of individual cases that indicate a strong trend towards application of precedent both in Brazilian Law as in Italian Law.

It will be demonstrated how recent legislative innovations occurring in both countries absorbed and included the theory of precedent in its regulation, confirming the understanding that there is a strong tendency to merge the two legal systems.

KEYWORDS: Civil Law. Common Law. Precedent. Brazilian Law. Italian Law.

INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a demonstrar como a tradicional classificação dos sistemas jurídicos do *common law*, presente predominantemente nos países anglo-americanos, e *civil law*, este com presença marcante nos países com tradição romano-germânica, não são sistemas puros, isolados, que não sofrem influência e não influenciam um ao outro.

Como ponto principal, nos debruçaremos sobre a força do precedente, instituto marcadamente presente no *common law*, sobre a legislação brasileira e italiana, países que têm a lei como principal fonte de direito.

Demonstrar-se-á como a força do precedente vem sendo responsável por inovações legislativas em ambos os países, mostrando que ao invés de existirem dois sistemas jurídicos estanques e separados, existe, na verdade, uma justaposição deles, sendo a influência de um dominante, porém, sem excluir características do outro sistema.

Através da análise de alguns dispositivos legais e institutos presentes no direito brasileiro e no direito italiano se mostrará como o precedente vem orientando as decisões judiciais e as alterações legislativas.

1 UM BREVE PANORAMA SOBRE O CONCEITO DE PRECEDENTE

Não há como se falar em Precedente sem citar, pelo menos em linhas gerais, o estudo realizado pelo jurista italiano Michele Taruffo, que se debruçou de forma magistral sobre o tema.

Portanto, antes de adentrar no objeto principal deste artigo, que se propõe a fazer um breve relato sobre a força do precedente nos sistemas brasileiro e italiano, faz-se necessário traçar um panorama genérico do que se entende por precedente.

Existem inúmeros artigos que abordam a teoria esboçada pelo doutrinador italiano, mas pode-se apontar o excelente artigo científico sobre a eficácia do precedente judicial brasileiro à luz da teoria geral do precedente de Michele Taruffo, elaborado por Rafael Augusto Ferreira Zanatta¹, tratando do assunto de maneira objetiva, direta e sintética, relatando em suas conclusões que o mestre:

1 ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira Zanatta. *A eficácia do precedente judicial brasileiro à luz da teoria geral do precedente de Michele Taruffo*. Disponível em: <http://usp-br.academia.edu/RafaelZanatta/Papers/315325/A_eficacia_do_precedente_judicial_a_luz_da_da_teorias_geral_do_precedente_de_Michele_Taruffo>. Acesso em: 24 set. 2012.

Ao analisar o ordenamento jurídico italiano, constatou o fenômeno de atribuição de força ao precedente judicial e formulou uma teoria geral do precedente (constituída da *doctrine of precedent* da *common law* complementada por correções necessárias de algumas peculiaridades dos sistemas da *civil law*) capaz de analisar o precedente sob diversas dimensões, sendo elas, a institucional, objetiva, estrutural e da eficácia. A partir dos estudos de Taruffo sobre precedente e jurisprudência, é possível constatar diferenças de caráter quantitativo e qualitativo entre tais institutos. Ao estabelecer tal distinção, Taruffo define o precedente como uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão num caso subsequente em razão da possível analogia entre os fatos dos dois casos. Portanto, jurisprudência e precedente não se confundem, pois neste há determinação da parte da sentença a qual se faz referência por derivar da norma jurídica, ou seja, refere-se à *ratio decidendi* (regra de direito universalizável da decisão anterior), enquanto que a jurisprudência refere-se a parte da decisão ou ementa que seja citada repetidas vezes como critério de argumentação no processo decisório.

A dimensão da eficácia de Taruffo é aquela que se relaciona à natureza e eficácia da influência que o precedente exercita sobre a decisão de um caso sucessivo.

Os níveis esboçados por Michele Taruffo, apesar de não abranger todas as situações do precedente tal como nos países de tradição anglo-americana, oferece um marco teórico considerável para o exame da existência de diversos tipos de precedentes com distintos níveis de eficácia em ordenamentos com tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil e Itália.

2 OS REFLEXOS DO PRECEDENTE NA APLICAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

Recentemente vem se entendendo que há um processo de “*commonlawlização*” do direito nacional, tendo em vista que está ocorrendo uma tendência acentuada a valorizar a jurisprudência criativa como fonte de direito.

Esta tendência atinge diretamente o estudo das fontes do direito, uma vez que a lei deixa de ter o papel principal como referência para as decisões judiciais, abrindo espaço para os precedentes, que começam a direcionar e orientar decisões futuras com base em julgados anteriores.

Nota-se, portanto, uma possível fusão do sistema romano-germânico, ou *civil law*, com os elementos do *common law*, de origem anglo-americana, onde se atribui força vinculante ao precedente judicial.

Exemplo deste processo pelo qual vem passando as fontes do direito no sistema judicial pátrio são as recentes reformas introduzidas no Código de Processo Civil², através do sistema dos recursos repetitivos e repercussão geral, presentes perante o Superior Tribunal de Justiça, regulado pelo Artigo 543-C, e perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Artigo 543-B, respectivamente.

O Artigo 543-C do Código de Processo Civil se destina a reunir e sobrestar na origem recursos especiais quando conexos em relação à matéria, subindo ao Superior Tribunal de Justiça apenas um ou alguns representativos da controvérsia, e que ensejarão efeito vinculante ou parâmetro ao julgamento dos sobrestados. Veja-se o preceito do caput e do § 1º do artigo da codificação processual civil:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais, até o julgamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

No que concerne ao Artigo 543-B do Código de Processo Civil e seu efeito vinculante, vale trazer à baila texto elucidativo daquela própria corte constitucional, senão vejamos:

Em seguida, em 2006, a repercussão geral foi regulamentada pela Lei nº 11.418, que acrescentou ao CPC os artigos 543-A e 543-B. O primeiro deles estabelece que a decisão que reconhece ou não a repercussão é irrecurável e que o recurso não deve ser admitido pelo Supremo quando a questão constitucional de que trata a matéria não oferecer repercussão geral.

Também especifica que, para o efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto

2 BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Assim, serão analisados pelo STF apenas os casos que envolverem questões que não se limitam às partes, mas, sim, repercutem em toda a sociedade.

Entre outros pontos, esse mesmo artigo prevê o efeito *erga omnes* (para todos) e vinculante em RE, dispondo que, negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, os quais serão indeferidos liminarmente, com a exceção de revisão da tese. Além disso, o dispositivo prevê a admissão, pelo relator, da manifestação de terceiros.

Conforme o artigo 543-B, cabe ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos que representam a discussão e encaminhá-los ao Supremo, suspendendo o andamento dos demais processos até o pronunciamento definitivo da Corte. Assim, estabelece a inadmissibilidade automática dos recursos sobrestados, isto é, quando a repercussão geral for negada, os recursos suspensos estarão automaticamente inadmitidos e, após o julgamento de mérito do RE, tais recursos paralisados serão apreciados pelos tribunais, turmas de uniformização ou turmas recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

O Supremo Tribunal Federal poderá cassar ou reformar, liminarmente, decisões contrárias à orientação firmada pela Corte.³

Outro exemplo da forte tendência de valorização do precedente judicial, em nosso país, é a instituição da súmula vinculante, que até a promulgação da Emenda Constitucional Número 45, de 2004, tinha uma caráter eminentemente persuasivo.

A súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Também poderá ser revisada ou cancelada pela Suprema Corte, na forma estabelecida em lei.⁴

3 Notícias STF, publicada em 20 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168514>>. Acesso em: 24 set. 2012.

4 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 103-A.

As Súmulas Vinculantes aprovadas pela Corte conferem à decisão o efeito vinculante, devendo a Administração Pública atuar conforme o enunciado da súmula, bem como os juízes e desembargadores do país.

Mais alguns exemplos da forte tendência em atribuir importância acentuada ao precedente judicial são encontrados no digesto processual, em seus artigos 285-A e 518, parágrafo primeiro. Eis o teor dos dispositivos citados:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006)

Nos dois dispositivos legais acima citados, ambos do Código de Processo Civil, percebe-se claramente a influência dos julgados anteriores, naquilo que o jurista italiano Taruffo⁵ chamou de dimensão institucional do precedente. No caso do Artigo 285-A, temos o precedente horizontal, isto é, cogita-se da influência de uma decisão em outras do mesmo nível hierárquico, ao passo que no caso do Artigo 518, parágrafo primeiro, existe o precedente vertical, reflexo da organização hierárquica dos Tribunais.

Por todos os institutos processuais acima referidos, verifica-se uma mudança de paradigma no modelo romano-germânico, ou *civil law*, que tem como fonte principal a lei, com a progressiva insurgência da força do precedente e jurisprudência, atribuindo ao Judiciário um poder outrora pertencente somente ao Poder Legislativo.

5 TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, A. 48, n. 2, p. 411 – 430, Milano: Giuffrè, 1994.

3 OS REFLEXOS DO PRECEDENTE NA APLICAÇÃO DO DIREITO NA ITÁLIA

Passe-se agora a abordagem de alguns aspectos da força do precedente no direito italiano.

Destaca-se inicialmente que o direito italiano, assim como ocorre em vários países latinos, segue a tradição civilista, do direito romano-germânico, ou ainda *civil law*, razão pela qual prevalece a lei como fonte do direito.

Não obstante, há inúmeros registros da influência do efeito vinculante das reiteradas decisões sobre julgados posteriores, tanto que foi na observação do fenômeno em seu país natal, que o multicitado jurista italiano Michele Taruffo deu início a sua teoria geral dos precedentes. Passa-se *incontinenti* aos exemplos.

Na Itália, verifica-se a existência da separação das instâncias, existindo duas altas cortes. Tal como no Brasil, onde existe o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, naquele país há a Corte di Cassazione⁶, como sendo a última instância para a maioria

6 In Italia la Corte Suprema di Cassazione è al vertice della giurisdizione ordinaria; tra le principali funzioni che le sono attribuite dalla legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario del 30 gennaio 1941 n. 12 (art. 65) vi è quella di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni". Una delle caratteristiche fondamentali della sua missione essenzialmente nomofilattica ed unificatrice, finalizzata ad assicurare la certezza nell'interpretazione della legge (oltre ad emettere sentenze di terzo grado) è costituita dal fatto che, in linea di principio, le disposizioni in vigore non consentono alla Corte di Cassazione di conoscere dei fatti di una causa salvo quando essi risultino dagli atti già acquisiti nel procedimento nelle fasi che precedono il processo e soltanto nella misura in cui sia necessario conoscerli per valutare i rimedi che la legge permette di utilizzare per motivare un ricorso presso la Corte stessa. Il ricorso in Cassazione può essere presentato avverso i provvedimenti emessi dai giudici ordinari nel grado di appello o nel grado unico: i motivi esposti per sostenere il ricorso possono essere, in materia civile, la violazione del diritto materiale (errores in iudicando) o procedurale (errores in procedendo), i vizi della motivazione (mancanza, insufficienza o contraddizione) della sentenza impugnata; o, ancora, i motivi relativi alla giurisdizione. Un regime simile è previsto per il ricorso in Cassazione in materia penale. Quando la Corte rileva uno dei vizi summenzionati, ha il potere-dovere non soltanto di cassare la decisione del giudice del grado inferiore, ma anche di enunciare il principio di diritto che il provvedimento impugnato dovrà osservare: principio cui anche il giudice del rinvio non potrà fare a meno di conformarsi quando procederà al riesame dei fatti relativi alla causa. I principi stabiliti dalla Corte di Cassazione non sono, invece, vincolanti per i giudici, in generale, quando questi devono decidere cause diverse, rispetto alle quali la decisione della Corte Suprema può comunque considerarsi un "precedente" influente. In realtà, i giudici delle giurisdizioni inferiori si conformano alle decisioni della Corte di Cassazione nella maggioranza dei casi. Non è necessaria alcuna autorizzazione speciale per presentare un ricorso innanzi alla Corte Suprema. Secondo l'articolo 111 della Costituzione ogni cittadino può ricorrere alla Corte di Cassazione per violazione di legge contro qualunque provvedimento dell'autorità giudiziaria, senza dover esperire alcun appello in materia civile o penale, o contro qualunque provvedimento che limiti la libertà personale. Alla Corte di Cassazione è anche attribuito il compito di stabilire la giurisdizione (vale a dire, di indicare,

das questões cíveis e criminais, e a Corte Costituzionale⁷, que profere decisões sobre as questões constitucionais.

Uma das funções da Corte di Cassazione é aquela de assegurar a exata observância e interpretação uniforme da lei. A uniformização da jurisprudência se dá principalmente através das máximas proferidas por esta Corte, que são publicadas pelo Ufficio de Massimario, após a constatação de uma reiteração na interpretação de uma determinada norma.

Como exemplo da força persuasiva das máximas proferidas pela Corte di Cassazione, pode-se afirmar que uma sentença que contrarie o seu teor pode ser objeto de recurso, podendo ser reformada por aquela Corte.

A Professora Gisele Leite, abordando o tema da importância dos mecanismos de uniformização de jurisprudência⁸, relata o papel da Corte:

Desde 1924, as *massime consolidate* são publicadas pela Corte de Cassação, que representam os extratos das teses consolidadas, após a reiteração uniforme dos julgados, independente de aplicação a um caso concreto. Constitui precedente do qual a corte superior não deve se afastar.

As máximas, extratos de sentenças reiteradas, são determinadas levando-se em conta a reiteração de julgados em determinado sentido, a interpretação adotada está mais adequada com a lei e com o senso comum de justiça. Para que sejam consolidadas, é necessário a obediência a um procedimento especial, não resultante da aplicação de um caso concreto.

quando si crea un conflitto tra il giudice ordinario e quello speciale, italiano o straniero, chi abbia il potere di trattare la causa) e la competenza (vale a dire, di risolvere un conflitto tra due giudici di merito). La Corte di Cassazione svolge anche funzioni non giurisdizionali in materia di elezioni legislative e di referendum popolare per l'abrogazione di leggi. Disponível em: <<http://www.cortedicassazione.it/Cassazione/Cassazione.asp>> Acesso em 25 de setembro de 2012.

7 In base all'art. 134 della Costituzione, la Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni, sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, su quelli tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni, sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione e sull'ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo (introdotta con la legge costituzionale n. 1 dell'11 marzo 1953). Disponível em: <http://it.wikipedia.org/wiki/Corte_costituzionale_della_Repubblica_Italiana>. Acesso em: 25 set. 2012.

8 LEITE, Gisele. A importância dos mecanismos de uniformização de jurisprudência, incidente de constitucionalidade e da súmula vinculante. Disponível em: <<http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?idt=3126497>> Acesso em: 25 set. 2012.

Desta forma, o ponto relevante da máxima consolidada está em se discutir a questão de direito relativa á interpretação de uma norma jurídica.

Conclui então a Profª. Gisele que procedendo assim, a Corte não necessita apreciar os fatos do caso concreto, mas tão só dirimir divergência acerca do entendimento da lei.

Cita-se agora outro exemplo da força do precedente no direito italiano, que embora tenha ligação direta com o caso tratado em linhas anteriores, é uma inovação legislativa trazida pela Lei 69/2009, que implementou a reforma do Código de Processo Civil naquele país.

Como inovação trazida pela lei acima citada, o legislador introduziu no ordenamento jurídico uma norma que vincula as decisões de mérito a adequar-se à orientação consolidada da Corte di Cassazione, sendo inadmitido o recurso de decisões que estejam em conformidade com o entendimento daquela Corte⁹.

4 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, percebe-se claramente que não se pode afirmar, como já muito propagado, que há dois sistemas jurídicos, com institutos próprios e isolados entre si.

Verifica-se, ao contrário, uma sobreposição de institutos, podendo dizer que há, hodiernamente, forte influência do *common law* sobre o direito aplicado em países com tradição romano-germânico, como nos casos citados através do presente artigo, onde se demonstrou a influência do precedente nas inovações legislativas ocorridas tanto no Brasil como na Itália.

Ver-se, portanto, que ocorre aquilo que alguns estudiosos vêm chamando de “commonlawlização” do direito em países que aplicam predominantemente o sistema conhecido como *civil law*.

9 MANCUSO, Raffaele. Il precedente giudiziale tra ordinamenti di common law e di civil law. Con la legge 69/2009 tuttavia è avvenuta una rivoluzione nel processo civile, il legislatore ha introdotto nell'ordinamento una norma che vincola i giudici di merito ad adeguarsi all'orientamento consolidato della Cassazione e per contro è inammissibile il ricorso per Cassazione quando il giudice di merito abbia deciso tenendo conto dell'indirizzo costante dei supremi giudici. In sostanza il nostro legislatore ha recuperato un criterio del mondo anglosassone, che consente anche di tagliare i tempi delle cause. In questo modo, i precedenti tratti dalle sentenze anteriori operano come fonte di diritto nel senso più lato e, negli ordinamenti di common law, a tutt'oggi, la maggior parte delle norme è prodotta proprio tramite questo sistema. L'efficacia vincolante della sentenza precedente è limitata alla sola ratio decidendi, ossia agli argomenti essenziali adottati dal giudice per giustificare la decisione del caso a lui sottoposto o, secondo una diversa prospettiva, alla norma giuridica specifica, desumibile dalla sentenza in base alla quale è stata assunta la decisione. Disponível em: < <http://leggedistabilita.diritto.it/docs/32638-il-precedente-giudiziale-tra-ordinamenti-di-common-law-e-di-civil-law#>> Acesso em: 25 set. 2012.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 103-A.

BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 25 set. 2012.

ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/default.do>>. Acesso em: 25 set. 2012.

ITÁLIA. *La Corte di Cassazione*. Disponível em: <<http://www.cortedicassazione.it/>>. Acesso em: 25 set. 2012.

LEITE, Gisele. *A importância dos mecanismos de uniformização de jurisprudência, incidente de constitucionalidade e da súmula vinculante*. Disponível em: <<http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=3126497>>. Acesso em: 25 set. 2012.

MANCUSO, Raffaele. *Il precedente giudiziale tra ordinamenti di common law e di civil law*. Disponível em: <<http://leggedistabilita.diritto.it/docs/32638-il-precedente-giudiziale-tra-ordinamenti-di-common-law-e-di-civil-law#>>. Acesso em: 25 set. 2012.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, A. 48, n. 2, p. 411 – 430, Milano: Giuffrè, 1994.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira Zanatta. *A eficácia do precedente judicial brasileiro à luz da teoria geral do precedente de Michele Taruffo*. Disponível em: <http://usp-br.academia.edu/RafaelZanatta/Papers/315325/A_eficacia_do_precedente_judicial_a_luz_da_da_teorias_geral_do_precedente_de_Michele_Taruffo>. Acesso em: 25 set. 2012.

