

Valor dos precedentes persuasivos no Brasil com base na lição de Alessandro Pizzorusso*

Value of persuasive precedents in Brazil based on the lesson of Alessandro Pizzorusso

Hugo Abas Frazão**

Artigo recebido em 13/07/2021 e aprovado em 27/09/2021.

Resumo

Este artigo baseia-se nas contribuições teóricas apresentadas por Alessandro Pizzorusso sobre a formação de um modelo italiano de precedentes persuasivos *em sentido forte* para propor uma revisão acerca do valor que, no atual contexto brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) confere ao precedente persuasivo como fonte do direito. Em particular, este estudo analisa a forma como o STJ vem aplicando o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (CPC/2015), dividindo os precedentes em duas categorias: vinculantes e meramente persuasivos. Embora não pretenda uma comparação entre sistemas jurídicos, esta investigação utilizará o método comparativo para conseguir uma espécie de exportação ou transferência de alguns conceitos do formante doutrinário.

Palavras-chaves: STJ; precedentes meramente persuasivos; caráter persuasivo forte; precedente vinculante; Pizzorusso.

Abstract

This article is based on the theoretical contributions presented by Alessandro Pizzorusso on the formation of an Italian model of persuasive precedents in a strong sense to propose a review about the value that, in the current Brazilian context, the Superior Court of Justice (STJ) gives to persuasive precedent as a source of law. Specifically, this study analyses the way the STJ has been applying the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure (CPC/2015) dividing precedents into two categories: binding and merely persuasive. Although not aiming at a comparison between legal systems, this research will use the comparative method to achieve a kind of export or transfer of some concepts of the doctrinal formant.

Keywords: STJ; merely persuasive precedents; strong persuasive character; binding precedent; Pizzorusso.

1 Objetivo da pesquisa

Este artigo baseia-se nas contribuições teóricas apresentadas por Alessandro Pizzorusso sobre a formação de um modelo italiano de precedentes persuasivos *em sentido forte* — contidas na sua obra póstuma *L'ordinamento giudiziario* (2019) — para propor uma revisão acerca do valor que, no atual contexto brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) confere ao precedente persuasivo como fonte do direito. Em particular, este estudo analisa a forma como o STJ vem aplicando o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (CPC/2015), dividindo os precedentes em duas categorias: vinculantes e meramente persuasivos.

Nesse contexto, a categoria dos precedentes vinculantes abrange aqueles que resultam de decisões proferidas sob a forma do art. 927 do CPC¹ pelos tribunais superiores ou de vértice, entendidos aqui como as cortes supremas do

* O presente texto é uma reelaboração em língua portuguesa do discurso proferido por este articulista no *Convegno in ricordo di Alessandro Pizzorusso*, realizado pela Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Pisa em 15 de dezembro de 2020.

** *Visiting Scholar* na *Sciences Po Paris* (França). Doutorando em justiça constitucional na Universidade de Pisa (Itália). Mestre em direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Juiz federal no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Membro do Grupo de Estudos de Direito Internacional Público — Gedip (UFMT), vinculado à linha de pesquisa: Teoria da Constituição, comparação constitucional e cooperação internacional. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional (PUC-SP), vinculado à linha de pesquisa: desafios contemporâneos do STF. Membro da comissão organizadora do *Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale e tutela*

Poder Judiciário brasileiro, a saber: o Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de garantia em matéria constitucional, e o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável por atribuir interpretação definitiva em matéria de direito federal. Por outro lado, a categoria dos precedentes meramente persuasivos envolve os precedentes resultantes das demais decisões judiciais, especialmente quando produzidas por órgãos de menor jurisdição, como os juízes de primeiro grau e os tribunais de recurso.

A partir da lição de Pizzorusso, o artigo aborda a forma como essa classificação, ao mesmo tempo que sobrestima as decisões dos tribunais de vértice, desvaloriza o papel dos órgãos judiciais de hierarquia inferior em matéria de uniformidade da jurisprudência. Por efeito, este artigo propõe uma solução teórica dedicada a atribuir aos precedentes persuasivos brasileiros, de modo geral, uma maior (e também mais dinâmica) força cogente para influenciar o julgamento de casos futuros. A importância dessa investigação é apresentar uma perspectiva mais adequada aos desafios do direito jurisprudencial que emergem da tradição romano-germânica, bem como promover uma participação mais relevante dos tribunais de menor jurisdição no que diz respeito à coerência e à integridade do direito.

Embora não pretenda uma comparação entre sistemas jurídicos, esta investigação utilizará o método comparado para realizar uma espécie de exportação ou transferência de alguns conceitos do formante doutrinário (DIXON, 2019, p. 18). Parte-se da premissa de que tanto o sistema jurídico que contextualiza a doutrina exportada (o sistema italiano) como o que se beneficiará dessa exportação (o sistema brasileiro) pertencem à mesma tradição jurídica (*civil law*) e, do mesmo modo, estão a atravessar uma tendência crescente de utilização do direito jurisprudencial de uma forma mais relevante, tal como já acontece dentro da realidade da *common law*.² A identificação desse elemento de homogeneidade tende a facilitar o sucesso da exportação de doutrina estrangeira e, por consequência, a produzir reflexões a respeito de como o *civil law* brasileiro pode melhor conciliar a sua cultura de *vínculo à lei abstrata* com uma maior deferência à jurisprudência no contexto da solução ao caso concreto (PIZZORUSSO, 1998, p. 173).

2 O contexto dos precedentes no Brasil

O CPC de 2015 trouxe ao direito brasileiro uma nova dimensão no que diz respeito ao direito jurisprudencial. Se é certo que o antigo código processual de 1973 já buscava valorizar a ideia de *unidade de jurisprudência*, por outro lado, simplificava por demais o conceito de precedente; ou seja, tal instituto significava o mero resultado de uma decisão proferida pela maioria dos membros de um tribunal, que, por sua vez, se tornava objeto de súmula de jurisprudência dessa mesma instituição (art. 479 do CPC/1973). Como consequência, a operação de aplicar o precedente era, no velho código, uma mera convergência entre resultados de julgamento, sem qualquer preocupação quanto à compatibilidade entre as circunstâncias de fato que motivaram a decisão paradigma e aquelas que se faziam presentes no caso posterior (BEZERRA, 2018). Esse panorama muda com a vigência do CPC/2015, que, em seu art. 489, § 1º, VI, estabelece que, se a parte invoca enunciado de súmula ou de precedente, este deve ser aplicado pelo juiz do caso, a menos que tal juiz demonstre a existência de uma distinção (*distinguishing*) ou a ocorrência da superação (*overruled decision*) do entendimento contido na decisão tomada como paradigma.

giurisdizionale dei diritti Alessandro Pizzorusso, promovido anualmente pela *Università di Pisa*. Possui especialização em *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti* pela *Università di Pisa*.

¹ Art. 927, CPC. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

² Cabe observar que, mesmo no passado, os precedentes judiciais em *civil law* desenvolveram um papel muito semelhante aos dos precedentes da *common law*; tal tendência foi reprimida sobretudo no período após a Revolução Francesa, quando foram adotadas regras muito restritas para garantir a subordinação dos juízes ao direito parlamentar e para reduzir sua liberdade de interpretação ao menor grau possível. Entretanto, desde o final do século XX, a autoridade de precedentes nos países de *civil law* tem se aproximado tanto qualitativa quanto quantitativamente daqueles desenvolvidos nos Estados Unidos e nos demais países que seguem o espírito da *common law*. Para mais detalhes sobre o fortalecimento do direito jurisprudencial nos países de *civil law*, principalmente os localizados na Europa continental (PIZZORUSSO, 2006; GORLA, 1981; PIZZORUSSO, 1998, p. 307 e ss; RORDORF, 2006, p. 279 e ss).

A principal alteração que o CPC de 2015 apresenta com relação ao direito jurisprudencial é o fato de proibir a decisão sem contexto, ou seja, a utilização puramente abstrata do resultado da decisão anterior como se fosse um precedente. Nesse sentido, Streck assinala que já não é a mera autoridade de um tribunal que faz de uma decisão judicial um precedente; ao contrário, no âmbito da legislação em vigor, precedente é a

[...] utilização para o futuro da *ratio decidendi* de uma decisão A que é replicada em casos concretos B, C, D etc., desde que estes casos tenham facticidade jurídica idêntica que permita, em nome da coerência, estabilidade, integridade e isonomia, receber a mesma decisão A (STRECK, 2021).

Por sua vez, a súmula que enunciará o precedente deve basear-se nas circunstâncias factuais da decisão judicial que o motivou, de modo a servir de meio de esclarecimento para a aplicação do precedente, evitando ser confundida como uma tese de comando geral e abstrato para solucionar casos futuros (STRECK, 2016).

Acontece que, para além dessa nova concepção de direito jurisprudencial decorrente do art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015, a doutrina também começou a sustentar outras transformações mais profundas no que diz respeito ao caráter e ao modo de produção dos precedentes no Brasil. Entre essas inovações, duas merecem destaque neste *paper* devido à importância que exerceram na compreensão do STJ sobre os precedentes persuasivos: a classificação quanto ao caráter dos precedentes e a visão de que apenas os tribunais de cúpula produzem decisões com suficiente força cogente (normativa) capaz de atribuir uniformidade à jurisprudência.

2.1. Classificação dos precedentes e autoridade dos tribunais superiores

Para além do art. 489, § 1º, VI, de um modo geral, o CPC/2015 introduziu na atividade jurisdicional o dever de realizar uma atenta operação hermenêutica e argumentativa para construir a decisão judicial, bem como para uniformizar a jurisprudência, “mantendo-a estável, íntegra e coerente” (art. 926).

Essa perspectiva normativa que se apresenta no processo civil brasileiro converge com uma tendência de atribuir caráter normativo aos precedentes em países de *civil law*, o que, todavia, não significa dizer que eles estão a assumir caráter vinculante, cujo significado seria, grosso modo, impor ao juiz fazer exatamente aquilo que o juiz do caso paradigma fez em termos de argumentação. Pelo contrário, como argumenta Pizzorusso (1998, p. 307–308), casos em que países de origem romano-germânica assumem precedentes vinculantes são raros. Entretanto, é normal que tais países exerçam precedentes persuasivos com diferentes níveis de persuasão, que podem ser mais ou menos intensos, dependendo: da autoridade judicial responsável por sua elaboração textual, do lugar desta autoridade no sistema de recursos contra decisões, e de outros fatores, como a qualidade da argumentação levada a cabo na decisão antecedente.

A essa predisposição da *civil law* para seguir um modelo de precedentes persuasivos junta-se, no caso do Brasil, uma evidência relevante: o CPC não classificou, expressamente, nenhuma hipótese de precedente como vinculante; ou seja, é verdade que o código, no seu art. 927, utilizou a expressão “os juízes e tribunais observarão” e depois enumerou certos tipos de decisões produzidas pelos tribunais superiores; apesar disso, não se pode dizer que esse texto de norma tenha utilizado o verbo “observar” com o mesmo significado que “vincular”, pois, quando o legislador quis que esse último verbo constasse das disposições do código, fê-lo expressamente (vide art. 947, § 3º, do CPC/2015).³ Nessa linha, Bueno argumenta que apenas os tipos de decisões listados nos itens I e II do art. 927 teriam um caráter verdadeiramente vinculante, a saber: as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) no controle concentrado de constitucionalidade são vinculantes por autorização expressa da Constituição de 1988 (art. 102, § 2º)⁴, assim como o são as súmulas vinculantes (art. 103-A), igualmente proferidas pelo STF. Já as outras decisões do

³ Art. 947 [...]. § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

⁴ É preciso estabelecer uma anotação importante quanto ao uso da expressão precedente vinculante com relação às decisões em controle de constitucionalidade concentrado. Por se tratar de decisões que são dotadas de efeito *erga omnes* (ou constitutiva-negativa), estas não podem ser perfeitamente enquadradas na condição de precedentes, uma vez que exercem caráter normativo “análogo àquele do ato normativo que vem a perder eficácia em virtude do julgamento do juiz constitucional” (PIZZORUSSO, 1998, p. 310). Nesse caso, não será a razão de decidir que vinculará os casos futuros, mas o próprio dispositivo que declarar a inconstitucionalidade ou não da lei objeto da ação de controle. No entanto, é possível falar de precedente constitucional vinculante quando o juiz constitucional profere um julgamento interpretativo de procedência,

art. 927 (incisos III a V) teriam um forte caráter persuasivo, mas não seriam propriamente vinculativas (BUENO, 2018, p. 698).

No entanto, por influência da *common law*, doutrinadores brasileiros como Mello e Barroso (2016) e Mitidiero (2018) defendem que o art. 927 do CPC criou um quadro de precedentes com a mesma natureza dos precedentes anglo-saxônicos. Na prática, o novo código teria atribuído efeitos vinculantes à razão determinante (*ratio decidendi*) das decisões tomadas sob o art. 927, que deveria ser estritamente reproduzida em casos similares que tratassem da mesma questão de direito (MELLO; BARROSO, 2016, p. 48). Quanto às demais decisões judiciais produzidas no âmbito do Poder Judiciário, estas seriam, em geral, meramente persuasivas, ou melhor, desprovidas de caráter normativo com relação a casos futuros.

É importante frisar ainda que, quanto aos precedentes vinculantes do art. 927, Mello e Barroso (2016, p. 22–23) sustentam que estes se subdividiriam em duas categorias: *normativos em sentido forte* ou *normativos em sentido fraco (intermediários)*. A diferença entre as duas categorias seria que o descumprimento de precedentes vinculativos-normativos em sentido forte pela decisão subsequente poderia dar origem à sua anulação por meio de um instrumento judicial específico denominado reclamação, nos termos do art. 988 do CPC/2015.⁵ Por sua vez, o desrespeito de precedentes vinculantes-normativos intermediários configuraria uma violação à unidade de jurisprudência que, todavia, somente poderia ser corrigida pela via normal dos recursos judiciais.

Essa visão doutrinal construiu a ideia de que o papel de nomofilaquia ou de uniformização da jurisprudência recairia de forma exclusiva sobre cortes supremas (MITIDIERO, 2015, p. 71–72). Por outro lado, nessa perspectiva, os precedentes produzidos pelas decisões dos órgãos judiciais de menor hierarquia jurisdicional continuariam a ter um papel muito reduzido — tal como acontecia no âmbito do CPC/1973 — na sua capacidade de influenciar decisões subsequentes, permitindo a possível continuação de interpretações judiciais divergentes dentro do sistema brasileiro.

Como se verá adiante, esse entendimento vem sendo parcialmente acolhido pela jurisprudência do STJ, que está a classificar os precedentes em meramente persuasivos e vinculantes, mas sem, no entanto, discorrer sobre a eventual subdivisão dessa última categoria em normativos fortes e normativos fracos.

2.2 A posição do STJ sobre o particular caráter dos precedentes produzidos pelos tribunais superiores

O STJ, responsável por definir a interpretação do direito federal e assegurar a unidade do direito infraconstitucional em todo o Brasil (art. 105, III, da Constituição de 1988), entende que desde o advento do CPC/2015 os precedentes no país se tornaram de dois tipos: meramente persuasivos ou vinculantes. Isso se depreende do objeto do Recurso Especial 1.698.774 (3ª Turma, rel. min. Nancy Andrighi, *DJe* de 09/09/2020). Nesse caso, a parte recorrente alegou que teria invocado, em seu recurso de apelação, uma série de julgados abonadores de uma tese em matéria de planos de previdência privada aberta, proferidos por dois tribunais de recurso: o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Tais julgados, contudo, teriam sido ignorados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) por ocasião do julgamento de segundo grau. Por isso, a parte recorrente interpôs recurso especial ao STJ sob o argumento de que teria sido violado o inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015, na medida em que o TJRS só poderia deixar de seguir entendimento contido nos julgados dos TJSP e TJDFT se apresentasse fundamentação relacionada à *distinguishing* ou *overruled decision*.⁶

dando uma interpretação constitucionalmente conforme ao dispositivo de lei analisado, sem, no entanto, declará-lo inconstitucional. O seguinte enunciado de julgamento vale como ilustração: “O STF está autorizado a apreciar a inconstitucionalidade de dada norma, ainda que seja para dela extrair interpretação conforme a CF, com a finalidade de fazer incidir conteúdo normativo constitucional dotado de carga cogente, cuja produção de efeitos independa de intermediação legislativa” (STF, ADI 4.430, rel. min. Dias Toffoli, julgado em 29/06/2012, *DJE* de 19/09/2013).

⁵ Nos termos do art. 988, III e IV, do CPC/2015, caberá reclamação para garantir a observância de súmula vinculante, decisão em controle concentrado da constitucionalidade, acórdãos proferidos em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

⁶ Como pode ser visto, o cerne da discussão dizia respeito à eficácia horizontal dos precedentes estabelecidos pelos tribunais de apelação, ou seja, a possível incidência normativa de decisões anteriores emitidas pelos tribunais de apelação em relação a um tribunal de jurisdição paralela. Esse fenômeno é estudado por Taruffo (2014, p. 10). como precedentes horizontais e, mesmo quando encontra abrigo na jurisprudência, é

Acontece que, ao decidir a questão, o STJ não se limitou a firmar posição apenas com relação aos precedentes persuasivos entre tribunais que se relacionam horizontalmente, conforme disposto no caso examinado, debruçando-se sobre toda a questão do papel dos precedentes enquanto fonte do direito. Segundo o STJ, a obrigação de motivar analiticamente uma decisão judicial de acordo com precedentes invocados pela parte abrange somente decisões anteriores tomadas por tribunais de vértice e na forma do art. 927. Citando Neves (2019, p. 883–884), o STJ salientou que, em caso de precedentes meramente persuasivos, “o juiz pode simplesmente deixar de aplicá-los por discordar de seu conteúdo, não cabendo exigir-se qualquer distinção ou superação que justifique a sua decisão”.

Na espécie, como o recorrente apenas invocou decisões proferidas por outros tribunais de recurso, o STJ considerou que o TJRS não era obrigado a segui-las por ocasião do julgamento. Consequentemente, o TJRS também não era obrigado a demonstrar qualquer distinção ou superação de entendimento em relação às referidas decisões invocadas, uma vez que estas, por serem meros precedentes persuasivos, não constituíam hipótese de aplicação do art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015.

3 Contribuições de Pizzorusso a um modelo italiano de precedentes persuasivos *em sentido forte*

O art. 65 da Lei do Ordenamento Judiciário italiano (LOJ) — *Regio Decreto* 12/1941 — confere à Corte Suprema de Cassação a função de nomofilaquia, que consiste em assegurar a observância exata e a interpretação uniforme da *lei* (fonte do direito em que se baseia um sistema de *civil law*). A partir dessa regulamentação, Pizzorusso (2019, p. 375) salienta que cabe à Cassação, de modo preponderante, conferir unidade à interpretação do direito nacional, estabelecendo decisões capazes de servir como “precedentes” dotados de um forte efeito persuasivo sobre outros tribunais e sobre todos os profissionais do direito. Se é verdade que a Cassação coopera à função jurisdicional em sentido estrito, consistente em promover justiça na controvérsia interpartes, Pizzorusso (2019, p. 913) junta-se a Calamandrei (1958, p. 1.055) para afirmar que tal cooperação seria uma atividade-meio para se chegar ao fim último: a formulação do direito a ser aplicado nos casos futuros. Por esse espectro, tal função de nomofilaquia acaba por desempenhar uma necessária integração do sistema das fontes do direito, valorizando a obra interpretativa do jurista em contraposição à atividade política do Parlamento e do Governo (PIZZORUSSO, 2019, p. 905–906).

Segundo Pizzorusso (2019, p. 912), a Corte de Cassação, para que pudesse desempenhar esse papel com maior vigor, deveria apresentar-se como uma *verdadeira corte suprema* (baseado no modelo da Corte Suprema dos Estados Unidos), o que pressupõe não apenas ter poderes de reexame com relação às decisões de todos os demais juízes (excluídas a corte constitucional e também a jurisdição administrativa), mas também ter condições estruturais para desempenhar o seu papel técnico e político-constitucional. No entanto, muito mais do que mudanças que de algum modo reclamam reformas legislativas por parte do Parlamento, Pizzorusso (2019, p. 913) exorta a Cassação a melhorar o seu modo de argumentação analítica para formar uma jurisprudência coerente e estável em relação a casos semelhantes, e a extrair da lei o significado hermenêutico que corresponda ao espírito democrático da Constituição.⁷

Quanto ao caráter do precedente no sistema italiano, Pizzorusso (2019, p. 898–899) dedicou especial atenção à formação de um modelo de precedentes persuasivos *em sentido forte* para conformar juízes no julgamento de casos futuros. Essa intenção de padronizar, de alguma maneira, os pronunciamentos judiciais não procurou incorporar ao sistema italiano o instituto dos precedentes vinculantes, como há no sistema inglês e em outros sistemas que adotam o princípio do *stare decisis* (típico da *common law*). Em vez disso, a teoria do mencionado autor apresentou

geralmente considerado com o menos capaz de influenciar decisões posteriores, quando comparado com os precedentes a cuja jurisdição o órgão julgador está sujeito (precedente vertical).

⁷ Antes mesmo do advento da democracia na Itália, ou melhor, no período do fascismo, já se falava que a Cassação deveria defender o *jus constitutionis* mais que o *jus litigatoris* e estabelecer um modo de interpretação da lei com certo caráter normativo (nos limites da interpretação) de acordo com o art. 65 do r. d. n. 12/41 (LONGHI, 1934, p. 9; 16). A proposta de Pizzorusso (1999) para a função nomofilática preocupa-se não apenas com a autoridade de quem cria a decisão que será usada como precedente, mas também com a qualidade substancial e democrática do produto criado; dito de outro modo, a doutrina Pizzorusso (1999) sublinha que o precedente não pode ser dissociado do dever de interpretar a lei de acordo com o respeito aos princípios constitucionais.

solução na qual os precedentes se tornam mais fortes, mas sem que eles *a priori* passem a gozar de um papel de fonte jurídica autônomo-vinculante em concorrência com a lei.

Na realidade, a visão de Pizzorusso (2019, p. 897) preserva a principal característica da *civil law*: a de que os juízes estão estritamente subordinados à lei abstrata e não aos precedentes, tal como se depreende, por exemplo, do art. 101, § 2º, da Constituição de 1947.⁸ Contudo, mesmo que não produzam eficácia vinculante, precedentes persuasivos em sentido forte acabam por exercer uma evidente eficácia cogente em casos futuros, se o juiz que fará uso do precedente for sujeito à hierarquia jurisdicional do tribunal que proferiu a decisão paradigmática. Tal força cogente tende a crescer o seu nível de intensidade à medida que aumenta a hierarquia da corte emissora da decisão tomada como precedente. Essa perspectiva, por um lado, coloca o precedente que provém da Corte de Cassação como aquele mais forte, com a importância de uniformizar a jurisprudência nacional (PIZZORUSSO, 1998, p. 308); por outro, valoriza também os precedentes nascidos das decisões emitidas por juízes de primeiro grau ou dos tribunais de recurso, que, de certa maneira, moldam o próprio órgão emissor e os eventuais juízes que se submetem ao seu nível de jurisdição.

Pizzorusso compreende que, sob o aspecto estrutural, tanto o sistema de direito italiano como outros sistemas de *civil law* têm vindo a desenvolver precedentes persuasivos que produzem efeitos análogos ou tão fortes como os que caracterizam os precedentes vinculantes anglo-saxônicos. Todavia, sob o aspecto substancial, a diferença entre os precedentes vinculantes e persuasivos ainda se mostra relevante; isto é, se, por um lado, os juízes sujeitos aos precedentes vinculantes no modelo inglês são rigorosamente compelidos a seguir o mesmo modo argumentativo adotado na decisão anterior, por outro, Pizzorusso sugere que os juízes sujeitos aos precedentes persuasivos fortes não são impedidos de divergir do princípio de direito da decisão anterior se demonstrarem que esta está desatualizada ou ultrapassada.⁹

Por outras palavras, enquanto no modelo inglês a superação do precedente somente pode ser apresentada pela própria corte que proferiu a decisão paradigma ou por uma corte hierarquicamente superior a esta, no modelo persuasivo idealizado por Pizzorusso (2019, p. 914), a iniciativa para a superação dos precedentes pode partir de qualquer juiz (e dos demais operadores do direito que operam perante esse julgador) e não apenas da Corte de Cassação. Mas, a fim de que tal operação seja consistente, o magistrado convencido da superação do entendimento jurisprudencial deve enfrentar a *ratio decidendi* que justifica o precedente a partir de argumentação nova, contextualizada e que ainda não foi refutada no mérito pelos tribunais de maior hierarquia. Uma ilustração disso é quando o juiz da causa induz a modificação do *direito vivente* seja provocando a Corte Constitucional italiana a declarar a inconstitucionalidade da interpretação dada à lei pela Cassação, seja deixando de aplicá-la diretamente porque não se coaduna com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (PIZZORUSSO, 1998, p. 310–311, 2019, p. 1.095–1.096).

Nesse sentido, Pizzorusso (2019, p. 914–915) sublinha que aquilo que almeja o sistema do precedente persuasivo *em sentido forte* não é impedir as mudanças de jurisprudência fundadas em argumentações válidas e que demonstram a insuficiência das soluções judiciais adotadas no passado, mas apenas impedir variações na jurisprudência que criam incerteza e, portanto, injustiça. A função de nomofilaquia não significa, então, fechar o sistema para mudanças na jurisprudência quando existem razões para discutir a consistência de um precedente; significa, em verdade, uma operação oposta: fazer com que o jurisdicionado pague o preço mais baixo possível

⁸ Art. 101. A justiça é administrada em nome do povo. Os juízes só são sujeitos à lei.

⁹ É verdade que, por um lado, o sistema inglês admite que um tribunal pode desaprovar um precedente desde que justifique que o caso em análise é distinto (*distinguishing*), ou seja, tem peculiaridades factuais e jurídicas que não são semelhantes àquelas presentes na decisão paradigmática. Tal operação argumentativa pode ser realizada mesmo por juízes de tribunais inferiores à Corte que proferiu a decisão tida como precedente, embora se deva ter em conta que a utilização excessiva dessa metodologia possa prejudicar gravemente a eficácia do entendimento jurisprudencial estabelecido. Por outro lado, o direito inglês não admite que tribunais hierarquicamente inferiores possam se valer de técnicas voltadas, especialmente, para confrontar a consistência do próprio precedente em si, como a *per incuriam* e a *overruled decision*. Nesse caso, somente a corte que proferiu a decisão tida como precedente ou uma corte ainda mais alta poderá negar a aplicação do entendimento firmado alegando que ele se encontra superado. Por *per incuriam* entende-se a possibilidade de um tribunal retirar o valor vinculante de um precedente, quando se percebe que este foi construído erroneamente em desacordo com alguma questão de direito relevante — como no caso de uma disposição estatutária, alguma decisão a que o tribunal foi sujeito. Por outro lado, entende-se por *overruled decision* a possibilidade de se anular um precedente que se tornou incapaz de transmitir justiça a casos futuros (VONG, 1984–1985).

por alterações necessárias ou oportunas na jurisprudência, evitando alterações supérfluas ou pautadas em razões inaceitáveis (PIZZORUSSO, 2019, p. 915). Dentro desse espectro, é evidente que Pizzorusso deduz do termo nomofilaquia um significado que também pressupõe a participação dos juizes de primeira e segunda instância, com os quais a Cassação partilha o dever de construir um corpo jurisprudencial coeso (SENESE, 1987, p. 256; PIZZORUSSO, 2019, p. 914).

Mais do que o debate sobre a necessidade de introduzir ou não precedentes vinculantes na tradição da *civil law*, Pizzorusso (2019, p. 166) entende parecer mais útil desenvolver uma funcionalidade clara com respeito à ideia da maior força dos precedentes persuasivos. Desse modo, se, por um lado, interessa medir a intensidade do precedente persuasivo segundo a hierarquia da autoridade jurisdicional que proferiu a decisão paradigmática, por outro, é relevante medi-la também de acordo com a qualidade dos argumentos que induziram o órgão julgador a aceitar ou a rejeitar o pedido de uma das partes ou a adotar o motivo determinante (*ratio decidendi*). Mesmo na cultura romano-germânica, saber separar a *ratio decidendi* da afirmação que não pressupõe uma base lógica para a decisão adotada (*obiter dictum*) revela-se uma operação pertinente não só para que o juiz assuma a sua responsabilidade com relação às consequências práticas da sua decisão, mas também para que o produto decisório venha a colaborar com a coerência de outras decisões. A propósito, uma maior força persuasória medida pelo perfil argumentativo da decisão pode somar-se ao perfil da hierarquia jurisdicional da própria Corte de Cassação para reforçar ainda mais o caráter do precedente.

Para além da perspectiva hierárquica, a decisão que apresenta um princípio de direito bem construído pode gerar força normativa até sobre cortes que não se relacionam pela sujeição hierárquica (*aplicação do precedente de cima para baixo*). Aqui estão três exemplos possíveis: *i*) um tribunal de recurso que julga seguindo decisão de outro tribunal de recurso (*aplicação horizontal do precedente*); *ii*) uma corte superior que segue a decisão de um tribunal de recurso (*aplicação do precedente de baixo para cima*); ou *iii*) um juiz seguindo um precedente de um tribunal de apelação para demonstrar que um precedente mais forte — vindo de uma corte superior — está desatualizado. Dentro dessa conjuntura, as noções de coerência e estabilidade no âmbito da *civil law* tornam-se mais complexas, impondo ao juiz um maior rigor analítico para correlacionar argumentação e contexto decisório.

4 Confronto das contribuições de Pizzorusso com a realidade brasileira: crítica ao valor do precedente persuasivo no que concerne à uniformização da jurisprudência

Sem entrar na questão de saber se o art. 927 do CPC/2015 atribuiu efetivamente vinculação a algumas decisões do sistema brasileiro, é preciso salientar que a classificação que o STJ vem adotando para dividir os precedentes em vinculantes e meramente persuasivos encontra-se ultrapassada do ponto de vista teórico. Isso porque ela remonta a uma clássica argumentação formalista onde o valor do precedente era observado apenas a partir de dois quadros estáticos: ou seja, por um lado, o precedente era vinculativo ou quase vinculativo como no sistema inglês, por outro, era meramente persuasivo como na tradição romano-germânica. Contudo, como Gorla (1979, p. 741–742, 745–746) tem vindo a salientar desde o final dos anos 70, nas suas observações sobre a famosa sentença 3607/1978 da Cassação, tal visão binária *vinculante versus persuasivo* não clarifica a função real que os precedentes desempenham em termos de motivação judicial válida.

Segundo Gorla (1979, p. 745–746), mesmo no caso de um precedente (meramente) persuasivo, o juiz deve aplicá-lo quando é semelhante aos fatos do caso seguinte. O que explica essa operação é a responsabilidade do juiz de respeitar uma expectativa pública e razoável de interpretação do direito. Assim, o dever de deferência responsável perante precedentes para casos futuros não depende estritamente da categoria de precedentes vinculantes, uma vez que mesmo em precedentes persuasivos emerge uma expectativa de que a jurisprudência estabelecida não será alterada exceto por razões que devem ser explicadas na decisão de alteração. Ademais, nos sistemas de *civil law*, os precedentes persuasivos estão a desenvolver resultados em matéria de coerência e estabilidade jurídica praticamente análogos aos que vêm de precedentes anglo-saxônicos (PIZZORUSSO, 1998, p. 308–309). Logo, a tese de que o direito jurisprudencial romano-germânico não é capaz de exercitar eficácia normativa com respeito a casos semelhantes, salvo se incorporar a categoria dos precedentes vinculativos, vem perdendo o seu significado.

No que diz respeito ao sistema brasileiro, é importante que o STJ se integre em uma cultura de precedentes mais substancial (*como é feito o precedente?*), evitando focalizar um aspecto estrutural-hierárquico (*quem tomou a decisão usada como precedente?*) que valoriza a jurisprudência das cortes superiores, mas ignora completamente a dos tribunais inferiores. Nesse sentido, a parte da decisão no Recurso Especial 1.698.774/2020 que define que o juiz do caso só está sujeito a seguir precedentes vinculativos — ou seja, aqueles que surgem das decisões de corte superiores previstas no art. 927 do CPC — ignora o fato de que outras decisões também são importantes para fins de coerência e estabilidade, seja porque foram tomadas de forma antecedente por órgão de grau hierárquico superior ou mesmo porque se baseiam em razões determinantes (*ratio decidendi*) bem desenvolvidas. Portanto, uma vez que a redação do art. 489, § 1º, VI, do CPC — que impõe o dever de que os precedentes invocados pela parte sejam seguidos pelo juiz do caso — não distingue os precedentes de acordo com subcategorias fixas (vinculativas ou persuasivas), caberia ao STJ dar-lhe uma interpretação mais funcional: que o juiz do caso subsequente considerasse cada um dos argumentos de direito jurisprudencial invocados pela parte, incluindo os que consistem em precedentes persuasivos e, por consequência, os decorrentes de decisões de juiz de primeiro grau ou de um tribunal de apelação.

A maior participação dos precedentes persuasivos e das cortes de menor hierarquia no que se refere à uniformidade da jurisprudência em nada prejudica eventuais entendimentos que sustentam que os precedentes do art. 927 do CPC são vinculantes e, portanto, mais fortes. Com efeito, à luz de Pizzorusso, a força normativa dos precedentes no Brasil pode passar a ser compreendida de acordo com níveis de intensidade que vão aumentando e diminuindo a depender da autoridade do órgão julgador. Isso está em harmonia com a ideia de que as decisões que resultam dos tribunais superiores constituem os paradigmas jurisprudenciais mais intensos. Isso também converge com a ideia de que a decisão subsequente que desobedece a um precedente mais intenso pode tornar-se objeto de uma forma especial de impugnação judicial, como é o caso da reclamação abordada no art. 988 do CPC/2015. Entretanto, dentro de um panorama que assume que todos os precedentes persuasivos são fortes, como é o caso do modelo *monista* proposto por Pizzorusso, a outras decisões é proporcionalmente atribuída a capacidade de exercer também força normativa, o que produz uma maior interconexão entre estrutura e substância do direito jurisprudencial.

É bem verdade que essa percepção de que todos os precedentes exercem uma força persuasiva mais ou menos intensa pode abrir a possibilidade de que qualquer juiz desafie a autoridade de um precedente, mesmo quando considerado vinculante pelos tribunais superiores. No entanto, deve ser enfatizado que, segundo Pizzorusso, quanto maior a intensidade normativa de um precedente em relação à interpretação do direito a ser aplicado, maior deve ser a capacidade argumentativa do juiz subsequente que se recusa a segui-lo. É possível, neste cenário, que qualquer juiz declare a superação de um precedente mais intenso, mas isso exigirá que ele apresente razões determinantes novas, consistentes e contextualizadas em relação a essa superação.

Da mesma forma, argumentos bem elaborados por uma instância judicial inferior não podem ser desconsiderados quando se trata de estabelecer um padrão de comportamento argumentativo para casos subsequentes. Esse entendimento causa menos dificuldade quando a decisão a ser usada como precedente foi tomada pelo mesmo juiz do caso em um caso semelhante anterior ou por um órgão a cuja jurisdição este juiz está sujeito. Entretanto, por outro lado, sua aplicação torna-se mais complexa quando a invocação do argumento jurisprudencial não se justifica por critérios hierárquicos, mas apenas pela qualidade do argumento desenvolvido. Acontece que, mesmo nesse último caso, o esvaziamento total da capacidade normativa do precedente vai contra o espírito de uniformidade da jurisprudência do país. Em resumo, pensar que o art. 489, § 1º, VI, do CPC não se aplica a precedentes persuasivos em geral é argumentar que a coerência desejada pelo novo código seria limitada e parcial, sem cobrir o sistema processual civil como um todo.

Para que o STJ avance em matéria de argumentação substancial dos precedentes, ele deverá pensar menos em tipos herméticos de precedentes e mais em aperfeiçoar os métodos hermenêuticos, de modo a promover, especialmente, uma melhor distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* dentro da decisão. Com efeito, tal como ocorre na cultura da *stare decisis*, quanto mais claro for o motivo determinante da causa, maior será a capacidade desse mesmo fundamento definir o julgamento de casos futuros (VONG, 1984–1985). Por sua vez, ao aceitar que o precedente pode ser orientado por *obiter dicta*, ou seja, argumentos que não constituem a solução judicial necessária para o caso, uma corte não só excederá o seu poder de criar fonte do direito (elaborando uma norma

que não se cinja estritamente aos fatos examinados), como também levará juízes subsequentes a mal-entendidos relativamente ao enfrentamento do precedente com o caso a ser julgado (LEVAL, 2006).

Eventuais imprecisões dessa natureza podem estar presentes não só em decisões de órgãos judiciais de menor hierarquia, como também em decisões tomadas por cortes supremas. A título de ilustração, vale citar o próprio caso analisado neste artigo: o Recurso Especial 1.698.774/2020. Embora os termos da questão de direito examinada pelo STJ nesse caso fosse definir

[...] se o dever de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, previsto no art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015, abrange também o dever de seguir julgado proferido por Tribunal de 2º grau distinto daquele a que o julgador está vinculado; [...]

a própria corte superior excedeu-se para além dos limites do caso concreto ao enunciar a sua tese de julgamento da seguinte forma: o art. 489, § 1º, VI “somente se aplica às súmulas ou precedentes vinculantes, mas não às súmulas e aos precedentes apenas persuasivos”.

Deve-se notar que os fatos analisados não trataram da questão de precedentes persuasivos baseados em uma relação de hierarquia jurisdicional, mas mesmo assim, excedendo seu papel de criar uma regra jurisprudencial, o STJ definiu uma tese que também cobria essa situação. Ao invés de ser discutido em categorias estanques, o tema dos precedentes no Brasil exige maturidade argumentativa.

5 Considerações finais

Embora idealizada para a realidade italiana, a doutrina de Pizzorusso sobre os precedentes persuasivos *em sentido forte* é também aplicável para compreender os desafios atuais do sistema brasileiro. Em especial, a perspectiva do autor serviu para criticar as razões que levam o STJ a ainda tratar precedentes persuasivos como meras diretrizes jurisprudenciais, quando tais precedentes também deveriam contribuir, relevantemente, para a coerência e a estabilidade da jurisprudência.

A partir de Pizzorusso, a eficácia dos precedentes persuasivos que derivam dos tribunais superiores seria semelhante à eficácia dos precedentes que vêm da tradição anglo-saxônica. Isso decorre da sua ideia de que a eficácia persuasiva que surge de um precedente em um sistema de tradição romano-germânica — como são os casos de Itália e Brasil — é mais intensa quanto mais alta for a hierarquia do órgão que emitiu a decisão judicial que servirá de parâmetro. Por outro lado, esse entendimento não exclui que os julgamentos dos juízes de primeiro grau e dos tribunais de apelação também sejam considerados direito jurisprudencial com certo valor normativo para casos semelhantes.

Por fim, a partir da visão de Pizzorusso, é importante perceber que a força normativa dos precedentes persuasivos, além do critério hierárquico, também pode ser medida pela qualidade da argumentação exercitada para solucionar uma causa. Nesse contexto, um tribunal pode tomar como precedente a decisão de outro com o qual não guarda relação de hierarquia. Para tanto, a forma como se estabelece o motivo determinante do julgamento (*ratio decidendi*), com a devida separação de outros argumentos menos relacionados com a causa (*obiter dictum*), tende a evitar que o precedente seja mal utilizado.

Assim, o dever de seguir os precedentes invocados pelas partes, previsto no art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015, contrariamente à decisão do STJ, deve se aplicar aos precedentes persuasivos existentes. Tal interpretação leva à melhoria da formulação do direito jurisprudencial, considerando que as decisões nascidas de qualquer instância judicial são relevantes para os propósitos de coerência e estabilidade.

6 Referências

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Mas, afinal, qual é o conceito de precedente no Brasil? *Revista Consultor Jurídico*, Brasília, jul. 2018. Seção Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-27/bianor-arruda-afinal-qual-conceito-precedente-brasil>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

- CALAMANDREI, Piero; FURNO, Carlo. *Cassazione civile. Novissimo digesto italiano, II*, Torino, 1958.
- DIXON, Rosalind. Cómo comparar constitucionalmente. *Latin American Law Review*, n. 3, 2019.
- GORLA, Gino. *Diritto comparato e diritto civile europeo*. Milano: Giuffrè, 1981.
- GORLA, Gino. *Sezione I Civile; Sentenza 20 Luglio 1978, n. 3607; Pres. La Torre, Est. Falcone, P. M. Gentile (Concl. Conf.); Min. Fin. (Avv. Dello Stato Camerini) c. Consorzio Nazionale Produttori Canapa. Cassa Comm. Trib. Centrale 24 Luglio 1975, II Foro Italiano*, vol. 102, 1979, p. 741/742–745/746. JSTOR, Disponível em: www.jstor.org/stable/23170573. Acesso em: 8 abr. 2021.
- LEVAL, Pierre N. *Judging under the constitution: dicta about dicta*. *New York University Law Review*, volume 81, n. 4, 1249-1282, October 2006.
- LONGHI, Silvio. *Discorso inaugurale del Procuratore Generale della Cassazione: Aspetti della Corte di Cassazione: compiuto il decennio della sua unità, 1934*. Disponível em: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/1934_Longhi_Procura_generale.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021.
- MELLO, Patrícia P. C.; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *L'ordinamento giudiziario*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2019.
- PIZZORUSSO, A. *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo. Il Foro Italiano*, v. 130, n. 2, p. 33/34-43/44, 2007. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/23201425>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Presentation de la Cour constitutionnelle italienne. Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 6, janvier, 1999. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseilconstitutionnel/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-italienne>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistemi giuridici comparati*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1998.
- RORDORF, RENATO. *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano. Il Foro Italiano*, v. 129, n. 9, 279/280-285/286, 2006. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/23201688>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- SENESE, Salvatore. *Funzione di legittimità e ruolo di nomofilachia*. Foro italiano, 1987.
- STRECK, Lenio. Críticas às teses que defendem o sistema de precedentes - parte II. *Revista Consultor Jurídico*, Brasília, set. 2016. Seção Incomum. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>. Acesso em: 9 mar. 2021.
- STRECK, Lenio. O que vincula em uma decisão judicial? Ainda sobre precedentes, súmulas e ratio decidendi. *Empório do Direito*, São Paulo, n. 166, mar. 2021. Coluna ABDPRO. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/abdpro-166-o-que-vincula-em-uma-decisao-judicial-ainda-sobre-precedentes-sumulas-e-ratio-decidendi>. Acesso em: 10 abr. 2021.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução de Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano. 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://civilistica.com/?s=Precedente+e+jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em: 10 abr. 2021.

VONG, David. *Binding precedent and english judicial law-making*. 1984-1985. Ku Leuven, Lovaina 1984-85. Disponível em: <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/21n3/vong.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.