



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Das técnicas de afastamento de súmulas à luz do direito comparado no Processo Civil

Tito Viana Martins Filho

Rio de Janeiro  
2013

TITO VIANA MARTINS FILHO

**Das técnicas de afastamento de súmulas à luz do direito comparado no Processo Civil**

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil.

Professores Orientadores:

Néli Luiza C. Fetzner

Maria de Fátima Alves São Pedro

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2013

## DAS TÉCNICAS DE AFASTAMENTO DE SÚMULAS À LUZ DIREITO COMPARADO NO PROCESSO CIVIL

Tito Viana Martins Filho

Graduado em Direito pela Universidade  
Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

**Resumo:** O presente estudo aborda criticamente uso exagerado das súmulas no sistema jurídico processual pátrio, traçando semelhanças com institutos do *common law*, a partir de um estudo comparado entre o sistema anglo-saxônico e o que vige atualmente no Brasil.

**Palavras-chave:** Súmulas. Precedentes. Direito processual civil. Direito comparado.

**Sumário:** Introdução. 1. Da necessidade de unificação da jurisprudência. 1.1. Da facilidade de unificação por precedente sumulado. 1.2. Da absorção de preceitos do *common law* ao Direito brasileiro. 2. Dos riscos da aplicação absoluta dos precedentes sumulados. 2.1. Do possível afastamento das fontes legislativas como fonte de Direito. 2.2. Da ausência de fundamentação ampla dos conteúdos sumulados. 3. Comparação com as técnicas estrangeiras de afastamento dos precedentes. Conclusão. Referências

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a temática da inadequação do uso absoluto de súmulas ao sistema jurídico processual brasileiro, com realce na análise da aplicação exacerbada dos diversos precedentes sumulados no direito processual brasileiro, que desde a Emenda Constitucional n. 45, vêm dando novos rumos à interpretação das normas jurídicas no país. A existência desta nova fonte de Direito, materializada em pequenos textos onde ficam consignadas as atribuições valorativas dadas pelos tribunais superiores às normas vigentes através do exame de determinados casos anteriores, vem propiciando uma lenta imobilização da atividade jurisdicional.

Por isso, o presente estudo objetiva compreender os limites do rigorismo da aplicação das súmulas, como também traçar um paralelo com o *common law*, posto que a

doutrina identifica semelhanças controversas entre os ordenamentos jurídicos nacional e estrangeiro. Diante do quadro de constantes edições de súmulas no direito brasileiro, propõe-se discutir se essa nova forma de se interpretar o Direito deve ser realmente obrigatória a todos os casos concretos a serem submetidos aos operadores do Direito ou se há possibilidade de afastamento da súmula posteriormente à sua publicação.

A pesquisa é motivada pela hipótese de haver imperfeições na maneira como as súmulas são editadas e sobre os eventuais vícios que estas podem causar pela leitura desorientada da contextualização fática dos casos, de modo a propiciar que determinada interpretação diferenciada da norma venha a superar o entendimento previamente sumulado, observando-se a evolução das relações sociais.

Busca-se traçar um panorama de mutação da forma tradicional de interpretação normas processuais do país e identificar características semelhantes em ordenamentos estrangeiros através do método de levantamento da literatura pertinente e da doutrina. Para tanto, descobrir institutos capazes de não tornar obrigatório o uso dos precedentes sumulados no direito comparado é uma das finalidades desse estudo, visando facultar a adequação do entendimento jurisprudencial às reais necessidades sociais e às diversidades dos casos concretos que serão analisados pelos operadores do Direito no decorrer do tempo.

## **1. DA NECESSIDADE DE UNIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA**

A falta de homogeneidade de alguns julgados proferidos pelo Poder Judiciário causa uma insegurança jurídica assaz preocupante. A imprevisibilidade das decisões e despadronização da jurisprudência são alguns dos motivos que levam a sociedade a ter uma noção – por vezes inadequada – de injustiça frente aos órgãos judicantes. Por essa razão, os tribunais superiores buscam reduzir as divergências encontradas nos mais diversos julgamentos, de modo a tornar a jurisprudência una, ou ao menos coerente entre si.

Antes de adentrar as questões que se desenvolveram no presente estudo, cumpre esclarecer a diferença entre precedente e jurisprudência. Michele Taruffo<sup>1</sup> distingue os dois institutos de maneira simplificada, ao passo de conceituar precedente como “uma decisão relatava a um caso particular”, de onde é fornecida uma regra universalizável que pode vir a ser suscitada em um caso sucessivo ante a analogia dos fatos entre as causas. Por outro lado, jurisprudência seria a pluralidade de decisões, obtida após o exame de diversos casos concretos, sendo possível identificar uma semelhança jurídica entre si.

E é a partir da jurisprudência que são elaboradas as súmulas e os enunciados (ou as equivalentes orientações jurisprudenciais, no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro), que têm sido as responsáveis por unificar a jurisprudência brasileira através de pequenos verbetes que resumem o entendimento sucessivo e constante de julgados anteriores, mediante a aplicação da norma adequada ao caso concreto, sob o fundamento da segurança jurídica.

Essa integração da jurisprudência já era prevista desde a origem do Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 479, no capítulo Da uniformização da jurisprudência, ditando que “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal passaram a gozar de eficácia vinculante, numa clara tendência uniformizadora, por meio da nova redação do artigo 103-A. da Constituição Federal, incidente até sobre a Administração Pública direta e indireta.

Evidencia-se, portanto, uma necessidade de reduzir as contradições que a interpretação da lei pode causar aos diversos operadores do Direito. Elege-se um instrumento oriundo do próprio Poder Judiciário para consolidar a interpretação da norma vigente objetivando atrelá-la pela fonte sumular aos julgados das instâncias inferiores e dos tribunais

---

<sup>1</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 108, v. 415, pp. 279-280, jan./jul. 2012.

de diferentes estados da nação. Outro fundamento que galga a formulação de súmulas é apontado por José Rogério Cruz e Tucci<sup>2</sup> como um meio eleito pelo legislador para diminuir o número de demandas no Judiciário pátrio, acelerando o julgamento de ações semelhantes.

### 1.1 DA FACILIDADE DE UNIFICAÇÃO POR PRECEDENTE SUMULADO

Uma característica que chama atenção da constante edição de súmulas é a sua facilidade para unificar a jurisprudência. Inclusive, Rodrigo Paladino Pinheiro<sup>3</sup> conceitua as súmulas vinculantes com “facilitadoras do Direito”, ao passo de agilizarem o andamento dos processos por já haver julgamentos semelhantes previamente sumulados. Em tese, com fulcro nos artigos 476 e seguintes, do Código de Processo Civil, as súmulas são proferidas em curtos textos, que ganham peso de fonte do Direito por servir de base às decisões judiciais.

No entanto, a limitação textual, que reflete a conclusão dos julgados anteriores que serviram de base para a publicação da súmula, é alvo de uma série de críticas. Lenio Luiz Streck<sup>4</sup>, um dos mais árdios opositoristas da tendência sumulada, percebe que há omissões na forma de se escrever as súmulas, uma vez que elas deixar de exprimir as razões e as teses doutrinárias defendidas nas causas que nortearam o entendimento da súmula.

Assim, pode-se dizer que é possível que o magistrado, ao apreciar determinada demanda, resolva simplificar seu trabalho evocando um entendimento sumulado sem sequer analisar os fundamentos que levaram à concepção da fonte aplicada por ele ou mesmo comparar se a causa de pedir arguida pela parte em questão se assemelha corretamente com a súmula aplicada. É necessário, então, que seja feito um cotejo analítico para aplicar ou

---

<sup>2</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 279-283.

<sup>3</sup> PINHEIRO, Rodrigo Paladino. *A súmula como ferramenta facilitadora do Direito*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2374#\\_ftn2](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374#_ftn2)>. Acessado em: 28 fev. 2013.

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2012.

desconstituir a súmula que se relacione ao novo caso quando da análise pelo órgão jurisdicional.

Num prisma mais profundo, Michele Taruffo<sup>5</sup>, analisando a técnica dos enunciados, considera que estes vieram para criar “regras jurídicas”, diante de seu flagrante conteúdo normativo, assemelhando-se às codificações legais. Não seria incorreto afirmar que as súmulas correspondem a uma espécie de norma pretoriana, que vincula todos os magistrados submetidos ao tribunal competente por sua edição até que seja possível superar e descaracterizar sua aplicação aos casos posteriores. E é daí que se pode encontrar verbetes desgastados sendo base para julgamentos por vezes injustos graças a uma suposta vinculação à norma pretoriana.

Para que se avance no entendimento da construção da jurisprudência, é essencial abordar a separação dos elementos constitutivos de uma decisão trazida por Michele Taruffo<sup>6</sup>, que enxerga os institutos da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*. Para o autor italiano, o primeiro instituto diz respeito à regra de direito que recai como fundamento sobre os fatos específicos de um determinado julgado, isto é, o princípio jurídico extraído de uma sentença ou acórdão, enquanto o segundo instituto condiz às alegações que motivaram o comando decisório, que não constituem o fundamento jurídico da decisão. Nesse passo, Michele Taruffo aponta que a frequente formulação de enunciados com base em *obiter dictum*, ou seja, sem o detalhamento da regra de direito percebida pelo precedente, é um dos maiores vícios para a construção de uma jurisprudência que deixa de analisar precisamente os fundamentos e o contexto fático que levaram os magistrados anteriores a consolidar dado entendimento jurídico.

---

<sup>5</sup> TARUFFO, Michele op. cit., p. 280.

<sup>6</sup> Ibid. p. 282-283.

## 1.2 DA ABSORÇÃO DE PRECEITOS DO *COMMON LAW* AO DIREITO BRASILEIRO

Um fenômeno que aos poucos vem sendo acompanhado pelos doutrinadores e demais operadores do Direito é a paulatina aproximação do direito brasileiro à maneira de se aplicar às normas jurídicas vigentes dos países de tradição da *common law*. O inverso, contudo, também é notado, uma vez que países como Estados Unidos e Inglaterra, sistematizados pelo *common law*, cada vez mais codificam-se, extraindo institutos frequentemente oriundos dos países do chamado *civil law*. Por essa razão, Michele Taruffo<sup>7</sup> acredita que a distinção tradicional entre os sistemas, no qual o *common law* seria fundado sobre os precedentes e o *civil law*, sobre os textos legais, não seria mais de todo absoluta. As semelhanças passaram a ser notórias desde as propostas da Emenda Constitucional n. 45/2004, que autorizou a vinculação dos comandos decisórios da Suprema Corte brasileira aos órgãos inferiores da Administração Pública.

Em sentido semelhante, as súmulas editadas pelos próprios tribunais já são eivadas de uma função vinculante dentro de sua respectiva verticalidade. Daí, cabe asseverar o que Charles D. Cole<sup>8</sup> diferencia entre vinculação e persuasão no que tange aos precedentes. Para o autor, quando um tribunal se manifesta com maioria de votos em um mesmo sentido, havendo discordância, o precedente em questão terá tão somente o caráter persuasivo para os casos que o sucederem. A mesma classificação é dada para o julgado proferido por autoridade jurisdicional de um foro diverso ao de sua competência.

Logo, trazendo esses preceitos para o sistema do direito pátrio, pode-se dizer que a primeira situação é o que justifica a oposição dos embargos de divergência, de modo a não deixar vago e desuniforme aquela decisão não-unânime proferida. Já a segunda hipótese de precedente persuasivo pode ser exemplificada pela utilização de julgamento proferido pelo

---

<sup>7</sup> TARUFFO, Michele. op. cit., p. 278.

<sup>8</sup> COLE, Charles D., Precedente judicial: a experiência americana. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 92, pp. 78-79, out./dez. 1998.



Tribunal de Justiça de São Paulo como precedente persuasivo a um caso em exame perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, haja vista a autonomia de ambos os órgãos para decidir consoante os princípios e fundamentos que entenderem serem aplicados ao caso concreto, podendo o tribunal fluminense valer do exemplo paulista para inspirar a decisão a ser proferida. Michele Taruffo<sup>9</sup>, observando a simetria de poderes entre os órgãos jurisdicionais, vê aí a horizontalidade dos precedentes, que os fazem ser mera autoridade persuasiva.

Por outro lado, o precedente vinculante é classificado por Charles D. Cole<sup>10</sup> como aquela decisão unânime proferida por Corte recursal, seja de âmbito federal ou estadual. Deste conceito pode-se identificar a necessidade de unificação da jurisprudência, o que justificaria o uso das súmulas pois, teoricamente, seriam elas a consolidação de diversos precedentes que guardam correlação entre si, permitindo sua transformação numa regra pretoriana enunciativa.

Não obstante as considerações de cunho doutrinário feitas pelo jurista estrangeiro, vale trazer à baila o instituto denominado *stare decisis*, identificado por Charles D. Cole<sup>11</sup> como “a política que requer que as Cortes subordinadas à Corte de segunda instância que estabeleceu o precedente sigam o precedente e que não ‘disturbem um ponto estabelecido’”. De origem do direito consuetudinário inglês, o *stare decisis* é a base para que diversos outros ordenamentos jurídicos, inclusive o direito brasileiro, capitulassem a sistemática da vinculação da jurisprudência aos casos sucedentes a serem tutelados jurisdicionalmente. No entanto, a diferença fundamental recai aí na metodologia do emprego da jurisprudência. Enquanto nos países da *common law* é estudado o precedente que mais se adéqua às relações fáticas do caso concreto, o denominado *case law*; no Brasil, por outro lado, o julgadores fazem valer das regra jurídicas sumuladas com o fim de limitar o número de processos, sem se preocupar exclusivamente com as questões jurídicas pertinentes.

---

<sup>9</sup> TARUFFO, Michele. op. cit., pp. 284-285.

<sup>10</sup> COLE, Charles D. op. cit., p. 70-71.

<sup>11</sup> Ibid. p. 71.

É essencial notar, porém, a importante função que as súmulas encontram no sistema processual brasileiro porque, apesar das críticas que possam recair contra o instituto, não é digno imputar viés de inutilidade ao instituto que, mal ou bem, poda e unifica a jurisprudência na medida do possível. Quando se fala que a súmula no Brasil visa a reduzir o número dos processos, tal argumento é constituído no que dispõem os artigos 285-A; 475, § 3º; 518, § 1º; 544, § 4º, II, alíneas “c” e “d”; 555, § 1º; e 557, §1º-A, que existem para impedir o prosseguimento do processo diante de uma colisão com entendimento jurisprudencial, notadamente o sumulado, evitando a princípio a realização de fases processuais que seriam desnecessárias diante da repetição da demanda, conforme apontado por Tucci<sup>12</sup> e também por Luiz Guilherme Marinoni<sup>13</sup>.

O método estrangeiro é, de certo modo, mais desafiador, pois acaba requerendo do operador do Direito uma análise detalhada dos fatos que ensejaram a propositura da demanda e os fundamentos jurídicos discutidos para a obtenção da sentença. Isto é, sendo feito o estudo da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*. Não seria leviano afirmar que os advogados estadunidenses e ingleses acabam tendo um trabalho mais maçante que os brasileiros, ao passo de necessitarem de uma aptidão mais acurada no desenvolvimento de suas peças e sustentações. O bônus é dado nos trabalhos de previsibilidade desenvolvidos pelos escritórios de advocacia estrangeiros, que por possuírem uma base jurídica fundada em decisões recentes e predominantes, devidamente colacionadas, conseguem passar para o cliente as possibilidades mais precisas no litígio, ao invés da mera interpretação de uma norma impositiva e teses decorrentes dela, como costumeiramente se faz no Brasil.

---

<sup>12</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., pp. 259-265.

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 858, ano 96, 2007, pp. 11-19.

## 2. DOS RISCOS DA APLICAÇÃO ABSOLUTA DOS PRECEDENTES SUMULADOS

Alcançar uma Justiça isenta e equitativa talvez seja o objetivo maior dos operadores do Direito. A avaliação homogênea das causas submetidas ao Judiciário seria a melhor maneira de concretizar esse anseio, isto é, com a produção de decisões uniformes em que a tutela jurisdicional se repetisse frente à pretensão dos jurisdicionados. Sabe-se, no entanto, que pela matriz humana que assume a posição de julgador, as diferentes formas de pensar e interpretar as normas jurídicas fazem com que determinadas correntes doutrinárias se sobressaiam perante outras e, ainda assim, coexistam dois pontos distintos de entendimento legal sobre a mesma matéria em um mesmo tribunal.

É de meridiana importância atentar para a função social do Poder Judiciário eis que dele decorre o pilar de garantir e efetivar a segurança jurídica dos cidadãos. André Copetti<sup>14</sup> enxerga que o Judiciário atualmente possui um papel de garantidor dos direitos sociais, no qual tem o dever de transformar as leis editadas pelo Legislativo sob influência do Executivo, na verdadeira consubstanciação do Estado Democrático de Direito. A partir deste pensamento, pode-se afirmar que surge a necessidade de o Judiciário saber controlar a produção de suas decisões e, para tanto, sendo o mais semelhantes entre si possíveis. O autor denomina como ativismo judicial esta atuação do Judiciário com vistas a proporcionar maior certeza jurídica às causas a quais são submetidos.

Hodiernamente, não seria equivocado dizer que o Poder Judiciário encontrou a forma prática para limitar a produção destoante de decisões por uma espécie de autocontrole, dado pela frequente edição de súmulas pelos tribunais superiores com o claro objetivo de vincular os magistrados de grau inferior. O uso vem se tornado recorrente, já que os próprios tribunais estaduais fazem suas próprias súmulas que servem de norte para os Juízes lotados nas varas em primeira entrância.

---

<sup>14</sup> COPETTI, André. A jurisprudencialização da constituição no estado democrático de direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 2, n. 7, 2002, pp. 19-44.

## 2.1 DO POSSÍVEL AFASTAMENTO DAS FONTES LEGISLATIVAS COMO FONTE DE DIREITO

O modo de trabalho do Juiz no exame dos processos é dado a partir da análise do caso concreto em comparação com as mais diversas fontes do Direito, sejam elas as leis, a jurisprudência, os princípios, a doutrina, os usos e/ou os costumes. Em tese, a quaisquer destas fontes pode se socorrer o magistrado para motivar seu livre convencimento e proferir a tutela jurisdicional que entender ser cabível ao caso.

No entanto, se há determinação superior expressa da maneira adequada de aplicar a norma jurídica aos casos *sub judice*, não estariam os magistrados abrindo mão da interpretação diretamente fulcrada na letra da lei para se valerem dos dispositivos criados pelo tribunal? Certamente, essa é uma questão um tanto quanto contraditória diante da diversidade dos argumentos pró e contra as súmulas. Pode-se indagar ainda se a constante imposição de súmulas não diminuiria a função do Juiz da instância inferior no exame dos casos que chegam a seu gabinete.

Favorável às súmulas, Alfredo Buzaid<sup>15</sup> diz que a súmula não é criação, nem inovação, sendo nada mais do que a interpretação da vontade do legislador, o que legitima sua aplicação. Já Luiz Guilherme Marinoni<sup>16</sup> advoga no sentido de reputar como equivocado que o magistrado possa proferir decisão de forma diferente do posicionamento dos tribunais superiores com base no princípio do livre convencimento e da prerrogativa de dizer o direito de acordo com sua consciência, já que cabe ao próprio tribunal superior a decisão final sobre a matéria destacada do caso concreto. Para o doutrinador, a decisão contrária à súmula vai de encontro aos princípios da economia e da celeridade processual por obrigar a necessária interposição de recursos pelos causídicos que patrocinam a causa.

---

<sup>15</sup> BUZAID, Alfredo, *apud* TUCCI, p. 262.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, pp. 11-19.

A partir das premissas de Luiz Guilherme Marinoni e também de André Copetti, poderia se dizer que a decisão judicial é uma espécie de “produto” fabricado pelo Poder Judiciário, sob controle do Supremo Tribunal Federal – este eivado da eficácia vinculante prevista no artigo 103-A da Constituição Federal – e também do Superior Tribunal de Justiça, que teriam a função uniformizar os julgados proferidos no Brasil, possuindo a faculdade de editar súmulas para ditar o entendimento superior aos graus inferiores de jurisdição.

Por outro lado, a vinculação dos tribunais demonstra o afastamento das diretrizes de autonomia do Juiz de realmente poder decidir motivadamente conforme sua livre interpretação. Washington de Barros Monteiro<sup>17</sup> crê que o precedente sumulado deve servir como mera “fonte de consulta”, já que o compromisso do magistrado é tão-somente com a lei e a própria consciência. Por mais que seja aconselhável que se siga as orientações do tribunal superior, como pontua Miguel Reale<sup>18</sup>, nunca é demais lembrar que a tutela jurisdicional deve representar o atendimento de seu fim social, que, por vezes, pode direcionar uma mudança de posicionamento frente a um novo contexto fático social. A mudança do ambiente social é capaz de dar ensejo a uma diferente forma de ver o direito e, conseqüentemente, de julgar as demandas. A mutação interpretativa pode ser proveniente ainda de uma alteração legislativa, o que automaticamente colocaria em xeque a eficácia da súmula, sendo necessário novo exame pelo tribunal da situação jurídica em apreciação, após a regular manifestação do Juiz na primeira instância.

Há ainda quem diga que as súmulas correspondem a uma usurpação de competência do Judiciário contra o Legislativo, ao ponto de criar suas próprias normas escritas que acabam sendo o rumo para o julgamento dos processos. Lenio Luiz Streck<sup>19</sup> corrobora tal posicionamento, afirmando que, pelo efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal assume força superior ao do Poder Legislativo, uma vez que cria normas de eficácia e peso

---

<sup>17</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, *apud* TUCCI. p. 276.

<sup>18</sup> REALE, Miguel. *apud* TUCCI. p. 277.

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.*, p. 6-12.

constitucional como se tivesse autonomia para legislar e, necessariamente, aplicar suas próprias regras, o que entende ser tão perigoso quanto. Para o autor, o sistema que passou a ser implementado no Brasil possui um vício grave por permitir que seja este um sistema autorreprodutor de suas próprias decisões. Ou seja, em pouco tempo, o acúmulo de súmulas poderá desencadear um sistema que ignora a análise dos fatos, da lei e também do contexto social para efetivar a aplicação dos enunciados pretorianos repetidamente, que somente poderá – se o for – modificado por essa instância superior.

Face a este quadro de possível engessamento do Judiciário, é fundamental seja realizada uma reflexão acerca da correta aplicação do conteúdo sumulado. Em sendo absoluto seu uso, é evidente que o sistema judiciário pátrio poderia entrar num círculo vicioso para, cada vez mais, abrir mão de prestar adequadamente a tutela jurisdicional devida à sociedade. Contudo, é essencial também que esta tutela seja prestada de maneira rápida, segura e imparcial, devendo ser obrigatória a harmonização entre os julgados exarados para a coletividade.

## 2.2 DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO AMPLA DOS CONTEÚDOS SUMULADOS.

Um dos motivos que causam maior desconfiança na frequente edição de súmulas diz respeito à tendência minimalista de seus textos. O perigo é a criação de nova regra jurídica, como se apenas uma frase curta fosse suficiente para se adequar ao caso concreto, sem se atentar para as peculiaridades do processo examinado ou mesmo nas razões reiteradamente levantadas nas demandas anteriores que, em tese, seriam capazes de confirmar ou elidir determinado direito sustentado pela parte. A generalização dos textos sumulados vem fazendo que com que algumas súmulas transitem por áreas multidisciplinares do direito, sem que sequer fossem ventiladas especificamente sobre as matérias das quais são levadas.

Michele Taruffo<sup>20</sup> é um dos maiores observadores desse rumo processual e efetivamente ressalta que a leitura crua da jurisprudência seria a fonte mais adequada em se tratando de evocar os precedentes pretorianos. Isso porque seria possível traçar uma analogia interpretativa entre os fatos do caso anterior e do novo levado à Juízo, de modo a ser extraída a regra jurídica melhor cabível, possibilitando até ao magistrado afastar, sendo a hipótese, o direito utilizado no primeiro caso.

Ocorre que a própria redação de súmula já reflete uma interpretação do órgão competente sobre os precedentes jurisprudenciais passados. Ou seja, a metodologia exegética das súmulas demonstra uma interpretação pelo magistrado em exercício de uma outra interpretação encontrada quando da redação do enunciado. Com efeito, deve ser possível encontrar um mecanismo apto a evitar a repetição dos conteúdos normativos criados pelo próprio tribunal para permitir que, sendo o caso, as decisões sejam proferida sem vinculação interpretativa anterior, valorizando o livre convencimento do juiz face a dinâmica social presente.

### **3. COMPARAÇÃO COM AS TÉCNICAS ESTRANGEIRAS DE AFASTAMENTO DOS PRECEDENTES**

Levantada a questão crítica primordial do presente estudo, é indispensável localizar a maneira técnica adequada de permitir a não aplicação absoluta do precedente sumulado. Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>21</sup> pondera que a divergência jurisprudencial não é um problema do Judiciário, mas é uma virtualidade previsível da inevitável interpretação da norma legal. Para o doutrinador, o problema está no grau, no modo e na projeção da divergência, sendo o grande desafio controlá-la ou superá-la, sob risco de por em xeque a

---

<sup>20</sup> TARUFFO, Michele. op. cit., p. 280.

<sup>21</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 145-147.

credibilidade do sistema e frustrar o jurisdicionado. José Rogério Cruz e Tucci<sup>22</sup> já salientava que dos institutos alienígenas relacionados, os mais interessantes para estudar e afastar o precedente são o *distinguishing* e o *overruling*.

O instituto conhecido como *distinguishing* encontra essencial função nos países filiados a *common law*, por ser o mecanismo técnico processual capaz de elidir o *stare decisis*, isto é, a posição consolidada que o Tribunal deve seguir nos casos futuros. Se o precedente é a fonte principal do sistema jurídico, é necessário que existam meios para que o magistrado possa rejeitar formalmente o entendimento anterior. Fredie Didier Jr.<sup>23</sup> entende que o termo *distinguish* pode ter duas acepções, seja para a designação do método de comparação entre os casos, seja para designação do resultado desse confronto se positivo.

A técnica é aferida na necessidade de o juiz observar a similitude dos fatos que permeiam a demanda. Após, incumbirá ao magistrado analisar a *ratio decidendi*, o princípio jurídico extraído do precedente trazido à baila, para dizer se a regra anterior é ou não é aplicável ao caso novo. Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>24</sup> crê que o papel o magistrado aqui reside na distinção “entre os ‘pontos relevantes’ e os ‘aspectos marginais’ da sentença”. De modo simples, trata-se da comparação entre *obiter dictum* e *ratio decidendi* entre caso anterior e atual para interpretar se a regra pretoriana deve se repetir ao novo caso. Pode-se dizer que o *distinguishing* serve até como meio de validar autoridade jurisdicional do magistrado, em total consonância com o princípio do juiz natural, já que efetiva o exercício acurado da análise da causa.

O contraste de casos parecidos submetidos a uma mesma corte é tão possível que essa distinção analógica fará com que a regra adotada pelo Tribunal seja modificada ou

---

<sup>22</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., p. 171-181.

<sup>23</sup> DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil*.v. 2. ed. 4. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. pp. 392-394.

<sup>24</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit., p. 175.



estendida à lide distinguida. Haroldo Lourenço<sup>25</sup> ressalta que a técnica é capaz proporcionar tanto o afastamento do entendimento anterior na hipótese de se demonstrar a diferença entre teses jurídicas (*restrictive distinguishing*) quanto reconhecer a extensão da interpretação anterior ao caso ora analisado se houver semelhança fática (*ampliative distinguishing*).

Além da técnica comparativa, é fundamental que se saiba utilizar a método de superação do precedente, já que se o resultado do *distinguishing* for favorável à separação da interpretação pretoriana anterior quanto a demanda sob exame, deverá o magistrado transpô-la, criando um novo entendimento que integrará os repositórios jurisprudenciais como modelo para casos posteriores semelhantes.

O *overruling* será sempre possível quando o entendimento então vigente for substituído por outro precedente, perdendo sua eficácia vinculante às instâncias superiores. Fredie Didier Jr. compara a técnica processual à revogação de uma lei por outra. Ainda para o doutrinador o *overruling* pode ser expresso ou tácito, isto é, mencionando a mudança de interpretação da norma em vigor ou, simplesmente, ignorando a substituição, embora extraia-se o abandono dos princípios anteriores.

José Rogério Cruz e Tucci<sup>26</sup> elucubra que a função precípua do *overruling* é dar nova orientação à interpretação dos casos, fazendo com que o precedente paradigma perca seu valor vinculante. Nessa linha, o fenômeno pode ocorrer de modo implícito (*implied overruling*), com eficácia *ex tunc* para não autorizar a invocação do precedente ultrapassado para casos pretéritos que aguardam julgamento (*retrospective overruling*), com eficácia *ex nunc* incidindo a evolução hermenêutica apenas para casos sucessivos (*prospective overruling*) ou ainda de modo preventivo, já desde o grau inferior, reconhecendo que o precedente não se adéqua mais ao direito vigente (*anticipatory overruling*).

---

<sup>25</sup> LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em < <http://www.jurisprudenciaeconursos.com.br/arquivos/1323180017.pdf> > . Acessado em : 02 mar. 2013. pp. 14-15.

<sup>26</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit., pp. 179-180.

Encontrado fundamento para mudança do posicionamento dominante, cabe ao Juiz apontar as razões pelas quais o precedente deve ser modificado pelo tribunal superior. Celso Albuquerque Silva<sup>27</sup> contemporiza que o precedente pode ser superado nas hipóteses de ser obsoleto e desfigurado, de ser injusto ou incorreto ou de ser inexecutável na prática.

E é neste aspecto que, para traçar um paralelo com as tendências do sistema pátrio, deve-se voltar aos conceitos fundamentais do *common law*. Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>28</sup> lembra que pela *declaratory theory of the common law*, “os precedentes são considerados como uma explicitação do conteúdo do direito em vigor e não o direito em si”. Com isso, é de se duvidar da validade da utilização absoluta das súmulas brasileira como o norte essencial da atividade jurisdicional já que se a função do Poder Judiciário é precipuamente julgar as demandas que a sociedade submete à sua isenção valorativa, por mais que reiterados julgados obtenham um resultado parecido, não deveria ser autorizada a redução da jurisprudência a curtos enunciados por serem codificações (extralegislativas), que tradicionalmente servem para assegurar direito no sistema romano-germânico.

Em que pese a previsão de técnicas de precedentes judiciais no Brasil, como o processo para revisão ou cancelamento de súmula vinculante (artigo 103-A, § 2º da Constituição Federal), é visível o engessamento ao jurisdicionado, que dificilmente conseguirá elidir a interpretação sumulada por simplesmente não ter legitimidade para propor a dita ação. Necessitará, portanto, uma extraordinária apreciação meritória de sua causa pelo magistrado, o que, infelizmente, não é comum. Como já dito, a partir do momento em que a súmula vinculante é alçada pela lei como instrumento limitador do processo (quando a demanda versar sobre causa já sumulada), a atividade jurisdicional passa a adotar uma postura reducionista, e não apreciativa.

---

<sup>27</sup> SILVA, Celso Albuquerque, *apud* DIDIER JR. op. cit. p. 396.

<sup>28</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit., p. 180.

## CONCLUSÃO

No melhor dos mundos, o ideal seria que o sistema processual brasileiro abandonasse a utilização dos enunciados sumulados como fonte do Direito, de modo a permitir o estudo mais detalhado das demandas e dos diversos entendimentos capitaneados pelos magistrados que comandam os tribunais no país. Considerando que tal hipótese totalmente contrária a tendência sistemática em vigor, que ao menos se ampliasse a maneira como se redigem as súmulas, de modo a incluir em seu texto todas as razões fáticas discutidas e, ao final, fosse indicada o princípio jurídico extraído dos casos precedentes.

Por mais que se atente para uma uniformização da interpretação normativa pelo Judiciário, é essencial que não seja perdida a “Justiça do caso concreto”, permitindo que os jurisdicionados recebam isonomicamente a tutela jurisdicional almejada. Diante disso, entra em vigor um modelo de Justiça fundado no direito de juízes (*judge-made law*) em detrimento à escola romanística tradicional do direito de juristas (*juristenrecht*). O grande receio em questão passa por evitar uma futura automação das autoridades judiciárias que podem deixar de observar eventuais alterações da sociedade e, com isso, ditar as regras sociais por entendimentos já sumulados que, dificilmente, serão modificados pelo próprio Judiciário, sem que, ao menos, tenha sido perquirida a fonte exarada pelo povo através daquela que é, em tese, a perfeita consubstanciação da soberania popular no ordenamento jurídico brasileiro: a lei.

## REFERÊNCIAS

COLE, Charles D., Precedente judicial: a experiência americana. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 92, pp. 78-79, out./dez. 1998.

COPETTI, André. *A jurisprudencialização da constituição no estado democrático de direito*. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 2, n. 7, 2002, pp. 19-44.

DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. v. 2. ed. 4. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Disponível em <<http://www.jurisprudenciaeconcursos.com.br/arquivos/1323180017.pdf>> . Acessado em 02 mar. 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 858, ano 96, 2007, pp. 11-19.

\_\_\_\_\_. *O precedente na dimensão da igualdade*. Disponível em: <[http://www.academia.edu/218490/O\\_Precedente\\_na\\_Dimensao\\_da\\_Igualdade](http://www.academia.edu/218490/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade)> Acessado em 15 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINHEIRO, Rodrigo Paladino. *A súmula como ferramenta facilitadora do Direito*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2374#\\_ftn2](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2374#_ftn2)>. Acessado em 28 fev. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. A “repercussão geral das questões constitucionais” e admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as “causas irrelevantes”, Comentário à reforma do Poder Judiciário. AGRA, Walter de Moura (Coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf>> Acesso em: 14 nov. 2012.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 108, v. 415, pp. 279-280, jan./jul. 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.