

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

Mário Luiz de Souza Filho

**CRITÉRIOS PARA EDIÇÃO E INTERPRETAÇÃO DAS SÚMULAS NO DIREITO  
BRASILEIRO: uma análise à luz dos sistemas de precedentes**

Juiz de Fora

2013

**MÁRIO LUIZ DE SOUZA FILHO**

**CRITÉRIOS PARA EDIÇÃO E INTERPRETAÇÃO DAS SÚMULAS NO DIREITO  
BRASILEIRO: uma análise à luz dos sistemas de precedentes**

Monografia apresentada pelo discente Mário Luiz de Souza Filho como trabalho de conclusão de curso, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação da Prof<sup>a</sup>. Dra. Clarissa Diniz Guedes, na área de concentração em Direito Processual Civil.

Juiz de Fora

2013

**MÁRIO LUIZ DE SOUZA FILHO**

**CRITÉRIOS PARA EDIÇÃO E INTERPRETAÇÃO DAS SÚMULAS NO DIREITO  
BRASILEIRO: uma análise à luz dos sistemas de precedentes**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito  
à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof<sup>ª</sup>. Clarissa Diniz Guedes (orientadora)

---

Prof<sup>ª</sup>. Flávia Lovisi Procópio de Souza

---

Prof. Márcio Carvalho Faria

Juiz de Fora

2013

## RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro é fundamentado na tradição romano-germânica da *civil law*. Todavia, estamos sendo influenciados gradativamente pela doutrina do *common law* de origem anglo-saxônica. Como exemplo dessa influência, temos a edição e aplicação de súmulas no Direito pátrio, sendo uma forma de consolidação da jurisprudência dos tribunais superiores. Porém, a sua aplicação às situações futuras não pode estar engessada em enunciados abstratos e gerais. O juiz ao aplicar uma súmula deve verificar se há identidade fático-jurídica entre os precedentes que a originaram e o caso sub judice, extraindo dos precedentes a *ratio decidendi* (fundamentos jurídicos que sustentam a decisão) a ser aplicada ao caso concreto. Dessa maneira, é apenas o núcleo determinante do precedente que vincula o julgamento dos processos posteriores. Portanto, o presente trabalho visa analisar, à luz do princípio da motivação das decisões, se os critérios de edição e aplicação de precedentes adotados pelo *common law* consubstanciado no sistema do *stare decisis* podem ser utilizados para a criação e interpretação das súmulas no Direito brasileiro.

**Palavras-chaves:** *ratio decidendi*, *stare decisis*, súmula, critérios.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	07
2. OS SISTEMAS DA <i>COMMOW LAW</i> E DA <i>CIVIL LAW</i> .....	13
3. A COMUM IMPORTÂNCIA DO RESPEITO AOS PRECEDENTE E ÀS SÚMULAS NO CENÁRIO ATUAL DO DIREITO BRASILEIRO.....	16
4. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES E DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	20
5. A TÉCNICA DO STARE DECISIS.....	22
6. A TÉCNICA DO STARE DECISIS E AS SÚMULAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	26
CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS.....	38

## INTRODUÇÃO

As ideias de uniformização da jurisprudência, segurança jurídica, celeridade e eficácia da prestação jurisdicional vêm pautando reformas no ordenamento jurídico brasileiro, tradicionalmente de origem romano-germânica, sendo a compilação das leis em códigos sua principal peculiaridade. Tais reformas aproximam nosso sistema jurídico do sistema da *common law*, de origem anglo-saxônica, cuja característica principal é a vinculação dos precedentes.

Nesse sentido, assistimos no Brasil à implementação do mecanismo da súmula como meio de uniformizar as decisões e garantir a unidade e coerência do ordenamento jurídico.

As súmulas são enunciados prescritivos gerais e abstratos, sendo formuladas a partir de decisões reiteradas do tribunal sobre o mesmo assunto, servindo de orientação para futuras decisões.

Todavia, se a súmula não for devidamente editada e interpretada, pode ser um instrumento de arbitrariedade, pois não refletirá a *ratio decidendi* dos precedentes que lhe deram origem, dando força normativa a uma decisão administrativa de um tribunal. Dessa forma, para que haja a devida aplicação deste mecanismo, o magistrado, ao utilizá-lo, deve expor os seus motivos, considerando os fatos e os fundamentos jurídicos que baseiam sua decisão, observando o princípio constitucional da motivação das decisões.

Enfocar-se-á a técnica do *stare decisis*, que embora proveniente da *common law*, é útil na edição e interpretação da súmula, podendo, dessa forma, ser observada pelo direito brasileiro. O juiz deve apreciar o caso em conflito e cotejá-lo com os precedentes que embasaram a criação da súmula. Cabe ao juiz examinar o precedente, afastando os *obiter dictum* e extraindo a *ratio decidendi*, que poderá incidir ou não na situação concreta. A não incidência do precedente deve ser justificada quando houver distinção entre o caso concreto e o precedente a ser aplicado (*distinguish*) ou quando o precedente é superado, perdendo sua força vinculante (*overruling*).

Assim, à luz do princípio de motivação das decisões, analisar-se-á se o direito brasileiro utiliza dos critérios lógicos de vinculação de precedentes na edição e na interpretação das súmulas dos tribunais superiores, restringindo-se às súmulas simples, devido à dificuldade de se operar o *overruling* quanto às súmulas vinculantes.

Com essa finalidade, o trabalho foi estruturado em seis capítulos.

O primeiro capítulo abordará a evolução histórica do precedente judicial no direito brasileiro, posicionando a súmula nessa evolução como um instrumento garantidor da segurança jurídica.

O segundo capítulo apresentará as diferenças entre os sistemas da *common law* e da *civil law* e as circunstâncias que os aproximaram. Tais circunstâncias derivam das transformações ocorridas durante o século XIX e XX, destacando-se a perda da centralidade das codificações e o constitucionalismo. Busca-se, também, demonstrar como o sistema da *common law* influencia o direito pátrio.

O terceiro capítulo analisará a importância de se respeitar os precedentes e as súmulas no direito brasileiro. A obediência aos precedentes traz uma série de benefícios às partes do processo, aos magistrados e aos operadores do Direito. Previsibilidade, igualdade e unidade na aplicação do direito são exemplos destes benefícios. Como precedentes e súmulas possuem identidade finalística, tais benefícios também se encontram presentes no momento da aplicação da súmula.

O quarto capítulo tem como foco os princípios que orientam a aplicação dos precedentes e da jurisprudência no direito brasileiro, quais sejam, os princípios da motivação e da igualdade.

O quinto capítulo demonstrará a técnica do *stare decisis*, proveniente da *common law*, passando pelos conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *overruling* e *distinguishing*

Por fim, o sexto capítulo abordará a aplicação prática da técnica do *stare decisis* no direito brasileiro, demonstrando ser um método útil para a fiel interpretação, edição e aplicação das súmulas no direito pátrio.

## 1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO<sup>1</sup>

A análise da evolução histórica do respeito aos precedentes no direito brasileiro se faz importante para situar as súmulas nessa transformação como mecanismos que valorizam a uniformização da jurisprudência, a função interpretativa dos tribunais e a segurança jurídica.

A partir de 1850, com o Regulamento 737<sup>2</sup>, o Brasil passou a ter suas próprias leis sobre organização judiciária e sobre processo civil. Porém, ainda não havia texto legal que dispunha sobre a aplicação dos precedentes judiciais para suprir lacunas ou para evitar divergências.

O Decreto 2.684, de 23 de outubro de 1875, implementou no ordenamento jurídico brasileiro os *assentos* preexistentes na Casa de Suplicação de Lisboa e nos Supremos Tribunais de Justiça de Portugal, uma vez que o Brasil não possuía um acervo jurisprudencial próprio. Tal Decreto tinha como finalidade trazer segurança jurídica à sociedade e autorizava o Supremo Tribunal de Justiça, por dois terços do número de ministros daquele tribunal, a tomar a assentos para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais. Os assentos eram registrados em livro próprio. Após o registro, eram remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Câmaras Legislativas, numerados e incorporados à coleção das leis de cada ano. Possuíam eficácia obrigatória até serem derogados pelo Poder Legislativo. O próprio Supremo Tribunal de Justiça que tomou o assento não podia mais revogá-lo. Os assentos constituíam verdadeira norma jurídica, embora formada por via jurisprudencial, sendo enunciados prescritivos gerais e abstratos que resumiam o entendimento majoritário do plenário do Tribunal Superior de Justiça

Os assentos perduraram até o advento da República, momento em foram extintos do direito brasileiro por serem um mecanismo autoritário, uma vez que não admitiam a alteração de seu entendimento, engessando o direito. Em Portugal, os assentos foram julgados

---

<sup>1</sup> Este capítulo tem como referência a perspectiva traçada por José Rogério Cruz e Tucci em seu livro *Precedente judicial como fonte do direito*, 2004, Editora Revista dos Tribunais, p. 233-246.

<sup>2</sup> De acordo com Barbosa Moreira, este diploma normativo, originariamente destinado a disciplinar o processo comercial de forma autônoma, teria sido o principal responsável pelo nascimento do processo civil brasileiro. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 16, 2001, p. 11-22.

inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional no ano de 1993, pois seu caráter imutável e sua eficácia jurídica universal conflitavam com a Constituição portuguesa<sup>3</sup>.

Na República brasileira, surgiu o *recurso extraordinário* que tinha alento no direito norte-americano. A finalidade do referido recurso era preservar a autoridade e a uniformidade da aplicação da Constituição e das leis federais pelo Supremo Tribunal Federal, instituído em 1891.

O Decreto 16.273, de 20 de dezembro de 1923, criou o mecanismo do *prejulgado*, que tinha a intenção de uniformizar a interpretação e aplicação do direito brasileiro e evitar interpretações divergentes. Tal mecanismo era restrito à Corte de Apelação do Distrito Federal (na época sediado no Rio de Janeiro). Nesta técnica processual, a questão de direito controvertida, no âmbito de órgãos fracionários do tribunal, era submetida à apreciação de todos os integrantes reunidos em plenário. Tal prática foi extinta na Reforma judiciária de 1926, sendo restabelecida em 1930 pelo Decreto 19.408.

A Lei 319, de 25 de novembro de 1936, legitimou o mecanismo do prejulgado para vigorar em todo território brasileiro, visando a evitar contradições entre julgados de todas as cortes de justiça do país. Tal lei permitiu o suscitamento do prejulgado por qualquer juiz membro da turma julgadora. A câmara ou turma suscitava uma questão de direito que era passível de divergência jurisprudencial entre câmaras ou turmas e remetia tal matéria ao pleno. O acórdão proferido pela Corte Plena sobre a matéria colocada consolidava-se no prejulgado e deveria ser inserido no Livro dos Prejulgados. De acordo com José Rogério Cruz e Tucci<sup>4</sup>, o prejulgado possuía eficácia vinculante *intra muros*, portanto, horizontal. Dessa forma, consubstanciava-se em um acórdão paradigmático proferido pela Corte Plena, tendo seu inteiro teor registrado no Livro de Prejulgados com a finalidade de evitar decisões contraditórias entre câmaras e turmas.

A Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 instaurou em seu artigo 902 o prejulgado revestido de força vinculante. Tal prejulgado resultava de decisão *in abstracto* de matéria polêmica, fixando a regra a ser observada por todos os graus de jurisdição

---

<sup>3</sup>AZEVEDO, Tiago João Lopes Gonçalves de. *A uniformização da jurisprudência: dos assentos aos acórdãos de uniformização de jurisprudência*. Disponível na Internet: <[http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/tiagoazevedo\\_uniformizacaojurisprudencia.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/tiagoazevedo_uniformizacaojurisprudencia.pdf)>. Acesso em 09 de agosto de 2013.

<sup>4</sup> CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004, p. 239.

subordinados ao Tribunal Superior do Trabalho. A Lei 7.033, de 05 de outubro de 1982, revogou o prejulgado trabalhista.

O Código Eleitoral, em seu artigo 263, admite o prejulgado, dando-lhe sentido de precedente judicial. Segundo o referido artigo, no julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal. O Tribunal Superior Eleitoral decidiu pela inconstitucionalidade do art. 263 do Código Eleitoral, porque dava ao precedente força de lei, violando o princípio constitucional da separação dos poderes, além de violar o art. 97 da Constituição Federal que exige maioria absoluta dos membros de um Tribunal para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ao passo que o art. 263, lei ordinária, fixava quórum de 2/3 para alterar a jurisprudência<sup>5</sup>.

Segundo Cruz e Tucci<sup>6</sup>, a tradição histórica do direito brasileiro repele o sistema dos precedentes vinculantes, não podendo, o Poder Judiciário, salvo expressa autorização constitucional, estabelecer regras genéricas e abstratas, aplicáveis a casos futuros.

O Código de Processo Civil de 1939 manteve em seu artigo 861 o instituto do prejulgado sem efeito vinculante que tinha a mesma finalidade de uniformizar a jurisprudência dos tribunais. O juiz ou a parte poderia requerer que o pleno do tribunal se manifestasse a respeito da matéria quando houvesse divergência de decisões entre câmaras ou turmas. Após a decisão do pleno, a causa voltava à turma ou câmara que o suscitara. Dessa forma, o prejulgado era um pronunciamento prévio do tribunal pleno, que poderia ser suscitado por qualquer das partes, juiz ou parcela do tribunal, para ser seguida no recurso em andamento. A finalidade era prevenir a divergência entre as decisões das turmas ou câmaras.

A Emenda Constitucional de 28 de agosto de 1963 atribuiu ao Regime Interno do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de instituir *súmulas da jurisprudência dominante*. Tais súmulas eram provenientes de julgamentos pela maioria absoluta dos membros que integram a corte. A tese jurídica extraída do acórdão é reduzida em um enunciado que se transforma em um precedente de uniformização de jurisprudência. Tais súmulas também passaram a ser editadas por outros tribunais, não ostentam eficácia vinculante, mas são relevantes precedentes com influência persuasiva.

---

<sup>5</sup>TSE. RESPE 9936, rel. Min. José Paulo Sepúlveda Pertence, DJ 11.03.1993, p. 3.478.

<sup>6</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p. 240.

Observa-se, portanto, que até esta fase da evolução histórica - antes da EC 45/2004, adiante abordada - , passamos dos assentos que eram proposições gerais e abstratas com força obrigatória para o prejulgado que era um pronunciamento do pleno para ser seguido no recurso em andamento, possuindo eficácia *intra* muros; depois, evoluiu-se para as súmulas não vinculantes que são enunciados que refletem a jurisprudência dominante do tribunal.

Cruz e Tucci<sup>7</sup>, citando Victor Nunes Leal, diz que a metodologia que o Supremo atribuiu ao sistema de súmulas, visando a documentar e simplificar seus julgamentos, refletia uma orientação equilibrada, sem qualquer excesso. Esse ideal de meio-termo, atinente à estabilidade da jurisprudência, ficou realmente entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, “para a inteligência geral e perpétua da lei”, e a virtual inoperância dos prejulgados.

Portanto, as súmulas são instrumentos destinados a simplificar o trabalho da justiça em todos os graus hierárquicos, evitando-se a petrificação, pois, diversamente do que ocorria com os assentos, a própria disciplina da súmula regula, também, o procedimento para sua modificação. As súmulas têm a finalidade de tornar pública a jurisprudência e promover a uniformidade das decisões.

Em 1964, Haroldo Valladão elaborou o Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas. Este aventava a súmula ou prejulgado com força vinculante, uma vez que foi idealizada a *Resolução Unificadora de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, que seria adotada quando houvesse três acórdãos, por maioria absoluta, com caráter obrigatório, “que os tribunais e juízes deverão observar, enquanto não modificada segundo o mesmo processo ou disposição constitucional ou legal superveniente”.

O Anteprojeto do Código de Processo Civil, de autoria de Alfredo Buzaid, regulamentava o procedimento de *uniformização de jurisprudência*, perante o Supremo Tribunal Federal, que se encerrava com a edição de assento, com força de lei em todo território nacional (art. 518, CPC). O anteprojeto estendia a possibilidade de uniformização aos tribunais estaduais, desde que respeitada a Constituição Estadual e as leis estaduais. Porém, tal entendimento foi modificado na versão definitiva do Código, pois a uniformização de jurisprudência prevista nos artigos 476 a 479 tem como finalidade produzir precedentes de uniformização da interpretação e aplicação do direito, despido de eficácia vinculante *inter*

---

<sup>7</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 243.

*alios*. Diferentemente dos assentos, as súmulas do STJ podem ser alteradas ou canceladas mediante deliberação na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes. Quanto às súmulas de jurisprudência predominante do STF, a inclusão de enunciados, bem como sua alteração ou cancelamento, serão deliberadas em plenário, por maioria absoluta. De acordo com o artigo 103 do Regimento Interno do STF, qualquer Ministro pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional presente na súmula.

A EC 45/04 conferiu ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de estabelecer súmulas com efeito vinculante. Segundo o artigo 103-A, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal poderá de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta em todas as esferas. O referido artigo autoriza ao Supremo proceder a revisão ou o cancelamento das súmulas, na forma estabelecida na lei.

Destaca-se, por fim, as leis 11.418, de 19 de dezembro de 2006, e 11.672, de 08 de maio de 2008, que acrescentaram, respectivamente, os artigos 543-B e 543-C ao Código de Processo Civil. Tais artigos introduziram no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de julgamento por amostragem de causas repetitivas. O artigo 543-B instituiu a análise da repercussão geral por amostragem. O referido artigo confere ao desembargador de Tribunal de 2º grau que tiver a competência para realizar a avaliação de admissibilidade de recurso extraordinário, o poder-dever de definir um ou mais de um recurso que trate de matéria constitucional repetitiva, para julgamento por amostragem da tese jurídica pelo STF, devendo o Tribunal sobrestar a análise dos demais recursos até o pronunciamento definitivo da corte. Dessa forma, evita-se que o STF decida a mesma matéria diversas vezes, pois se negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão considerados não admitidos. O artigo 543-C dispõe sobre o julgamento de recursos repetitivos. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, cabe ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STJ. Os demais ficarão suspensos até o pronunciamento definitivo do Tribunal. Ao selecionar o recurso representativo da controvérsia, o Tribunal determina o precedente jurisprudencial a ser adotado como padrão para os demais recursos.

Dessa forma, o julgamento por amostragem se aproxima dos precedentes, pois exige a comparação do caso julgado com aquele que gerou o julgamento repetitivo. O julgamento por amostragem, tanto no STF quanto no STJ, tem como finalidade a segurança jurídica, previsibilidade e eficiência na prestação jurisdicional, evitando-se decisões contraditórias.

Portanto, historicamente, as soluções para a uniformização da jurisprudência dominante, especialmente a do STF, alternam entre enunciados gerais e abstratos - como os assentos, que possuíam efeito vinculante - e a utilização de julgados dos tribunais superiores como nos prejulgados que possuíam efeito *intra muros* e, paralelamente, a vinculação e a não-vinculação dos enunciados. O sistema atual de súmulas mistura estas duas características, mas opta, indubiosamente, por soluções gerais e abstratas, sem prejuízo dos novos mecanismos de imposição da jurisprudência dominante e de julgamento por amostragem (Recurso Especial e Extraordinário), que não serão objeto de análise neste estudo.

## 2. OS SISTEMAS DA *COMMON LAW* E DA *CIVIL LAW*

Questão que ganha relevo é a compreensão das diferenças entre os sistemas da *civil law* e *common law*, em suas versões iniciais, e, principalmente, os motivos que os aproximaram, motivos estes determinantes para a utilização crescente, entre nós, de técnicas de uniformização da jurisprudência dos tribunais.

O ordenamento jurídico brasileiro se filia ao sistema da *civil law*, de origem romano-germânica, adotado na maioria dos países da Europa continental, como Itália, Alemanha, França e Portugal.

É típico do sistema da *civil law*, na sua acepção mais pura e tradicional, o caráter escrito e a compilação das leis em códigos, sendo a Lei a principal fonte do Direito. Há uma pretensão de completude do direito, sob a forma de sistemas jurídicos fechados. A atividade judicial se reduz à mera aplicação da lei.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>8</sup>, dois momentos foram de suma importância para a criação e desenvolvimento da *civil law*. O primeiro momento se dá no século XI, na Universidade de Bolonha. Lá, os estudiosos iam investigar os textos romanos e torná-los um todo coerente. O conjunto de textos encontrados foi denominado de *Corpus Juris Civilis*. O segundo momento ocorreu com a Revolução Francesa. Este movimento social se inspirou nas ideias de Hobbes, Rousseau e Montesquieu e foi liderado pela burguesia, insatisfeita com o abuso de poderes do clero e da nobreza. Houve a tripartição dos poderes, cabendo ao Poder Legislativo a autoridade para editar leis e concebeu-se a figura do juiz como um ser inanimado, sendo apenas a “boca da lei”, não possuindo poder criativo.

A *common law* é de origem anglo-saxônica e é seguido por países como Estados Unidos, Inglaterra e Austrália. A alcunha *common* é proveniente do direito comum, sendo costumes gerais, geralmente observados pela população. Sua principal fonte são os precedentes, que são decisões que têm potencial para influenciar nas soluções de casos futuros. Nesse sistema, o direito é criado e aperfeiçoado pelos juízes (*judge-made law*). Em tal modelo jurídico-político, os precedentes ditam regras de comportamento humano, por se tratarem de normas jurídicas gerais, criam legítima confiança de que casos ulteriores serão

---

<sup>8</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. 1 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. t. 2, p. 19-25.

tratados igualmente aos anteriores (*treat like cases alike*). Os precedentes na *common law* possuem eficácia vinculante vertical e horizontal. Tal sistema adota a regra do *stare decisis*, que vaticina que as decisões de um órgão judicial criam precedentes e vinculam as que irão ser emitidas no futuro. A *common law*, porém, não consiste apenas em seguir precedentes de forma mecânica. Eles devem ser interpretados assim como as leis devem ser na *civil law*

Segundo Miguel Reale<sup>9</sup>:

*Common law* é o nome que se dá à experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição. O que caracteriza o *common law* é não ser um direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através de decisões dos tribunais. É, assim, um Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado a tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas.

Atualmente, há uma aproximação entre os dois sistemas. De acordo com Paulo Henrique Drummond e Priscila Soares Crocetti<sup>10</sup>, essa aproximação se deu com importantes transformações ocorridas entre o fim do século XIX e início do século XX. Destaca-se a perda da centralidade da forma de Códigos, no caso da *civil law*, bem como a emergência do constitucionalismo, em ambos os sistemas. Há uma perda da centralidade das codificações, pois houve uma intensa produção legiferante para que o ordenamento jurídico pudesse atender às novas demandas sociais. A centralidade dos Códigos foi assumida pelas Constituições que, de mero conjunto de princípios filosóficos-políticos, passaram a ser complexos normativos e valorativos que vinculam os particulares e o próprio Estado. Ademais, para dar uma maior possibilidade de adaptar as normas às situações de fato, o legislador optou pelas cláusulas gerais. Dessa forma há uma maior atividade criativa dos juízes na tradição da *civil law*. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>11</sup>, em ambos os sistemas sempre houve a preocupação com a previsibilidade, respeitando a igualdade; as formas de alcançar tais objetivos é que podem variar de tempos em tempos.

Nosso ordenamento jurídico vem sofrendo grande influência do sistema da *common Law*. Atualmente, diversas alterações legislativas introduziram mecanismos que constroem um sistema de valorização dos precedentes. Como exemplo desses mecanismos,

<sup>9</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.90.

<sup>10</sup>CROCETTI, Priscila Soares; DRUMMOND, Paulo Henrique Dias. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições do *common law* e de *civil law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. Salvador. JusPodivm, 2010. p. 42.

<sup>11</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. 1 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. t. 2, p. 20.

temos as já citadas súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/88), as súmulas impeditivas de recursos (art. 544, §3º, CPC), o julgamento liminar de improcedência para as causas repetitivas (285-A, CPC), a possibilidade de incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 a 479, CPC), os embargos de divergência (art. 546, CPC), o julgamento por amostragem dos recursos repetitivos no STJ (art. 543-C) e no STF (art. 543-B) e também possibilidade de decisão monocrática do relator com base em jurisprudência dominante. Alguns doutrinadores, como Fredie Didier Jr<sup>12</sup>, chegam a afirmar que temos um modelo próprio de sistema jurídico.

Faz-se importante diferenciar precedente de jurisprudência. Enquanto precedente é uma única decisão com força para influenciar novos julgamentos, como dito acima, jurisprudência é um conjunto de decisões que espelham o mesmo entendimento sobre determinada matéria. Portanto, a jurisprudência se origina de decisões reiteradas do tribunal sobre o mesmo assunto e seria um “conjunto de precedentes”.

É igualmente relevante distinguir precedentes de súmulas. O precedente, como dito anteriormente, é uma decisão individualizada de um caso concreto que possui força persuasiva. Já as súmulas são enunciados prescritivos gerais e abstratos que se originam de decisões reiteradas dos tribunais, podendo ter efeito vinculante ou não.

As súmulas, do mesmo modo, se diferenciam da jurisprudência. Estas são um conjunto de decisões constantes e uniformes sobre uma matéria específica, sendo as súmulas enunciados que explicitam o entendimento majoritário de determinado tribunal. Pode-se falar, portanto, que as súmulas são o compêndio da jurisprudência assentada pelo Tribunal, devendo refletir e resumir a jurisprudência dominante – que nada mais é que reiterados julgamentos que seguem a mesma linha de um precedente..

Por esta razão, apesar de haver diferença entre precedentes, jurisprudência e súmulas eles possuem em comum o respeito às decisões anteriores dos tribunais, por isso deve-se aplicar na edição e interpretação das súmulas uniformizadoras de jurisprudência os mesmos critérios do *stare decisis* que incidem nos precedentes. Este ponto será analisado com mais vagar quando apreciarmos a aplicação da técnica do *stare decisis*.

---

<sup>12</sup> DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. 12 ed. Salvador. JusPodivm, 2010. v.1. p. 40.

### 3. A COMUM IMPORTÂNCIA DO RESPEITO AOS PRECEDENTES E ÀS SÚMULAS NO CENÁRIO ATUAL DO DIREITO BRASILEIRO

Considerando a importância da uniformização da jurisprudência, passa a ser relevante indagar se precedentes e súmulas possuem as mesmas funções. Diferentemente do sistema jurídico dos países da *common law* que têm nos precedentes sua principal fonte do Direito, o Brasil tem como fonte primária a Lei. Apesar do direito brasileiro ser estruturado em códigos, nota-se que gradativamente a obediência aos precedentes vem sendo introduzida pelo nosso ordenamento e pelos nossos tribunais, como exemplo temos a adoção pelo nosso sistema jurídico das súmulas que são enunciados que condensam o entendimento de certo tribunal sobre determinada matéria.

De acordo com Luiz Henrique Volpe Camargo<sup>13</sup>, a obediência aos precedentes traz benefícios aos jurisdicionados, aos operadores do Direito e ao Poder Judiciário. Dentre os benefícios apontados pelo autor, temos o tratamento igualitário, a previsibilidade, a segurança jurídica, a agilidade na entrega da prestação jurisdicional, o desestímulo à litigância judicial e à utilização de recursos, mais qualidade na prestação jurisdicional, confiança no trabalho dos juízes e unidade na aplicação do Direito.

Entendemos que os benefícios da obediência aos precedentes mencionados acima se estendem também à aplicação das súmulas no direito brasileiro, uma vez que elas possuem as mesmas funções dos precedentes, quais sejam, uniformizar a jurisprudência e evitar decisões conflitantes.

A Constituição Federal de 1988 estabelece no *caput* do seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, consolida, portanto, o princípio da igualdade como um valor supremo garantido à brasileiros e estrangeiros. A igualdade garantida é tanto a formal quanto a real. Quando falamos em igualdade formal entende-se que todos estão submetidos à lei, independente de qualquer circunstância ideológica ou socioeconômica. A igualdade real se baseia na máxima aristotélica que diz que o princípio da igualdade consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”. Se a lei é igual para todos, a interpretação que dela decorre também deve gerar idêntica aplicação. O tratamento desigual somente é permitido quando houver

---

<sup>13</sup> CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. 1 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. t. 2, p. 570.

circunstâncias fáticas que legitimem o tratamento anti-isonômico (discrímen no *civil law* e distinguishing no *common law*).

Volpe, citando Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>14</sup>:

A necessidade de se manter coerência, ordem e unidade no sistema, impondo que casos idênticos sejam solucionados da mesma maneira, privilegia os princípios da isonomia e da legalidade, conferindo maior previsibilidade para casos similares ou idênticos e afastando a arbitrariedade ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador.

Deste modo, o respeito aos precedentes é uma decorrência lógica do tratamento igualitário exigido pela Constituição Federal. Ao aplicarmos uma súmula, também estamos efetivando o princípio da igualdade, pois casos semelhantes serão decididos do mesmo modo, aplicando-se a *ratio decidendi* extraída dos casos anteriores ao caso em questão, dando tratamento igual aos jurisdicionados, prestigiando-se, assim, a isonomia.

O respeito aos precedentes também traz previsibilidade e conseqüentemente segurança jurídica, princípio implícito no nosso ordenamento jurídico que decorre do Estado democrático de direito. Quando os juízes seguem os precedentes, eles dão aos jurisdicionados previsibilidade, pois esses já sabem qual é o entendimento sobre a legalidade ou ilegalidade do ato, evitando-se, assim, surpresas indesejadas. Uma vez adotados os precedentes, haverá maior segurança jurídica, pois casos iguais serão decididos da mesma forma, acabando com a “loteria jurídica”. Assim como os precedentes, as súmulas têm a função de dar segurança jurídica, evitando a arbitrariedade, pois será aplicado ao caso concreto o mesmo entendimento dado a casos anteriores. Dessa forma, o jurisdicionado já sabe previamente qual é o entendimento do tribunal sobre o assunto.

A aplicação dos precedentes também acarreta a celeridade da prestação jurisdicional, pois os casos mais complexos já foram solucionados anteriormente, dando mais tempo para os juízes trabalharem nos casos ainda não solucionados, dessa forma, respeita-se o princípio constitucional da duração razoável do processo, previsto no artigo 5º, LXXVIII. Do mesmo modo, haverá celeridade ao se aplicar uma súmula, porque seu enunciado já traz o posicionamento do tribunal sobre a matéria em questão, não necessitando que o juiz resolva a mesma controvérsia jurídica já solucionada pelo tribunal.

---

<sup>14</sup> Ibid., p.573.

Quando o entendimento do tribunal é consolidado, os litigantes pensarão duas vezes antes de interpor recursos contra decisão do juiz que seguir as decisões dos tribunais superiores. Desta maneira, só ingressarão em juízo aqueles que muito provavelmente sejam detentores do direito, desestimulando a litigância exacerbada e a utilização de recursos fadados ao insucesso. As súmulas da mesma forma impedem a interposição de recursos meramente protelatórios, uma vez que nosso Código de Processo Civil prevê no seu art. 518, § 1º, a possibilidade de o juiz não receber o recurso quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Do mesmo modo, o art. 557 do Código de Processo Civil determina que o relator negue o recurso que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior de Justiça .

Ao observar os precedentes e as súmulas, o juiz não só beneficia o jurisdicionado como também se beneficia a própria prestação jurisdicional, pois terá mais tempo para trabalhar nos casos difíceis cuja solução ainda não foi encontrada, gastando menos tempo com solucionando demandas repetitivas. Dessa forma, os juízes poderão elaborar melhor suas decisões e as partes aceitarão melhor os veredictos.

O reconhecimento dos precedentes também dá credibilidade ao Poder Judiciário, garantindo mais confiança no trabalho do magistrado e unidade na aplicação do direito. Caso um juiz de 1º instância profira uma decisão que saiba não ser o pensamento do tribunal superior já proferido em uma outra decisão estará dando à parte vencedora uma ilusão de que possui o direito, com o recurso da parte vencida o tribunal reforma a decisão. Esse perde e ganha retira a credibilidade do judiciário, dando incerteza aos litigantes. A aplicação dos precedentes devolve a credibilidade aos juízes, pois casos iguais serão tratados de forma igual, dando unidade ao sistema. Dessa forma, a valorização dos precedentes dá unidade à aplicação do direito e fortalece a confiança nas sentenças proferidas pelos juízes.

O respeito as súmulas também dá confiança as partes no poder judiciário e evita o autoritarismo, pois elas dão publicidade às decisões dos tribunais e uniformizam o sistema jurídico, evitando que haja grandes discrepâncias entre decisões sobre matérias similares. Dessa forma, as partes terão mais convicção no julgamento dos magistrados, pois aos buscarem a solução de uma lide no poder judiciário já saberão previamente o entendimento predominante do tribunal sobre a matéria.

Portanto, apesar de serem institutos diferentes, precedentes e súmulas apresentam identidade finalística, pois possuem as mesmas funções e objetivos, tendo em comum o respeito às decisões judiciais e a preocupação com a coerência.

#### **4. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES E DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO.**

Tendo em vista o que se concluiu anteriormente sobre a identidade finalística das súmulas e dos precedentes no direito brasileiro, e considerando que aquelas são extraídas de conjuntos consolidados destes, faz-se importante analisar os princípios que regem a aplicação dos precedentes e da jurisprudência para, na sequência, extrair as conclusões sobre quais deles devem se verificar no momento da aplicação das súmulas.

A aplicação dos precedentes e da jurisprudência no direito brasileiro deve observar o princípio da motivação das decisões e o princípio da igualdade.

O princípio da motivação das decisões, previsto no artigo 93, X, da Constituição Federal, estabelece a obrigatoriedade de fundamentação em todas as decisões judiciais.

Afirma Barbosa Moreira que o princípio aludido é de suma importância para a interpretação do julgado, controle da justiça e legalidade das decisões pelos tribunais superiores<sup>15</sup>. Modernamente, a motivação é vista como um princípio fundamental, sendo uma garantia, com o fim de impor o dever de enunciar as razões que levaram os julgadores a proferirem as decisões. Através da motivação se pode concretizar o direito que as partes têm de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado, sendo um importante instrumento para averiguar a imparcialidade do juiz. Ademais, é um mecanismo eficaz para promover a uniformização da jurisprudência, para o qual são teses jurídicas que importam e não as decisões nuas dos julgados.

Barbosa Moreira afirma que<sup>16</sup>:

No Estado de direito, todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o estado de direito como “rechtsfertiger Staat”, como estado que se justifica. Distingue a doutrina dois aspectos complementares dessa “justificação”: o material e o formal. A intromissão é materialmente justificada, quando para ela existe fundamento: é formalmente justificada, quando se expõe, se declara, se demonstra o fundamento.

Segundo Ada Pellegrini Grinover<sup>17</sup>, a motivação é um importante princípio para o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional. Tal princípio tem função política,

---

<sup>15</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: (nona série)*. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 86

<sup>16</sup> *Ibid.*, p.87.

pois os destinatários não são somente as partes e o juiz, mas a própria população, com a finalidade de aferir em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.

Do mesmo modo, a motivação é um norteador para a criação e aplicação de súmulas no direito brasileiro, não podendo os magistrados aplicá-las sem que haja a devida exposição de seus motivos, devendo-se considerar os fatos e os fundamentos jurídicos dos precedentes que fundamentaram sua redação. Assim, o princípio da motivação é um importante limitador da arbitrariedade do julgador.

O princípio da igualdade ou isonomia está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal e significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção da sua desigualdade. Dessa forma, casos iguais devem ser tratados de forma igual, devendo o juiz aplicar os precedentes ao caso concreto uma vez que os jurisdicionados devem ser tratados da mesma forma, salvo se, após a comparação entre o caso e o precedente, restar concluído que não há igualdade fática entre os casos, operando-se o *distinguishing*.

Neste contexto, é importante analisar como se dá a fundamentação das decisões amparadas em precedentes e na jurisprudência para, posteriormente, verificar em que medida as técnicas e critérios a elas inerentes se aplicam às súmulas.

Desde já, adiantamos nossa posição de que, para nós, a aplicação da jurisprudência dominante depende de análises que muito se aproximam às técnicas dos precedentes. E é assim pela razão óbvia de que os métodos de comparação e identificação válidos para o precedente e o caso julgado devem ser, na medida do possível, os mesmos utilizados para comparar e identificar o conjunto de julgados dominantes e o caso julgado. Na verdade, a análise da jurisprudência dominante consolidada nas súmulas observa um passo anterior: antes de compará-la com o caso julgado é preciso verificar *qual é a jurisprudência dominante*. Para tanto, as técnicas dos precedentes são essenciais: só há um conjunto de julgados homogêneo na medida em que os casos se assemelhem naquilo que é relevante. É disso que tratam os tópicos subsequentes.

---

<sup>17</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2010, p. 74.

## 5. A TÉCNICA DO STARE DECISIS

O *stare decisis* é uma técnica utilizada pelos ordenamentos que seguem o sistema da *common law* para a aplicação dos precedentes no caso concreto. É derivada da expressão latina *stare decisis et non quiet movere* que significa a conservação das decisões de casos passados. No *stare decisis* as decisões de um órgão judicial criam precedentes e vinculam as que irão ser emitidas no futuro.

Pela doutrina do *stare decisis*, os precedentes possuem eficácia vinculante tanto vertical quanto horizontal. Portanto, as decisões anteriores devem ser respeitadas e seguidas tanto pela Corte Superior que proferiu o precedente, quanto pelos juízes das cortes inferiores, e esta última vinculação se dá pela hierarquia dentro do poder judiciário, na qual os órgãos inferiores devem respeitar as decisões dos superiores.

Na *common law*, os precedentes devem ser observados, pois casos iguais devem ser tratados de forma igual. Dessa maneira, os precedentes têm força vinculante para dar igualdade entre as partes, coerência ao sistema, uniformidade, estabilidade, previsão, consistência e credibilidade ao poder judiciário.

A parte do precedente que verdadeiramente vincula é a *ratio decidendi*, chamada no direito norte americano de *holding*. A *ratio decidendi* é o raciocínio lógico que levou o magistrado a tomar tal decisão; desta forma, são os fundamentos jurídicos que sustentam uma decisão. *Ratio decidendi* são critérios jurídicos que demonstram as circunstâncias importantes da controvérsia e os elementos fundamentais da decisão. Nas palavras de Wambier<sup>18</sup>, a *ratio decidendi* é o *core*, ou seja, o núcleo, a regra a ser aplicada nos casos subsequentes. Em toda decisão também há o *obiter dicta* (o que foi dito para morrer), parte não vinculante que possui apenas força persuasiva. São argumentos acessórios que acompanham a parte principal (*ratio decidendi*). A supressão do *obiter dicta* não prejudica a solução jurídica adotada. Ou seja, retirado o *obiter dicta*, a conclusão permanece a mesma, porque embasada noutro argumento, a *ratio decidendi*.

Na Inglaterra, o sistema de aplicação do precedente era empregado de forma mais rígida, não podendo os juízes modificá-lo. Eles deveriam utilizá-lo mesmo se entendessem que o precedente estava errado. Só em 1966, após o pronunciamento de *Lord Chancellor* que

---

<sup>18</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo. 1 ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 2, p. 20.

se tornou possível abertamente a revisão do precedente pela *House of Lords*, deste modo, a Câmara dos Lordes deixou de aplicar a visão mais rígida do *stare decisis*, afastando o precedente se lhe parecesse incorreto. Nota-se que a prerrogativa de afastar o precedente era, inicialmente, exclusiva da *House of Lords*. Nos Estados Unidos, o sistema sempre foi mais flexível, sendo possível o *overruling* e o *distinguishing*.

Atualmente, no direito anglo-americano os precedentes não são intocáveis. O tribunal, através do *overruling*, pode superar seu precedente e substituí-lo por outro que melhor se enquadre no caso concreto. Opera-se o *overruling* quando o precedente for considerado ultrapassado, contraditório, equivocado ou obsoleto devido a mutações jurídicas. Portanto, o juiz não está eternamente vinculado ao precedente. Ele deve fazer um raciocínio lógico para a correta aplicação do mesmo, devendo afastá-lo caso não haja correlação fática entre precedente e o caso *sub judice* ou quando o precedente se encontra já ultrapassado ou superado.

Segundo Patrícia Perrone Campos Melo<sup>19</sup>:

Duas razões para se revogar um precedente: sua incongruência social e sua inconsistência sistemática. A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre normas jurídicas e *Standards* sociais, corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos. Ela é um dado relevante na revogação de um precedente porque a preservação de um julgado errado, injusto, obsoleto até pode atender os anseios de estabilidade, regularidade e previsibilidade dos técnicos do direito, mas aviltará o sentimento de segurança do cidadão comum. Já a idéia de inconsistência sistemática aponta para uma desarmonia entre diversas regras que compõem determinado ordenamento jurídico.

Segundo Cruz e Tucci, o *retrospective overruling* ocorre quando a revogação opera efeito *ex tunc*, não permitindo que a anterior decisão, então substituída, seja invocada como paradigma em casos pretéritos, que aguardam julgamento. Já o *prospective overruling* verifica-se quando o precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, ou seja, somente em relação aos casos sucessivos, significando que a *ratio decidendi* substituída continua emblemática, como precedente vinculante, aos fatos anteriormente ocorridos<sup>20</sup>. Os precedentes também podem ser revogados de forma preventiva pelas cortes inferiores quando

<sup>19</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 237 ss.

<sup>20</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. 1 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. t. 2, p. 109.

consideram que há grande chance de o mesmo ser modificado pela corte superior (*anticipatory overruling*).

O precedente pode também deixar de ser aplicado quando, após a comparação entre o precedente e o caso concreto houver uma circunstância fundamental que os diferencie, impossibilitando sua aplicação pelo magistrado. A essa técnica, dá-se o nome de *distinguishing*.

Portanto, a principal diferença entre *overruling* e *distinguishing* é que no primeiro o precedente é revogado, pois já se encontra ultrapassado ou errado, não podendo mais ser aplicado às próximas decisões do poder judiciário. Já no *distinguishing*, o precedente não é revogado, sua aplicação é apenas afastada, pois não encontra identidade com o caso em análise, devendo ser aplicado precedente diverso que possua equivalência fática ou prolarar novo precedente na hipótese de o caso ser novo, ou seja, caso nunca antes solucionado (*hard cases*).

Como exemplo de *distinguishing*, temos o caso *Rasul v. Bush* (124 S. Ct. 2686) de 2004. Diferenças fáticas e jurídicas fizeram com que a corte americana afastasse o *leading case* (precedente) *Johnson v. Eisentrager* (70 S. Ct. 936) de 1950. Ambos os casos tratam da interposição de *habeas corpus* em cortes norte-americanas por estrangeiros presos sob custódia do exército americano. Em *Eisentrager*, a *ratio decidendi* foi que a corte federal não poderia apreciar o *habeas corpus* impetrado por estrangeiro. Apesar das semelhanças, a corte americana operou o *distinguishing* ao reconhecer que no caso de *Eisentrager*, os prisioneiros foram julgados e condenados por uma comissão militar por violação de leis de guerra e sentenciados a um período certo de reclusão. Já no caso *Rasul*, os detentos encontravam-se presos por tempo indeterminado em Guantánamo, sem julgamento ou direito de defesa. Dessa forma, a aplicação do precedente *Johnson v. Eisentrager* foi afastada, porém o precedente não foi excluído do ordenamento norte-americano, sendo ainda aplicado quando houver identidade fática. Em *Rasul*, a corte decidiu pela possibilidade de apreciação de *habeas corpus* impetrada por estrangeiro.

Um caso que retrata o *overruling* é *Lawrence v. Texas*. A *Supreme Court* dos Estados Unidos apreciou em 1986 o caso *Bowers v. Hardwick* (106 S. Ct. 2841) de 1986. Neste caso, decidiu-se pela constitucionalidade da criminalização de sodomia por adultos. Para invalidar as leis que possibilitavam a criminalização da sodomia, a Suprema Corte superou o

precedente *Bowers v. Hardwick*. Em 1998, John Geddes Lawrence e Tyron Garner foram condenados por sodomia, crime tipificado em lei do estado do Texas, por manter, consensualmente, relações íntimas. O Caso chegou a *Supreme Court* e em 2003 a corte suprema americana revogou seu precedente *Bowers v. Hardwick*, pois o considerou incorreto uma vez que a condenação dos dois homens pela lei texana prejudicou seus direitos fundamentais à liberdade e à privacidade. Além disso, o indivíduo tem liberdade de pensamento, credo, expressão e orientação sexual, não podendo o estado criminalizar relações íntimas e pessoais entre duas pessoas, afrontando o direito à liberdade do cidadão em fazer suas escolhas sexuais.

Isso posto, pode-se concluir que, para efeitos de *overruling*, a evolução do direito e as mudanças sociais influenciam na aplicação do precedente, possibilitando a revogação. Já as peculiaridades do caso concreto podem impedir a aplicação do precedente, caracterizando o *distinguishing*.

## 6. A TÉCNICA DO *STARE DECISIS* E AS SÚMULAS DO DIREITO BRASILEIRO

Traçadas tais premissas, cabe analisar a aplicação prática da técnica do *stare decisis* provenientes da *common law* na edição e interpretação das súmulas do direito brasileiro, recordando que não se analisará as súmulas com efeito vinculante, devido a dificuldade de se operar o *overruling*.

Embora provenientes do *common law*, as técnicas de interpretação e de aplicação dos precedentes são úteis para o direito brasileiro. Deve o magistrado analisar o caso em questão e confrontá-lo com os precedentes que fundamentaram a edição súmula. Cabe ao juiz examinar o precedente, afastando o *obiter dicta* e extraindo a *ratio decidendi*, que poderá incidir ou não na situação concreta. A não incidência do precedente deve ser justificada quando houver distinção entre o caso concreto e o precedente a ser aplicado (*distinguish*) ou quando o precedente é superado, perdendo sua força vinculante (*overruling*).

Como dito acima, juiz do *common law* não está submetido cegamente a anteriores decisões<sup>21</sup>. Ele deve fazer uma correta interpretação do precedente. Para isso ele deve se utilizar do critério lógico da *ratio decidendi* (*holding*) que são os reais fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, sendo a essência da tese jurídica para solucionar o caso concreto. Tal procedimento não é fácil. Deve-se descobrir o cerne do precedente (*core*), que é a regra (*rule, ratio decidendi*) a ser aplicada nos casos subseqüentes, afastando os *obiter dicta* (o que foi dito para morrer, tem função meramente persuasiva, sendo dispensável).

Portanto, para uma correta aplicação do precedente deve se extrair a *ratio decidendi* a ser aplicada no caso concreto. Dessa forma, o juiz precisa interpretar os precedentes para verificar se há adequação da situação concreta à *ratio decidendi* extraída do precedente.

Assim sendo, as súmulas devem ser utilizadas de forma flexibilizada para atender as diversas demandas sociais. Deste modo, a aplicação de súmulas não pode restringir ao verbete estático, cristalizado em enunciados abstratos e genéricos, mas deve resultar de comparação dos casos, assegurando que se está diante das mesmas circunstâncias fáticas e axiológicas que justifiquem a extensão do enunciado anterior ao caso posterior. Tem-se que a jurisprudência não é cristalizada em um postulado abstrato, mas em um acórdão inteiro com todas as suas

---

<sup>21</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. 1 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. t. 2, p. 68.

particularidades. A súmula que não respeita o *ratio decidendi* das decisões que as justifiquem, constitui um verdadeiro abuso de poder do tribunal.

Atualmente, os tribunais superiores vêm editando súmulas com a finalidade de uniformizar sua jurisprudência, dar segurança jurídica, reduzir recursos meramente protelatórios, conferir celeridade aos julgamentos e corroborar com a economia processual. As súmulas são elaboradas a partir de decisões reiteradas do tribunal sobre o mesmo assunto (jurisprudência), servindo de orientação para futuras decisões.

Sob essa perspectiva, a jurisprudência vem cada vez mais assumindo um importante papel como fonte do direito, exigindo do juiz não só a tarefa de aplicação da lei pelo método da subsunção normativa<sup>22</sup>, como também a aplicação de súmulas que se originam da jurisprudência dominante do tribunal que as editou.

Entretanto, em algumas situações, as súmulas não refletem realmente os precedentes que foram utilizados para sua edição. Como exemplo da dissonância do enunciado da súmula e do verdadeiro teor dos julgados que serviram de fonte para sua criação, temos a súmula 301, do STJ. Referida súmula tem o seguinte enunciado: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Tal súmula tem como precedentes o REsp 460302 PR 2002/0059605-5<sup>23</sup>, o AgRg no Ag 498398 MG 2003/0002781-4<sup>24</sup>, o REsp 409285 PR 2002/0011489-0<sup>25</sup>, o REsp 256161 DF 2000/0039455-6<sup>26</sup>, o REsp 141689 AM 1997/0052010-2<sup>27</sup>, o REsp 55958 RS 1994/0032252-6<sup>28</sup> e o REsp 135361 MG 1997/0039618-5<sup>29</sup>.

Pela a análise dos referidos precedentes, o verbete indica a existência de uma presunção relativa, semelhante a uma presunção legal. Inverter-se-ia o ônus da prova da paternidade, em todo e qualquer caso, diante da recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA. Não é isso, porém, que se extrai dos acórdãos do STJ. Tal conclusão pode ser extraída da seguinte ementa:

#### CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA.

<sup>22</sup> DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. Salvador. JusPodivm, 2010. v.2, ob, cit., p.39.

<sup>23</sup> STJ, 3ª.T.,REsp 460302, rel Min. Castro Filho, DJU 17.11.2003,p. 320.

<sup>24</sup> STJ, 3ª.T.,AgRg no Ag 498398, rel Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 10.11.2003,p. 188.

<sup>25</sup> STJ, 4ª.T.,REsp 409285, rel Min. Aldair Passarinho Junior, DJU 26.08.2002,p. 241.

<sup>26</sup> STJ, 3ª.T.,REsp 256161, rel Min. Ari Pargendler, DJU 18.02.2002,p. 411.

<sup>27</sup> STJ, 3ª.T.,REsp 141689, rel Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 07.08.2000,p. 104.

<sup>28</sup> STJ, 4ª.T.,REsp 55958, rel Min. Bueno de Souza, DJU 14.06.1999,p. 192.

<sup>29</sup> STJ, 4ª.T.,REsp 135361, rel Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 15.03.1999,p. 229.

I - A recusa do investigado em submeter-se ao exame DNA, marcado pelo juízo por 10 (dez) vezes, ao longo de quatro anos, **aliada à comprovação de relacionamento sexual entre o investigado e a mãe do autor impúbere**, gera a presunção de veracidade das alegações postas na exordial.

II - Desconsiderando o v. acórdão recorrido tais circunstâncias, discrepou da jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal.

III - Recurso especial conhecido e provido. <sup>30 31</sup>

<sup>30</sup> STJ, 3ª.T. REsp 141689, rel Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 07.08.2000,p. 104.

<sup>31</sup> “O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): O MM. Juiz monocrático, em sua sentença de fl s. 210-240, considerando comprovado o relacionamento entre a mãe do autor e o investigado, aliado à recalcitrante recusa do investigado a submeter-se a exame de DNA, calcado, ainda, no entendimento jurisprudencial sobre a presunção de paternidade em havendo recusa à avaliação científica, julgou procedente o pedido, podendo asseverar, quanto ao não comparecimento do investigado à realização da perícia, marcada por dez vezes, ao longo de três anos, verbis: ‘Quase quatro anos decorridos após a impetração do presente feito, chegando agora ao seu final, pelo menos em termos de 1ª Instância, visto a intransigência, para não dizer a petulância, arrogância, menosprezo pelas ordens judiciais da parte do réu, em entravar o prosseguimento do mesmo, obstruindo as medidas legais que lhe competia cumprir, sob as mais variadas desculpas, algumas estapafúrdias e outras faltando com a verdade (...)’ (fl . 229). Ainda sobre os elementos de convicção da paternidade, refere a r. sentença ao próprio depoimento prestado pelo investigado em Juízo, ao dizer: ‘(...) que o depoente afirma que teve relacionamento com a mãe do menor de 1989 até aproximadamente o dia 10 de janeiro de 1990 (fl s.116). Quanto ao depoimento da única testemunha, D. Mary Jane Sá Costa, diz S. Exa. que contra ela o R. nada alegou, nem argüiu, em nenhum momento, sua suspeita, parcialidade ou indigna de fé. De seu depoimento, colhe-se o seguinte trecho: (...) inclusive é vizinha da mesma (mãe do menor), sabe a depoente que era comum a visita do Coronel Mael na casa de Edilene inclusive testemunhou que inúmeras vezes viu Edilene sair na companhia do Coronel, que era comentário entre os vizinhos que estava acontecendo um namoro e um caso entre eles: Que, após Edilene ficar grávida, o Coronel Mael não mais compareceu à residência, tempos depois, já tendo nascido o filho de Edilene, a depoente teve oportunidade de constatar que um soldado da Polícia Militar chegou a casa de Edilene com um envelope contendo dinheiro e Edilene lhe disse que foi a mando do Coronel Sá (fls. 190).’ E concluiu o eminente magistrado, verbis: ‘O reconhecimento da paternidade, no caso, pende dos seguintes requisitos: a) prova de relacionamento sexual contemporâneo com a concepção; b) prova de fidelidade ao tempo da concepção; c) prova de honestidade da mulher (...)’ (fl s. 238). Já na parte dispositiva, fez-se assim a sentença: ‘Pelo exposto, não havendo qualquer dúvida a respeito da paternidade ora argüida, porquanto os elementos circunstanciais convergem com clareza a conclusão e convicção deste juízo, de que o Requerido, Coronel PM Mael Rodrigues de Sá é o pai do menor impúbere, Ítalo Coelho Peres, julgo procedente (...)’ (fl . 239). O acórdão recorrido, ao desprezar tais circunstâncias, negou o valor probante da presunção de paternidade decorrente da resistência do investigado a submeter-se a exame hematológico (DNA), afastando-se da pacífica orientação deste Superior Tribunal, consoante resai dos seguintes acórdãos, assim ementados: ‘Processual Civil. Recurso especial. Investigação de paternidade. Exame hematológico. Cerceamento de defesa. I - A recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA induz presunção que milita contra sua irresignação. II - Decisões locais que encontraram fundamento em caudaloso conjunto probatório. III - Ausência de contrariedade à Lei Federal. IV - Dissídio jurisprudencial não configurado, ante a diversidade das bases empíricas das hipóteses colocadas em confronto. V - Recurso especial não conhecido.(REsp n. 55.958-RS, Rel. Min. Bueno de Souza, 4ª T., unânime, julgado em 06 de abril de 1999, DJ de 14 de junho de 1999). Ação de investigação de paternidade. Relacionamento. Recusa ao exame do DNA. A prova do relacionamento entre a mãe dos autores e o investigado, somado ao fato da recusa dos herdeiros deste em submeter-se a exame sanguíneo, para comparação de DNA, gera a presunção de veracidade das alegações articuladas na inicial, de modo a dar-se pela procedência do pedido. (AG n. 2498119-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., DJ de 26 outubro de 1999). Ação de investigação de paternidade. Prova. Exceptio plurium concubentium. DNA. Deve ser afastada a alegação de *plurium concubentium* da mãe da autora, ao tempo da concepção, se os réus (irmãos e herdeiros do investigado) recusam submeter-se a exame de DNA, assim impedindo o juiz de apurar a veracidade da sua alegação. Elementos suficientes de convicção sobre a paternidade imputada ao investigado. Recurso não conhecido. (REsp n. 135.361-MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., unânime, julgado em 15.12.1998, DJ de 15.03.1999). Nesse contexto, tendo o acórdão recorrido, do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, desconsiderado a presunção de veracidade dos fatos alegados e provados quanto ao relacionamento entre o investigado e a mãe do autor, aliado à recusa do R. em se submeter aos exames periciais hematológicos (DNA), discrepou da jurisprudência deste Superior Tribunal, consoante fiz ver acima, razão por que conheço do recurso e lhe dou

Observa-se, no caso *supra* ementado, que a conclusão do Relator não se respaldou exclusivamente na recusa do réu em se submeter ao exame, tendo considerado a existência de provas do relacionamento entre este e a mãe, verificadas do depoimento pessoal do autor e da oitiva de testemunhas.<sup>32</sup> Deste modo, a *ratio decidendi* do precedente que originou a súmula não consiste apenas na presunção judicial, mas nesta presunção, *aliada aos demais elementos probatórios*.

Outros acórdãos do mesmo tribunal também adotam o entendimento que a recusa do investigado em se submeter a exame de DNA não desonera o autor de comprovar a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai, por meio de provas indiciárias. É o que se nota a seguir:

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DO RÉU. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE. FALTA DE PROVAS INDICIÁRIAS.

- O não comparecimento, injustificado, do réu para realizar o exame de DNA equipara-se à recusa.

- Apesar da Súmula 301/STJ ter feito referência à presunção *juris tantum* de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudências que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância **não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai.**

Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Resp 692242 - MG, Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, DJU 12/09/2005)<sup>33</sup>

---

provimento para cassar o v. acórdão recorrido e restaurar a v. decisão monocrática de fls. 210-240.” (Extraído do voto do Relator no REsp 141689, rel Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 07.08.2000, p. 104).

<sup>32</sup> Confira-se nota *supra*, com o inteiro teor do voto do relator.

<sup>33</sup> Nos termos do voto da Relatora, Min. Nancy Andrigui: “Este Tribunal definiu que a recusa do investigado em submete-se ao exame de DNA apenas contribui para a presunção da veracidade das alegações trazidas pela investigante com a petição inicial, devendo ser interpretada aliada ao contexto probatório desfavorável ao réu. Precedentes neste sentido: AgRg no AG 498395, da relatoria do e. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, pub. no DJ de 10.11.2003 e Resp 557365, de minha relatoria, julgado em 07.04.2005. Na sentença de fls. 157/159, foi consignada a ausência de provas indiciárias da paternidade imputada ao recorrente, observe-se: ‘*O conjunto probatório demonstra que a autora não conseguiu comprovar as ilações, a testemunha que arrolou é a mãe biológica que apenas fez declarações, que o juízo não pode aceitar como prova. (...) Não obstante a total ausência de provas verifica-se que a autora já tem pai e mãe fl. 19 e diante disso, não há como atribuir paternidade ao investigado ante a total ausência de provas. No mais, a testemunha do investigado informou ao juízo que na época da concepção da autora ele se encontrava num garimpo no estado do Pará*’. Entretanto, o Tribunal de origem, mesmo reconhecendo a ausência de provas, julgou procedente o pedido de declaração da paternidade apresentando como único fundamento a presunção gerada pela recusa do recorrente em coletar o material genético. Confira-se trecho do acórdão recorrido: ‘*Se nenhuma das partes logrou produzir qualquer outra prova convincente, a fim de desconstituir a presunção de paternidade que recai sobre o Apelado é de se acolher a parte do pleito que versa a respeito do reconhecimento da paternidade, com a alteração do registro da Apelante neste sentido*’ (fls. 196). Não obstante tenha o recorrente deixado de realizar, injustificadamente, o

No caso, relatado pela Min. Nancy Andrighi, o cerne da controvérsia era, justamente, saber se a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA exonerava a investigante do ônus de provar, por outros meios, os fatos constitutivos de seu direito. Tratava-se de hipótese em que, embora não tivesse havido recusa expressa, o recorrente deixou de comparecer, injustificadamente, por mais de uma vez, ao laboratório designado pelo juiz para coletar material genético, tendo, com isso, impedido a realização do exame pericial. Contudo, não havia outros elementos probatórios que indicassem a paternidade, razão pela qual o STJ concluiu que a presunção não poderia ser aplicada, julgando improcedente o pedido de declaração da paternidade. Mais uma vez, da *ratio decidendi* do acórdão constou a necessidade de o conjunto probatório corroborar a presunção judicial.

Desse modo, a súmula 301 do STJ está redigida de forma contraditória com os precedentes que lhe deram origem, pois estabelece uma presunção *legal* (ou “sumular”) relativa, sendo que nos julgados que a motivaram essa presunção é *judicial (hominis)*.

Segundo Arruda Alvim<sup>34</sup>, as presunções podem ser simples (comuns ou dos homens) e legais. Na presunção *hominis*, havendo o indício (fato provado), este leva o juiz a crer (como acreditaria o homem médio) que tenha ocorrido outro fato (fato principal ou fato probando). Dessa forma, o indício é o fato auxiliar do qual se pode extrair o fato principal. O juiz aceita uma presunção *hominis*, pois ela expressa algo comum, habitual.

Na presunção legal, tem-se um fato provado (indício, porém na presunção legal leva o nome de fato auxiliar ou fato base), e um fato que se tem por provado (presumido). Com a efetiva comprovação do fato auxiliar, o juiz é levado a crer que o fato presumido também é existente. Este raciocínio decorre, não só porque o fato probando teria ocorrido (como seria na presunção *hominis*) mas, sim, por força de lei, ao contrário do que ocorre na presunção *hominis*. As presunções legais se dividem em absolutas e relativas. Nas absolutas, desde que provado a existência do fato base ou auxiliar, o fato presumido também será considerado existente, não restando possibilidade alguma de o juiz deixar de atender à presunção, ou seja,

---

exame de DNA, incumbia à recorrida, minimamente, por meio de provas indiciárias, comprovar a possibilidade de ser reconhecida a paternidade, o que, na hipótese, não ocorreu. Com estes fundamentos e diante da reconhecida falta de indícios da existência de relacionamento íntimo entre a mãe da recorrida e o recorrente, inviável manter as conclusões apresentadas pelo Tribunal de origem. Forte em tais razões, conheço do recurso especial e lhe dou provimento para reformar o acórdão recorrido, julgando improcedente o pedido de declaração da paternidade imputada ao recorrente.”

<sup>34</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011. p. 1053-1059.

o fato presumido haverá de ser reputado verdadeiro. Se a parte conseguir provar não ter ocorrido o fato base, não poderá ser invocada a presunção. Os artigos 163 e 174 do Código Civil de 2002 são exemplos de presunção absoluta. Na presunção relativa, provado o fato auxiliar, o fato probando será considerado verdadeiro. Deste modo, a atividade probatória não necessita ser endereçada para o fato presumido, bastando provar a existência do fato auxiliar. Ocorre que, na presunção relativa, a parte pode fazer prova não só contra a existência do fato auxiliar, mas também do fato presumido. Assim, na presunção relativa, mesmo evidenciado o fato base ou auxiliar, admite-se prova da inoccorrência do fato presumido. Podem ser apontados como exemplo de presunção legal relativa os artigos 324 e 500 do Código Civil.

O STJ, ao editar a referida súmula, não observou os precedentes que lhe originaram, cujo entendimento autoriza o juiz a proceder à presunção *hominis* da paternidade, sempre levando em consideração o conjunto probatório. Ao contrário, estabeleceu, por súmula, uma espécie análoga à presunção legal relativa, com a ressalva de que nenhuma lei a prevê.

Ao contrário, a presunção relativa estabelecida pelo Tribunal é contrária à lei, pois o artigo 232 do Código Civil estabelece uma presunção *hominis*, e não legal, uma vez que autoriza tomar como indício a recusa à perícia médica, suprindo a prova que se pretendia obter com o exame. Dessa forma, não há presunção legal, mas permissão para uma presunção *hominis* (judicial), devendo tal presunção ser confirmada os demais elementos probatórios dos autos. Portanto, caso o aplicador do direito não recorra aos precedentes da súmula, poderá ocorrer uma utilização equivocada da mesma.

Após a edição da súmula, alguns julgados de Tribunais inferiores, como a Apel 0339128-42.2009.8.26.0000<sup>35</sup> e a Apel 1.0079.07.373281-4/002<sup>36</sup>, ainda mantêm a *ratio decidendi* extraída dos precedentes que a deram origem, determinando que se analise o conjunto probatório para averiguar a paternidade. Todavia, há julgados nos quais o Tribunal

---

<sup>35</sup> TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado. Apel 0339128-42.2009.8.26.0000, rel José Carlos Ferreira Alves, DJe 07/08/2012. Observa-se trecho do acórdão que esclarece a necessidade de se considerar o conjunto probatório: “Desta forma, a existência de outros elementos probatórios que revelam, pelo menos, a certeza moral sobre a paternidade atribuída ao apelante, permitem que se considere a presunção de paternidade, com fundamento no artigo 232 do Código Civil e da Súmula 301 do C Superior Tribunal de Justiça.”

<sup>36</sup> TJMG, 7ª Câmara Cível. Apel 1.0079.07.373281-4/002, rel Washington Ferreira, DJe 09/11/2012. Constatase, pela passagem do acórdão, a necessidade de se analisar as demais provas dos autos: “Além dessas premissas, é perfeitamente possível atribuir a paternidade do Apelante sobre o Apelado, consubstanciado também nos demais elementos dos autos, que comprovam que ele à época da concepção manteve um relacionamento com a genitora de menor, o que foi confirmado em sua defesa”.

aplica cegamente o enunciado da súmula, deixando de verificar o conjunto probatório, como na Apel 0120571-93.2006.8.26.0000<sup>37</sup> e na Apel 70055305817<sup>38</sup>.

Esta discrepância demonstra como o critério inicialmente cogitado como *ratio decidendi* se perdeu, de sorte que a Súmula não cumpre seu papel uniformizador, neste caso. Tal se deve, concomitantemente, ao fato de sua redação não expressar fielmente o conteúdo dos precedentes que lhe deram origem, bem como à circunstância de que sua interpretação não observa os critérios de identificação dos precedentes originários, nos moldes aqui defendidos.

A súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça também não apresenta adequação com os julgados que lhe deram origem. O enunciado da referida súmula é o seguinte: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, a abusividade das cláusulas”.

O teor dessa súmula foi extraído dos seguintes precedentes: REsp 1061530 RS 2008/0119992-4<sup>39</sup>, AgRg no REsp 1006105 RS 2007/0269634-1<sup>40</sup>, AgRg no REsp 782895 SC 2005/0156263-9<sup>41</sup>, REsp 1042903 RS 2008/0065702-7<sup>42</sup>, AgRg no REsp 1028361 RS 2008/0025524-0<sup>43</sup>, EREsp 645902 RS 2005/0027242-8<sup>44</sup>, AgRg nos EREsp 801421 RS 2006/0225242-8<sup>45</sup>, REsp 541153 RS 2003/0073220-8<sup>46</sup>.

Pelo exame do enunciado sumular, entende-se que é vedado a qualquer juiz declarar de ofício cláusula abusiva em contratos bancários. Porém, pela análise dos julgados que deram origem à súmula percebe-se que o teor da mesma foi além dos precedentes que lhe

---

<sup>37</sup> TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado. Apel 0120571-93.2006.8.26.0000, rel. Maurício Vidigal, DJe 05/04/2011. Da passagem do acórdão, observa-se que o relator não fez nenhuma menção ao conjunto probatório para aplicar a presunção da súmula 301 do STJ: “a negativa injustificada do réu em comparecer ao exame do DNA constitui robusta presunção dos fatos alegados na inicial, porque o único motivo plausível para a recusa é o conhecimento de que a prova demonstraria ser a autora sua filha”.

<sup>38</sup> TJRS, 7ª Câmara Cível. Apel 70055305817, rel. Liselena Schifino, DJe 18/07/2013. Nota-se trecho do acórdão que não leva em consideração o conjunto probatório para indicar a paternidade: “Embora não haja prova cabal do fato constitutivo do direito do autor, procede a investigatória. É que apenas a prova pericial poderia trazer a certeza absoluta da existência ou não do liame biológico, mas o recorrente não compareceu ao exame de DNA, ensejando, então, a presunção da veracidade dos fatos narrados pelo investigador, ou seja, a própria existência da relação de paternidade”.

<sup>39</sup> STJ, 2ª.S. REsp 1061530, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 01.12.2009.

<sup>40</sup> STJ, 4ª.T. AgRg noREsp 1006105, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJe 29.09.2008.

<sup>41</sup> STJ, 3ª.T. AgRg noREsp 782895, rel. Min. Sidnei Benetti, DJe 01.07.2008.

<sup>42</sup> STJ, 3ª.T. REsp 1042903, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 20.06.2008.

<sup>43</sup> STJ, 4ª.T. AgRg noREsp 1028361, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 16.06.2008.

<sup>44</sup> STJ, 2ª.S. EREsp 645902, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 22.10.2007, p. 189.

<sup>45</sup> STJ, 2ª.S. AgRg noREsp 801421, rel. Min. Ari Pargendler, DJe 16.04.2007, p. 164

<sup>46</sup> STJ, 4ª.T. EDcl noREsp 541153, rel. Min. César Asfor rocha, DJe 20.02.2006, p. 341.

originaram. O assunto abordado nos referidos precedentes tem como objeto principal a norma do art. 515, CPC que traz o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*. O cerne de toda a questão não é a possibilidade de declaração de ofício da abusividade da cláusula consumerista, mas a possibilidade de o órgão *ad quem* analisar *ex officio* matéria não ventilada no recurso, violando o princípio segundo o qual o reexame no juízo *ad quem* se prende aos pontos objetos do recurso, pois o mesmo não pode julgar de maneira *extra petita*. É o que se extrai do voto do ministro relator Sidnei Beneti no AgRg no REsp 782895 SC 2005/0156263-9:

Assiste razão ao recorrente no que concerne à impossibilidade de o órgão julgador revisar as cláusulas contratuais consideradas abusivas, a despeito de irresignação da parte interessada, tendo em vista a natureza patrimonial dos direitos envolvidos. Consoante pacífico entendimento no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, **o julgamento realizado de ofício pelo Tribunal ofende o princípio *tantum devolutum quantum appellatum* positivado no artigo 515 do Código de Processo Civil (CPC), uma vez que a Corte revisora exorbita na entrega da prestação jurisdicional, indo além do que foi impugnado nas razões recursais. Ressalvam-se, por óbvio, as restritas hipóteses em que tal atividade é autorizada** (grifos do autor).

A mesma conclusão se deduz do voto do ministro relator Massami Uyeda no REsp 1042903 RS 2008/0065702-7:

Na realidade, o entendimento mais recente desta egrégia Corte é no sentido da impossibilidade do reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas, sendo, para tanto, necessário o pedido expresso da parte interessada (ut REsp 612.470/RS, relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ 30.06.2006). Assinala-se, ainda, que, nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil, **excetuando-se as matérias de ordem pública, examináveis de ofício**, o recurso de apelação devolve para o Órgão *ad quem* a matéria impugnada, que se restringirá aos limites dessa impugnação. (grifos do autor).

Dessa forma, depreende-se dos julgados que precederam à criação da súmula que a questão primordial tratada diz respeito à possibilidade ou não do juízo *ad quem* identificar *ex officio* a nulidade de disposição contratual abusiva e não a impossibilidade de qualquer juiz declarar sem provocação a abusividade de contratos bancários.

Pela interpretação literal do verbete sumular, temos que nenhum juiz pode declarar de ofício a nulidade de cláusula abusiva em contratos bancários. Tal interpretação viola o disposto no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor que elenca um rol exemplificativo de cláusulas contratuais abusivas, segundo o qual são nulas de pleno direito. Viola também o artigo 1º, que prega que as normas consumeristas são de ordem pública. Além disso, vai de

encontro à súmula 297, do próprio tribunal que vaticina que o CDC é aplicado às instituições financeiras. É também contrária ao artigo 168, parágrafo único, do Código Civil que determina que o juiz deva declarar de ofício as nulidades absolutas. Apesar de essa norma ser privada, pelo diálogo das fontes, ele pode e deve ser aplicada nas relações de consumo. Por fim, é contrária a acórdãos do mesmo tribunal que entendem que não haverá julgamento *extra petita* quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre matérias de ordem pública, como as matérias do art. 1º e 51 do CDC<sup>47</sup>.

Os tribunais estão aplicando *ipsis litteris* a súmula 381 do STJ. É o que se nota em julgados como a Rcl 4491/MG<sup>48</sup> (STJ, 2ª.S. Rcl 4491, rel Min. Nancy Andrighi, DJe 13.03.2012) e a Apel 0182860-53.2006.8.26.0100<sup>49</sup> (TJSP, 18ª Câmara de Direito Privado, Apel. 0182860-53.2006.8.26.0100, rel. Rubens Cury julgamento em 06/02/13).

Nota-se, portanto, uma discrepância entre os posicionamentos anteriores do STJ e a redação da súmula, caracterizando arbítrio de poder pelo tribunal, motivo pelo qual deve haver parâmetros técnicos no momento da elaboração e interpretação das súmulas.

Ante ao exposto, tendo em vista o princípio da motivação das decisões, conclui-se que o *stare decisis*, sistema de aplicação de precedentes do *common law*, pode e deve ser utilizado como um mecanismo para a fiel interpretação e aplicação das súmulas no direito

---

<sup>47</sup> STJ, 2ª.T. Resp 1013562/SC. Rel. Castro Meira, DJ 07.10.2008

<sup>48</sup> “RECLAMAÇÃO. JUizados ESPECIAIS. PEDIDO LIMINAR. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO Prolatado por Turma Recursal Estadual e a Súmula 381/STJ. PERIGO DE DANO. SOBRESTAMENTO DOS PROCESSOS VERSANDO SOBRE CONTROVÉRSIA SEMELHANTE À DOS AUTOS, LIMITADO ÀS AÇÕES EM TRÂMITE PERANTE A TURMA RECURSAL RECLAMADA. 1. **É vedado aos julgadores reconhecer, com fundamento no art. 51 do CDC e sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Súmula 381/STJ.** 2. A paralisação de milhares de processos que tratem da revisão de cláusulas contidas em contratos bancários, em razão de liminar concedida por esta Corte, pode trazer ainda mais prejuízos à integridade do sistema judicial, pois compromete a fluidez dos feitos e retarda sua solução. Embora haja um número imponderável de outras ações que cuidam de questão idêntica à dos autos, a suspensão destes processos a âmbito nacional é inviável, especialmente em virtude dos imperativos de política judiciária e do relevante interesse social em causa. Liminar deferida para determinar a suspensão de todos os processos que cuidem da revisão de contratos bancários em trâmite perante a 1ª Turma Recursal do Juizado Especial de Betim – MG, até o julgamento final da presente Reclamação.”

<sup>49</sup> “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR Aplicabilidade Contratos bancários foram expressamente incluídos no rol da Lei 8.079/90 Pretensão acolhida, mas que não implica, de per si, a nulidade das cláusulas contratuais. JUROS Limitação constitucional prevista no art. 192, §3º, da CF Inaplicabilidade Dispositivo não auto-aplicável Impossibilidade de aplicação da Lei de Usura Súmula 596 do STF Pedido não acolhido. CLÁUSULAS ABUSIVAS E ONEROSIDADE EXCESSIVA Alegações genéricas e sem esboço probatório - Ausência de indicação das cláusulas que a apelante entende abusiva **Impossibilidade de reconhecimento da abusividade de cláusulas de contratos bancários ex officio Inteligência da Súmula 381 do STJ** Pretensões afastadas. FINANCIAMENTO - TABELA PRICE Capitalização de juros existente em decorrência da sua fórmula de amortização - JUROS - Capitalização Impossibilidade Falta de comprovação da existência de previsão contratual expressa Exclusão determinada Pedido acolhido Antecipação de tutela determinada para impedir a negativação do nome da autora junto aos órgãos restritivos relativamente à dívida discutida nestes autos - Verbas sucumbenciais igualmente repartidas em razão da sucumbência recíproca Recurso parcialmente provido.”

brasileiro, pois com ele se extrai o verdadeiro fundamento legitimador das decisões anteriores do juízes (*ratio decidendi*), devendo tal fundamento ser aplicado nos casos posteriores para que haja coerência e segurança jurídica.

Portanto, a utilização do *stare decisis* como método hermenêutico para se extrair a tese jurídica que fundamentou decisões pretéritas constitui eficaz ferramenta para dar segurança jurídica, evitando decisões contraditórias, dando união ao sistema jurídico, devendo, dessa forma, ser utilizado para a interpretação e edição das súmulas do direito brasileiro.

## CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo desse trabalho, afirmar a possibilidade da utilização do sistema do *stare decisis* como técnica útil para a edição e interpretação das súmulas no direito brasileiro.

Nesse sentido, foi traçada a evolução histórica do precedente no nosso ordenamento jurídico. Iniciando nos assentos que eram enunciados gerais e abstratos com força obrigatória, passando pelo prejulgado que era uma manifestação do pleno para ser seguido no recurso em andamento, possuindo eficácia *intra muros*; depois, evoluiu-se para as súmulas não vinculantes que são enunciados que retratam a jurisprudência dominante do tribunal. Finalizando esta construção histórica, chegamos nas súmulas vinculantes e no julgamento de demandas repetitivas. Tal evolução se mostra de suma importância, pois a mesma reflete as soluções que nosso ordenamento encontrou para a uniformização da jurisprudência

Diante da pesquisa realizada, chamou-se a atenção para a influência da *common law* no ordenamento jurídico brasileiro tradicionalmente pertencente a *civil law*, tendo como primordial atributo a codificação das normas, diferentemente do sistema da *common law* no qual a principal fonte do direito é o precedente. Constatou-se que atualmente há uma aproximação entre os dois sistemas. Em especial, nota-se a valorização do precedente (decisão judicial cujo núcleo pode ser utilizado para solucionar novos casos semelhantes) no sistema pátrio, sendo um mecanismo que favorece a segurança jurídica, a celeridade, a igualdade e eficiência da prestação jurisdicional. Buscou-se, também, expandir os benefícios trazidos pelos precedentes às súmulas (enunciados prescritivos gerais e abstratos que refletem a jurisprudência consolidada de certo tribunal), pois, embora diferentes, há entre eles identidade finalística, qual seja, respeito às decisões passadas.

Para uma devida utilização dos precedentes, os princípios da motivação e da isonomia foram traçados como fundamentais norteadores de sua aplicação e, por conseguinte, da aplicação da jurisprudência e das súmulas no direito brasileiro, sendo tais princípios elementares para conter a arbitrariedade do juiz.

Dessa forma, a técnica do *stare decisis* proveniente do direito anglo-americano foi investigada. A referida técnica afirma que as decisões de um órgão judicial criam precedentes e vinculam aqueles que serão emitidos no futuro. Sua forma de aplicação não é simples. De todo o julgamento, deve-se retirar a *ratio decidendi* que são os motivos que verdadeiramente influenciaram na decisão do caso concreto e que podem ser utilizados para solucionar casos

futuros, constituindo a essência da tese jurídica. É imperioso afastar os *obiter dictum* que são fundamentos auxiliares, não exercendo relevante influência para a solução do caso concreto. A aplicação do precedente poderá ser afastada quando houver diferenças fundamentais entre o caso concreto e o precedente a ser aplicado (*distinguish*) ou quando o precedente já encontra superado, pois não reflete mais as mudanças sociais e jurídicas vivenciadas pela sociedade, perdendo sua força vinculante (*overruling*).

À luz dessas premissas, analisou-se a aplicação concreta da técnica do *stare decisis* para a edição e interpretação das súmulas. Tal técnica, se devidamente aplicada, irá refletir com precisão as teses jurídicas extraídas dos julgados que deram origem às súmulas. Examinou-se as súmulas 301 e 381 do STJ e percebeu-se que ambas não respeitam a *ratio decidendi* dos precedentes que lhes deram origem, configurando abuso de direito do tribunal. Pelo todo exposto e considerando o princípio constitucional da motivação das decisões, conclui-se que o *stare decisis*, sistema de aplicação de precedentes da *common law*, pode e deve ser empregado como técnica para a leal interpretação e aplicação das súmulas no direito brasileiro, pois com ele se atinge o autêntico fundamento legitimador das decisões anteriores do juízes (*ratio decidendi*), devendo tal fundamento ser aplicado nos casos posteriores para que haja coerência e segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, ARRUDA. **Manual de direito processual civil**. 14 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

AZEVEDO, Tiago João Lopes Gonçalves de. **A uniformização da jurisprudência: dos assentos aos acórdãos de uniformização de jurisprudência**. Disponível em: <[http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/tiagoazevedo\\_uniformizacaojurisprudencia.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/tiagoazevedo_uniformizacaojurisprudencia.pdf)>. Acesso em 09 de agosto de 2013.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 4 ed. Salvador. JusPodivm, 2009. v. 2.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. 1 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. t. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. 1 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. t. 2.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: Perspectiva Histórica, Dogmática e de Direito Comparado**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008. t. 2.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 12 ed. Salvador. JusPodivm, 2010. v.1.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. 5 ed. Salvador. JusPodivm, 2010. v.2.

GRECO, Leonardo. **Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança**. Disponível na Internet: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=238](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=238)> Acesso em 12 de março de 2013.

MACUSO, Rodolfo Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula vinculante**. 4 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. Salvador. JusPodivm, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O processo civil brasileiro entre dois mundos**. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 16, 2001.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual: (nona série)**. São Paulo. Saraiva, 2007.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. 1 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012. t. 2, p. 11-95.