

# **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA**

**CELSO HIROSHI IOCOHAMA**

**SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS**

**SÍLZIA ALVES CARVALHO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Sérgio Henrique Zandona Freitas; Sílzia Alves Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-391-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Efetividade da justiça. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa  
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis  
Santa Catarina – Brasil  
[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)

## IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

### PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

---

#### **Apresentação**

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) de Artigos denominado “PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I” do IV Encontro Virtual do CONPEDI (IVEVC), com a temática “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio institucional de importantes centros de ensino dos Estados Unidos (Widener University Delaware Law School), Espanha (Universidad de Alicante) e Itália (Università degli Studi di Perugia), em conexão com a Escola de Ciências Jurídicas e Sociais e o Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UNIVALI/SC, assim como do Mestrado Profissional em Direito da UFSC, em evento realizado entre os dias 09 e 13 de novembro de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito processual, apresentados, discutidos e debatidos pelos autores, pesquisadores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

Os artigos apresentados se caracterizaram pelo tratamento do direito processual civil, da jurisdição e da efetividade da justiça a partir da aplicação prática do direito. Os problemas das pesquisas estão relacionados com a segurança jurídica, com a celeridade processual e com efetividade da justiça. Assim, pode ser destaca a abordagem a respeito do sistema probatório, da duração razoável do processo, da ratio decidendi, do acesso a justiça, do modelo de “desjudicialização” dos conflitos e questões a respeito dos precedentes.

Observa-se o compromisso com a metodologia como o meio para assegurar que as pesquisas qualitativas alcancem a excelência quanto ao tratamento do problema objeto do trabalho, e, a validade das conclusões apresentadas.

O estudo a respeito do sistema probatório envolve a questão da prova ex officio e do princípio da isonomia das partes no processo, bem como questões relacionadas ao sistema de precedentes sob a perspectiva de Ronald Dworkin, tendo em vista o livre convencimento racional do juiz.

A técnica da distinção foi abordada sob o ponto de vista de hard cases, tendo como aspecto de análise a atuação do Tribunal Constitucional alemão em relação a casos que envolve a liberdade religiosa. Os precedentes são estudados, ainda, em relação à sua vinculação e a fundamentação das decisões.

O acesso à justiça é estudado sob o ponto de vista dos juizados especiais, dos métodos alternativos de resolução de conflitos, da administração da justiça pelos cartórios, principalmente. Destaca-se a consensualidade tratada a partir dos negócios jurídicos processuais, da cooperação jurídica, da autonomia privada das partes e da ética discursiva, na concepção de Habermas.

A definição pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ de resoluções que definiram a política pública de prestação jurisdicional durante a crise sanitária da COVID 19, é considerada quanto à inclusão digital, sendo analisada o caso em Manaus.

Trata-se do abuso de litigar observado em casos de processos “simulados”, lides de massa, inclusive envolvendo a inscrição em órgãos de proteção do crédito. Neste ponto, é relevante a discussão sobre a possibilidade de se estabelecer limites ao direito de ação, remetendo-se as alterações na execução em Portugal.

Aborda-se a complexidade que envolve a segurança jurídica a partir do estudo do Lawfare, tendo em vista os excessos cometidos no âmbito do poder judiciário como meio de alcançar fins não jurídicos, como restrições à liberdade de imprensa. As funções jurisdicionais do juiz criminal no Estado democrático de direito são consideradas sob o ponto de vista da pessoa “comum”, considerando-se o indivíduo e sua possível vulnerabilidade social, econômica e cultural.

A diversidade dos trabalhos e a complexidade dos estudos apresentados nesse GT demonstra que o Código de Processo Civil de 2015 está exigindo árduos esforços hermenêuticos a fim de assegurar que os objetivos que levaram à sua elaboração, promulgação e aprovação sejam realizados praticamente com uma prestação de justiça mais eficiente e eficaz.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

21 de novembro de 2021.

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Docente da Universidade Paranaense - UNIPAR

celso@prof.unipar.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzhf@fumec.br

Professora Dra. Sílzia Alves Carvalho

Docente da Universidade Federal de Goiás

silzia.ac@gmail.com

## **A TÉCNICA DA DISTINÇÃO NOS PRECEDENTES VINCULANTES COMO MEIO DE ASSEGURAR A LIBERDADE RELIGIOSA**

### **THE TECHNIQUE OF DISTINGUISHING IN THE BINDING PRECEDENTS AS A MEANS OF ENSURE RELIGIOUS FREEDOM**

**Jaime Domingues Brito <sup>1</sup>**

**Tiago Domingues Brito <sup>2</sup>**

**Wellington Aparecido Prado Carvalho <sup>3</sup>**

#### **Resumo**

Perspectiva-se analisar neste trabalho a técnica da distinção, que é utilizada em precedentes vinculantes e se, por intermédio dela, seria possível assegurar e garantir a liberdade religiosa. Para isso, problematiza-se: seriam os precedentes vinculantes normas jurídicas? Para responder a questão levantada, utilizou-se dos métodos dedutivo, histórico e comparativo. A par disso, valendo-se de casos julgados pelo Tribunal Constitucional Alemão, o estudo dá acento ao valor de se emprestar prestígio aos precedentes vinculantes, mediante o método da distinção, com o que possível seria valorizar o direito fundamental da liberdade religiosa.

**Palavras-chave:** A técnica da distinção, Precedentes vinculantes, Liberdade religiosa, Tribunal constitucional alemão, Supremo tribunal federal

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This work analyzes the technique of distinguishing, which is used in binding precedents and whether, through it, it would be possible to guarantee the religious freedom. For this, the question is: would the precedents be binding legal norms? To answer the question raised, deductive, historical and comparative methods were used. In addition, using cases judged in the German Constitutional Court, the study emphasizes the value of lending prestige to binding precedents, through the method of distinguishing, with what would be possible to enhance the fundamental right of religious freedom.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** The technique of distinguishin, Binding precedents, Freedom of religion, German constitutional court, Federal court of justice

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela ITE de Bauru. Mestre em Direito pela UENP. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

<sup>2</sup> Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor do Curso de Direito da Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos-SP.

<sup>3</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

## 1 INTRODUÇÃO

A ideia de se instituir precedentes com efeitos vinculantes no Brasil não é nova e, ademais, não se pode negar que a existência dos referidos precedentes vinculativos oferecem vantagens para o aprimoramento do sistema judiciário brasileiro.

Desse modo, apesar das críticas que se voltam contra esse método ainda persistirem mesmo após a entrada em vigor do CPC/2015, mostra-se possível, sim, a manutenção do sistema que envolve os precedentes vinculantes.

Mas (1) esses precedentes são normas jurídicas? (2) Como se pode identificar um precedente que será aplicado ao novo caso ou, em outras palavras, quais os mecanismos dos quais se pode valer para que isso ocorra? (3) É possível, por outro lado, valorizar e permitir o pleno exercício do direito fundamental da liberdade de consciência e de crença por intermédio dos precedentes? Esse trabalho exatamente tenta apresentar respostas a esses questionamentos, trazendo, inclusive, a análise de casos resolvidos pelo Tribunal Constitucional Alemão.

## 2 AS TENTATIVAS DE INSTITUIÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL

A tentativa de se adotar, no sistema judiciário brasileiro, o método relativo a precedentes que apresentem força vinculante, vem desde as denominadas “*fazañas y alvedrios*”, transformados pelas Ordenações Manuelinas e pelas Ordenações Filipinas nos assentos da Casa da Suplicação<sup>1</sup>. O que tem sido buscado, portanto, é uma fórmula que assegure, de fato, uma resposta judiciária de boa qualidade, e ainda “(...) justa, jurídica, tempestiva e econômica, e preserve a independência funcional e a persuasão racional do julgador (...)”, isso segundo Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>2</sup>.

Dessa maneira, pode-se dizer que o foco que se almeja com os precedentes vinculantes envolve isonomia, previsibilidade jurídica e segurança jurídica. E tanto se persegue a ideia de se ter precedentes vinculantes no Brasil que, no anteprojeto do revogado Código de Processo

---

<sup>1</sup> JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. *Revista dos Tribunais*. RT (838):42-74, agosto de 2005.

<sup>2</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 178.

Civil de 1973, do Prof. Alfredo Buzaid, pretendia-se consagrar a solução do antigo direito português, vale dizer, a dos assentos vinculativos.

Barbosa Moreira<sup>3</sup>, entretanto, ressalta que isso não se concretizou, porque a doutrina entendeu, à época, que a referida pretensão legislativa poderia provocar inconstitucionalidade, o que levou a se adotar, no Código de Processo Civil de 1973, a denominada uniformização da jurisprudência.

Registre-se ainda, em relação às tentativas de se estruturar os precedentes vinculantes, que a Constituição Federal de 1967, sob a égide do Ato Institucional nº 5/68, com a Emenda nº 7/77, na alínea I, do inciso I de seu artigo 119, estabeleceu que competiria ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.<sup>4</sup>

Importante destacar que o Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal, por intermédio de seu artigo 187, ao regular os procedimentos do referido artigo 119 da revogada Constituição, dispôs o seguinte: “Art. 187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.”.

Ainda na tentativa de se adotar precedentes obrigatórios no sistema brasileiro, com o advento da Constituição de 1988, ao que se seguiu as edições da Emenda Constitucional nº 3/93 e da Lei nº 9.882/99, formaram-se o conjunto de ações de controle concentrado de constitucionalidade, cujas eficácias são *erga omnes* e dotados de efeito vinculante (ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade e de arguição de descumprimento de preceito fundamental; Cf. § 2º do art. 102 da CF e § 3º do art. 10 da Lei 9.882/99).

O Código de Processo Civil de 1973, a seu turno, vinha sofrendo, como se sabe, inúmeras alterações, o que também tem acontecido na legislação trabalhista, pelo que é de se enumerar, dentre outras, as seguintes mudanças que indicam a busca pela implantação, no Brasil, do sistema de precedentes obrigatórios: i) a Lei nº 9.139/95, que permitiu, com a

---

<sup>3</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. 7. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 7.

<sup>4</sup> Eis a redação do referido dispositivo da Constituição anterior:

“Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I – processar e julgar originariamente:

(...)

1) “a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual;



redação emprestada ao art. 557 do CPC/73, que o relator negue seguimento a recurso contrário à súmula do respectivo tribunal ou do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunais Superiores; ii) a Lei nº 9.756/98, que acrescentou o § 1º-A ao art. 557, do CPC/73, para permitir que o relator dê provimento a recurso quando a decisão recorrida se apresentar em confronto não só com a súmula como também em relação à jurisprudência dominante do Supremo ou de Tribunal Superior, com o que, a par disso, também alargou os poderes do relator em negar seguimento a recursos contrários à súmula ou em confronto com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou do tribunal superior; iii) ainda a Lei nº 9.756/98, que alterou o parágrafo único do art. 120, do CPC/73, atribuindo competência para o relator decidir conflito de competência quando já houver jurisprudência dominante sobre a questão levantada; e, ao acrescentar o parágrafo único ao art. 481, também do CPC/73, dispensou o pronunciamento do plenário ou órgão especial dos tribunais em incidentes de arguição de inconstitucionalidade em que a matéria já tiver sido decidida por referidos órgãos ou pelo Supremo Tribunal Federal; iv) de igual forma, ainda a Lei nº 9.756/98 que introduziu alterações no art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho; v) a Lei nº 12.232/2010, que alterando o anteriormente disposto pela nº 9.756/98, deu nova redação ao art. 544 do Código de Processo Civil antigo (alíneas *b* e *c*);

Além disso, o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, ao criar a súmula vinculante, trouxe, por assim dizer, um novo momento da hermenêutica constitucional, que aponta, sem dúvida alguma, para uma direção comum, qual seja, segundo Patrícia Perrone Campos Mello<sup>5</sup>, a de atribuir força vinculante e geral aos precedentes judiciais e representa a aproximação do sistema jurídico brasileiro, de modelo de direito codificado-continental (*Civil Law*), ao sistema da *Common Law*, sistema este que tem como ideia central a vinculação de seus julgados como força a influenciar os julgamentos posteriores, desde que, como já demonstrado, a *ratio decidendi* do precedente vinculativo guarde semelhança com o novo caso a ser julgado.

Por derradeiro, o CPC/2015, como se sabe, trouxe nova estrutura voltada ao prestígio dos precedentes, o que pode ser verificado com a análise dos incisos V, VI, do § 1º, do art. 489; do §2º do art. 926; do § 5º do art. 927; do inc. IV do art. 988 e § 1º do art. 1.042, dentre outros, o que, sem dúvida alguma, tem proporcionado mudanças no próprio sistema processual.

---

<sup>5</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1.

Entretanto, a utilização de precedentes vinculantes sofre muita crítica: algumas coerentes, outras ideológicas e apaixonadas, como ocorreu, inclusive, quando da edição da súmula vinculante<sup>6</sup>. De fato, até mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45, essas críticas ainda persistem, razão por que por certo ainda irão persistir mesmo com a edição do CPC/2015, que indica que teremos a utilização de precedentes no sistema.

Mas quais são ou seriam as bases de uma jurisprudência vinculante? É de se prosseguir.

### 3 CARACTERÍSTICAS E O EFEITO VINCULANTE DO PRECEDENTE

Vai aqui, de pronto, uma crítica que se mostra oportuna: no Brasil os precedentes não são respeitados. Até os que têm efeito vinculante não são obedecidos, sob os pretextos de que isso feriria o princípio do livre convencimento<sup>7</sup> e engessaria o desenvolvimento do direito.

Nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, contudo, os precedentes, por conta da teoria do *stare decisis* são sim, obedecidos. Esse descumprimento de decisões vinculantes, aqui, equivale ao descumprimento da própria Constituição, como de resto manifestou-se o Ministro Gilmar Mendes no RE 203.498<sup>8</sup>:

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes.

A vinculação da súmula e do precedente que tem tal característica, a seu turno, se desdobra: em direta e indireta. A primeira é que toca e submete o Poder Judiciário e a Administração Pública, o que permite, em caso de desobediência, o manejo de reclamação perante o Supremo (CF, 103-A, § 3º). Já a indireta envolve o Poder Legislativo, como os particulares e não dá lugar à reclamação, mas gera efeitos de norma geral e abstrata, aspecto que será objeto, inclusive, do tópico que será desenvolvido a seguir.

---

<sup>6</sup> JANSEN, *op. cit.* p. 44.

<sup>7</sup> A questão relativa à aplicabilidade do princípio do livre convencimento, que se encontrava disposto no art. 131 do CPC/1973, com o estabelecimento do art. 371 do CPC/2015, é questão extremamente controvertida, parecendo aos autores deste trabalho que já não há mais lugar e espaço, dentro da nova ordem processual, para que se aplique o dito princípio do livre convencimento nas decisões judiciais.

<sup>8</sup> JANSEN, *op.cit.* p. 47.

Obviamente que se mostra patente que a súmula vinculante e os demais precedentes vinculantes tiveram inspiração no direito norte-americano e por que não no direito inglês. Nos países que adotam a *Common Law* as fontes envolvem a lei, os precedentes e os costumes. Contudo, existe afirmação segundo a qual a lei, nos países que adotam a *Common Law*, somente será assimilada quando tiverem sido interpretadas pelos tribunais. É a opinião de René David<sup>9</sup>, que assim se expressa:

O direito, quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial: as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal da regra de direito; (...)

Nos Estados Unidos, portanto, seguem-se os precedentes, que Charles D. Cole<sup>10</sup> assim define:

The legal rule used by an appellate court in the forum in which the case has been decided, applied to the relevant facts which create the issue before the court for decision. *Stare decisis* is the policy which requires that the courts subordinate to the appellate court establishing the precedent follow that precedent and not 'disturb a settled point'.<sup>11</sup>

Não se pode perder de vista, ademais, as palavras de Cross e Harris<sup>12</sup>, segundo os quais "If the law consists of the decisions of the judges and those decisions are based on the judge's hunches, then the way in which the judges gets his hunches is the key to the judicial process. Whatever produces the judge's hunches makes the law."<sup>13</sup>

Portanto, as decisões de cortes superiores vinculam as de jurisdição inferiores; os precedentes das primeiras se constituem em *binding authority*, estes sim, com efeito vinculante; mas podem também ter efeito tão apenas persuasivo (*persuasive authority*)).

---

<sup>9</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 367, 1998.

<sup>10</sup> COLE, Charles D. *Comparative Constitutional Law: Brazil and the United States*. Lake Mary: Vandeplass Publishing, 2008, p. 14.

<sup>11</sup> A regra legal usado por um tribunal de apelação no fórum em que o caso foi decidido, aplicado aos fatos relevantes que criam a questão perante o tribunal para decisão. *Stare decisis* é a política que exige que os tribunais subordinados ao tribunal de apelação, que estabelece o precedente sigam esse precedente e não "perturbar um ponto adquirido (decidido)".(Tradução livre do autor deste trabalho).

<sup>12</sup> CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 166.

<sup>13</sup> "Se a lei consiste nas decisões dos juízes e essas decisões são baseadas em intuições (pressentimentos) do juiz, então a maneira pela qual os juízes apresentam suas intuições é a chave para o processo judicial. O que quer que produz intuição do juiz faz a lei.(Tradução livre do autor deste trabalho).

É preciso que se diga, contudo, que já as súmulas vinculantes têm aspecto diverso, ao menos em parte, do sistema da *Common Law*, posto que a *ratio decidendi* da súmula – dizem alguns – seria o enunciado que é elaborado, enquanto lá no sistema inglês e americano, o próprio precedente, ou melhor, a sua *ratio decidendi* é que ensejará o efeito vinculante.

Veja-se o claro posicionamento de Jansen<sup>14</sup> a respeito:

A súmula vinculante, como intuitivamente se percebe, encontra parte de sua inspiração na doutrina do *stare decisis*. Há, todavia, algumas diferenças fundamentais. A primeira, mais evidente, é a de que no *stare decisis* as decisões é que são vinculantes, não existindo a figura da súmula (que é, na verdade, um extrato da decisão), o que já revela diferenças práticas na aplicação. Uma segunda diferença é a origem do efeito vinculante. Na *common-law* o *stare decisis* faz parte da lógica do sistema, sendo um imperativo de segurança jurídica e de respeito aos órgãos jurisdicionais superiores. Aqui, o efeito vinculante nasce de uma imposição normativa operada por emenda constitucional. Lá, portanto, é produto da maneira como tradicionalmente se compreendia o sistema. Entre nós, a norma deseja impor essa consciência nos operadores do sistema.

Passemos ao tópico seguinte.

#### 4 BASES PARA A JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE

A base que sustenta a jurisprudência vinculante seria o fato de que ela traria estabilidade, previsibilidade, segurança jurídica e igualdade. São referidos elementos ou princípios compatíveis com o avanço do direito? Traduzir-se-ia a jurisprudência vinculante em otimização do acesso à justiça?

Os autores deste trabalho entendem que é, sim, possível ter a jurisprudência vinculante. A própria doutrina ou teoria do *stare decisis* não contém, em sua essência, a impossibilidade de se manter, de maneira irrevogável, o precedente vinculante. Isso fica bastante claro quando são investigados os instrumentos dos quais se servem as Cortes inglesas e americanas, que ora deixam de aplicar o precedente (*distinguishing*) ou então até mesmo revogam-no (*overruling*).

Ademais, segundo Charles D. Cole, os precedentes não estão gravados em pedra. Além disso, se uma Corte inferior ou juiz de jurisdição inferior tiver de não seguir o precedente, poderá ele deixar isso claro em sua decisão, desde que exista fundamentação para

---

<sup>14</sup> JANSSEN, *op.cit.* p. 51.

tanto; poderá, por exemplo, seguir o precedente e fazer constar do *obiter dicta* que não concorda com o precedente vinculante. Por que não?

O que não pode ocorrer é a situação de o juiz não seguir o precedente por entender que pode assim decidir com base no princípio do livre convencimento, expressão que carece ser analisada com todo cuidado, porque não se pode confundir, de modo algum, decisão com escolha, posto que aquela, segundo Lenio Luiz Streck<sup>15</sup>, “(...) se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa” que, no caso de decisões jurídicas, seria aquele que a “(...) comunidade política constrói como direito” que pode ser evidentemente, a nosso ver, o próprio precedente.

Como já afirmado, a súmula vinculante é um enunciado, elaborado pelo Supremo Tribunal Federal. Seu teor exatamente advém de reiteradas decisões proferidas pelo Supremo a respeito de matéria constitucional e que geram as consequências previstas na Lei Maior, vale dizer, passa a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, federal, estadual ou municipal. Trata-se, no dizer de

---

<sup>15</sup> Sobre o livre convencimento, apropriado se mostra as palavras de Lenio Luiz Streck, no momento em que enfrenta e distingue decisão de escolha. Escreve ele: “Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do ‘princípio democrático’-depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da ‘verdade real’, para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade ‘assujeitadora’ do julgador (ou do intérprete em geral, uma vez que a problemática aqui discutida vale, a toda evidência igualmente para a doutrina). Para efeitos do que estou debatendo neste livro, é preciso deixar claro que existe uma diferença entre *Decisão e Escolha*. Quero dizer que e a decisão – no caso, a decisão jurídica– *não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquele que lhe parece mais adequada*. Com efeito, *decidir não é sinônimo de escolher*. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante desses dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionarietà* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrarietà*. Portanto, quando um jurista diz que o ‘juiz possui poder discricionário para resolver ‘casos difíceis’, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor convier...!

Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a *comunidade política constrói como direito* (ressalte-se que, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, de um todo que se apresenta como a melhor interpretação –mais adequada– do direito). (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livrara do Advogado Editora, 2012, p. 105-106).

Jansen<sup>16</sup>, da vinculação direta, que também escreve que a obediência à súmula vinculante é bastante semelhante à obediência devida às normas emanadas do Poder Legislativo, de modo que seu cumprimento poderá ser exigido por intermédio de reclamação.

Assim, o objeto deste trabalho, em primeiro lugar, envolve assunto delicado e complexo, que é exatamente o de se saber se a súmula vinculante é ou não norma jurídica, o mesmo podendo ser dito no que tange aos demais precedentes vinculantes.

Em artigo de autoria de Jaime D. Brito e Eduardo Cambi<sup>17</sup>, a referida questão foi assim enfrentada: “Não se pode negar, todavia, que a súmula vinculante, embora não seja lei, tenha força de lei, na medida em que se reveste de suas características essenciais, quais sejam é geral, abstrata, impessoal e obrigatória.”.

Veja-se, dessa maneira, que o posicionamento acima, segundo o qual a súmula teria força de lei, faz com que o assunto seja mais bem analisado, o que exige – para que possa bem responder à indagação deste tópico – que se façam as devidas revisitações em torno do conceito de norma jurídica.

E, para dar cumprimento a essa empreitada, o passo inicial será o de conceituar o próprio direito. Isso envolve, logicamente, a busca daquilo que se constitui na real essência do próprio direito, nunca se esquecendo que o conceito do direito está atrelado ao problema supra científico ou, em outras palavras, constitui campo da ontologia jurídica que, a seu turno, enfrenta dificuldades, posto que se mostra impossível se ter uma definição única, concisa e universal.<sup>18</sup>

Essa falta de consenso entre os autores é sentida o tempo todo. Por exemplo, ao se rever algumas dentre as várias definições de direito, segundo Silvio de Macedo<sup>19</sup> se constata que Santo Agostinho oferece uma perfeição de síntese ao afirmar: *Jus est tranquillitas ordinis*, mostrando, assim, que o direito é um fenômeno de ordem coexistencial; já Hobbes assim define o direito: A socialidade é um princípio natural, princípio do direito, ditado pela razão natural, enquanto Kant, centra sua atenção em relação à liberdade e dá a seguinte definição:

---

<sup>16</sup> JANSEN, *op.cit.*, p. 53.

<sup>17</sup> CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime D. Súmulas vinculantes. *Revista do Processo*. São Paulo: RePro (168): 143-160.

<sup>18</sup> Veja-se a propósito os dizeres de Del Vecchio a respeito: “*La definizione Del diritto in genere è una indagine che trascende la competenza de ogni singola scienza giurica ed è invece Il primo compito della Filosofia Del Diritto*” (*Lezione de filosofia del diritto*, 9. Ed. Milano, Giuffrè, 1953, p. 2); in DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 1: teoria geral do direito civil. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

<sup>19</sup> MACEDO, Silvio de. *Direito I*. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 25, p. 59.

“O direito é o conjunto das condições sob as quais a liberdade de um se harmoniza com a liberdade de outrem mediante uma lei geral chamada Liberdade (Metaphysik der Sitten, 34)”.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>20</sup> faz um escalonamento das definições, levando em conta a natureza do próprio direito e escreve, em síntese: i) que na orientação positivista, representado por uma codificação altamente formal, tem-se a definição de Kelsen, para quem o direito é uma ordem coativa da conduta humana que se manifesta como um conjunto de normas escalonadas; ii) para uma orientação historicista, válido se mostra a definição de Savigny, que o direito é um conceito orgânico de institutos que expressam relações vitais e concretas, elementos vivos em constante movimento, cuja historicidade se mostra na conexão espiritual; iii) como orientação naturalista, citada é a teoria de Von Jhering, para quem o direito é o conjunto das condições existenciais da sociedade, coativamente asseguradas; iv) para a orientação teológica, por sua vez, é invocada a posição de Cathrein, para quem o direito tem sua raiz na vontade racional divina, sendo o seu escopo o adimplemento dos desejos de Deus, que lhe dão também os seus limites; v) para a orientação culturalista, Miguel Reale é citado, por afirmar que o direito é uma vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores da convivência, tratando-se, pois, de um bem cultural, uma vez que nele há sempre uma exigência axiológica, atualizando-se na condicionalidade histórica, portanto uma projeção do espírito humano com intersubjetividade objetiva; vi) por último, para a orientação formalista, a posição citada é de Stammler, para quem o direito é uma forma do querer, com conceito teleológico que opta por fins e a eles subordina meios (forma de querer entrelaçante, autárquico e inviolável).

Bem se vê, portanto, que se mostra impossível ter-se acordo em torno da definição por intermédio de uma fórmula única. E isso se dá porque o direito não é unívoco, e nem tampouco equívoco<sup>21</sup>, mas análogo, pois designa realidades conexas ou relacionadas entre si, razão pela qual ora tem o significado ou a designação de norma, ora a autorização ou permissão dada pela norma, de modo a fazer o que ela não proíbe, ora à qualidade de justo, expandindo-se os referidos conceitos<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito II*. In Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 25, p. 62 e ss.

<sup>21</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. *Tratado das conseqüências*, p. 329-331. In DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 1: teoria geral do direito civil. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4.

<sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* p. 5.

Mas é de se voltar ao que se pretendia, no sentido de se questionar se a súmula vinculante<sup>23</sup> e porque não os precedentes vinculantes são ou não norma. Para isso, convém conceituar, também, o que seja norma, ciente, contudo, segundo o escólio de Maria Helena Diniz<sup>24</sup>, de que “(...) quem quiser orientar-se acerca do problema do *eitos* da norma jurídica encontrar-se-á (...) diante de uma imensidão caótica de orientações e pontos de vista diferentes, que lhe não será fácil dominar.”.

Assim, para fugir desse verdadeiro caos, necessário se mostra buscar a essência da norma jurídica. Como? Indo para seu conceito, no qual deverá, por sua vez, conter as notas essenciais que não podem faltar, fugindo, entretanto, das notas acidentais, contingentes ou variáveis<sup>25</sup>, sempre observando, ademais, que a norma jurídica é algo dado, é um objeto que existe, é existencial e, portanto, é suscetível de experiência <sup>26</sup>, de sorte que, conforme Lourival Vilanova<sup>27</sup>,

(...) partindo da experiência de um dado concreto no mundo jurídico é possível o pensamento intuitivo ascender a sua respectiva essencialidade, cuja representação lógica é o conceito. Essa possibilidade de atingir a essência, partindo-se da experiência do dado concreto, livre o pensamento de proceder à exaustiva experiência da multiplicidade dos fatos jurídicos.

De sorte que a determinação do conceito de norma jurídica exige que se vá para sua gênese, para a sua essência, que não se confunde com a própria norma jurídica<sup>28</sup>. Referida essência tem existência anterior à norma e é dela que se mostra possível extrair as suas notas básicas ou essenciais, analisando, também e ao mesmo tempo, os elementos que são apenas acidentais: i) como a norma jurídica é um comando voltado para o comportamento humano, ela é prescritiva, de sorte que impõe um dever; ii) a sanção, por sua vez, não é a característica de toda norma jurídica; não é a sanção que distingue a norma jurídica da norma moral e dos

---

<sup>23</sup> Deu-se aqui, evidentemente, maior destaque à súmula vinculante, que pode ser considerada, segundo entende o autor deste trabalho, a espécie do gênero precedente vinculante.

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma jurídica*. In Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 54, p. 410 e ss.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 411.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 412

<sup>27</sup> VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito de direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947, p. 123. *Apud* DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* p. 412.

<sup>28</sup> “A essência da norma jurídica não se confunde com a norma jurídica. A sua essência pertence a uma outra cateriro de ojetos. É um objeto universal ou ideal, perfeitamente distinto do objeto individual que é real e não se reduzir a ele”(AZEVEDO, Juna Llambias de. *Eidética y aporética del derecho*, Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1940, p. 18; (*in* DINIZ, *op. cit.* p. 416).



convencionalismos sociais; o desrespeito a esta última – a norma moral – também provoca sanção: interna, ou seja de consciência; ou externa, qual seja a reprovação da opinião publica; iii) a coação, que nada mais é do que a aplicação da sanção, também não é elemento essencial da norma jurídica. Em verdade, como poderia por si mesma pegar uma pessoa pelo braço e forçá-la a fazer isto ou aquilo? A norma não age, logo, não coage, segundo ensina Goffredo Telles Júnior<sup>29</sup>; iv) outra efetiva essência da norma jurídica, a seu turno, é o autorizamento, porque compete à norma autorizar ou não o uso da faculdade de reação do lesado, como, por exemplo, a norma jurídica que autoriza o credor a exigir o pagamento do que lhe é devido.

Portanto, com base em Maria Helena Diniz<sup>30</sup>, que se apoia em Goffredo da Silva Telles Júnior, serão jurídicas todas as normas que forem imperativas e autorizantes, posto que essas notas são suas notas universais.

Assim, conceituada a norma jurídica como aquela que se reveste de imperativo autorizante, é possível se afirmar que a súmula vinculante e os precedentes possuem referidas características?

Quer parecer que sim. A súmula vinculante e os precedentes são imperativos e autorizantes, já que uma vez editada a primeira e proferidos os segundos irão eles provocar tanto a vinculação direta como indireta. De fato, na primeira hipótese, a imperatividade irá impor e submeter o Poder Judiciário e a Administração Pública que sigam o seu conteúdo, sob pena de reclamação perante a Corte Alta; já a vinculação indireta subordina tanto o Poder Legislativo, como também os particulares que ficam, ambos, submetidos à força imperativa e autorizante da súmula e do precedente.

Desse posicionamento – a de que a súmula vinculante seria ou é norma jurídica – também partilha Jansen<sup>31</sup> que, mesmo buscando o conceito de norma jurídica de Kelsen<sup>32</sup> para alicerçar seu pensamento, assim escreve:

O dever de obediência à súmula vinculante não destoa dos esquemas antes expostos. Ela contém um comando prescrevendo, proibindo ou facultando uma determinada conduta humana, tornada efetiva enquanto exigível perante o Poder Judiciário. Assim,

---

<sup>29</sup> TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O direito quântico*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1971, p. 265; *Apud* DINIZ, *op. cit.* p. 420.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 424-5.

<sup>31</sup> JANSEN, *op. cit.* p. 54.

<sup>32</sup> Eis o conceito de norma jurídica de Kelsen: “Uma ordem é um sistema de normas cuja única de é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é –como veremos– uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertencente a uma determinada ordem jurídica, e pertencente a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem” *Apud* JANSEN, *op. cit.* p. 51.

a súmula vinculante é também norma jurídica. Será, todavia, à semelhança das leis, uma norma jurídica geral, eis que aplicável a todos indistintamente, e abstrata, enquanto endereçada a quaisquer hipóteses presentes e futuras.

Logicamente que soaria estranho caracterizar a súmula vinculante como norma jurídica, porque isso equivaleria a dar permissão para que o Poder Judiciário viesse a legislar. É de se tentar aparar mais essa aresta. Para isso, alicerça-se este trabalho nos escritos de Kelsen<sup>33</sup>, para quem o precedente vinculante pode, sim, ser verdadeira norma jurídica. Veja o posicionamento de Kelsen:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos.

O próprio Kelsen<sup>34</sup>, em quem ora se baseia a presente justificativa de que o Poder Judiciário pode criar normas vinculantes, dotadas, portanto, de efeitos gerais, acrescenta que a decisão terá referidas características quando: i) a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por intermédio do Poder Legislativo ou consuetudinária, ou ii) quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação.

As duas hipóteses acima, a primeira, logicamente, se refere à situação envolvendo as lacunas da lei; já a segunda se mostra ampla e tem evidente conexão com a primeira, em face do próprio conceito de direito. Realmente, sabidamente o direito não é unívoco, e nem tampouco equívoco<sup>35</sup>, mas análogo, posto que designa realidades conexas ou relacionadas entre si, razão pela qual ora tem o significado ou a designação de norma, ora à autorização ou permissão dada pela norma, de modo a fazer o que ela não proíbe, ora à qualidade de justo, expandindo-se os referidos conceitos<sup>36</sup>, de modo que a segunda hipótese enseja a conclusão de que o Tribunal pode sempre criar a norma, mesmo tendo o legislativo já editado lei abstrata para tentar regular as situações jurídicas concretas.

---

<sup>33</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 277-8.

<sup>34</sup> *Idem*, op. cit. p. 278.

<sup>35</sup> Telles Junior, Goffredo. *Tratado das conseqüência*, p. 329-331. In Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 1: teoria geral do direito civil. 25. Ed. São Paul: Saraiva, 2008, p. 4.

<sup>36</sup> Diniz, op. cit. p. 5.

Mostra-se necessário ser mais claro, contudo, a fim de se dizer que a norma sempre irá permitir várias interpretações, de sorte que a segunda hipótese prevista por Kelsen acaba por abocanhar a primeira, de modo que a possibilidade da situação em que se tem o *judge making law*, até mesmo no sistema brasileiro, se mostra sempre possível.

Veja-se o que esclarece Kelsen<sup>37</sup> a respeito dessas duas possibilidades acima analisadas:

No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o Tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar. A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada. Esta generalização, quer dizer, a formulação da norma geral, pode ser realizada pelo próprio tribunal que cria o precedente, mas também pode ser deixada aos outros tribunais, que se encontram vinculados pelo dito precedente. (...).

Assim, acreditamos ter dado resposta ao primeiro questionamento feito na introdução deste trabalho. Passemos à segunda, analisando a distinção, método destinado a dar ou não expansão ao precedente.

## 5 DA DISTINÇÃO

O que de fato se entende por distinção entre casos, que os ingleses e americanos denominam de *distinguishing*?

Eis o ensinamento de Duxbury<sup>38</sup>:

‘Distinguishing’ is what judges do when they make a distinction between one case and another. The point may seem obvious, but it deserves to be spelt out because we distinguish within as well as between cases. Distinguishing within a case primarily a matter of differentiating the ratio decidendi from obiter dicta – separating the facts which are materially relevant from those which are irrelevant to a decision. Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Kelsen, *op. cit.* p. 278.

<sup>38</sup> Duxbury, *op. cit.*, p. 113.

<sup>39</sup> “Distinção é o que juízes fazem quando eles estabelecem a distinção entre um caso e outro. O ponto pode parecer óbvio, mas merece ser explicitado, porque nós distinguimos, tanto interiormente (dentro) como entre os casos. A distinção interna (dentro) de um caso. A distinção dentro de um caso é primeiramente uma matéria de diferenciação da *ratio decidendi* do *obiter dicta* – separando os fatos

Portanto, a compreensão do instituto relativo à distinção exige a devida separação entre aquilo que se considera a *ratio decidendi*, apartando-a da *obiter dicta*.

Marinoni<sup>40</sup>, a respeito, escreve:

Assim, é necessário, antes de mais nada, delimitar a *ratio decidendi*, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. De modo que o *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos.

Assim, o *distinguishing* pode ser entendido como a não aplicação de um precedente, mesmo diante de situação em que seu *holding*, ao menos de início, parece incluir-se na situação concreta que se tem em mãos para decidir.<sup>41</sup>

Isso se dá porque o novo caso apresenta especificidades que ensejam um tratamento diferenciado. Com esteio em Karl Llewellyn, Mello<sup>42</sup> esclarece que a distinção é realizada “(...) porque, se ‘a norma se expande até o limite de sua finalidade’, por outro lado, ‘onde a razão de ser da norma não estiver presente, ela não será aplicável’ (*‘where the reason stops, there stops the rule’*).”.

A regra se calca na razão e, portanto, a técnica da distinção tem como fundamento a interpretação, *a contrario sensu*, da máxima segundo a qual casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento.

De outra banda, é preciso entender que os critérios dos quais se utilizam para se realizar a associação e, via de consequência, a expansão dos precedentes, são os mesmos que permitem chegar à técnica do *distinguishing*.

Não se pode perder de mira que o *distinguishing* não é realizado de modo aleatório no sistema da *Common Law*. Marinoni<sup>43</sup>, inclusive, ressalta que o juiz, ao realizar a distinção deve agir com prudência e a partir de critérios; o *distinguishing* não significa, por assim dizer, sinal aberto para que o juiz venha a desobedecer precedentes que eventualmente não lhe convém aplicar. Se isso fizer, por certo será desmascarado com facilidade.

---

materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes para uma decisão. A distinção entre casos é primeiro e principal uma matéria de demonstração factual das diferenças entre o caso anterior e o caso imediato (a ser resolvido)– mostrando que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso que se tem em mãos (Tradução livre).

<sup>40</sup> MARINONI, *op. cit.* p. 326.

<sup>41</sup> MELLO, *op. cit.* p. 202.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 202.

<sup>43</sup> MARINONI, *op. cit.* p. 327.

Duxbury<sup>44</sup> novamente chama a atenção que os referidos critérios de distinção podem até trazer controvérsias, mas juízes devem ser cuidadosos, sérios, convincentes e apresentar justificativas para a não aplicação do precedente.

De forma que o remédio jurídico, denominado *distinguishing*, serve exatamente para afastar a incidência do precedente vinculante a novos casos nos quais seja ele invocado.

Por outro lado, a distinção pode apresentar-se de modo inconsistente, o que se caracteriza ou decorre do fato de que, se a associação vier a dar-se de modo extremamente abrangente, isso implicaria cristalização do direito e em injustiças, segundo o escólio de Patrícia Perrone Campos Mello<sup>45</sup>: “(...) a abusiva restrição do precedente, mediante invocação de fatos e argumentos que não justificam uma diferenciação, viola valores, afastando o tratamento seguro daqueles que se encontram na mesma situação.”.

Alguns exemplos facilitam a compreensão de como se dá a distinção inconsistente. Realmente, se uma mãe, por assistir ao acidente em que seu filho estava envolvido, obteve reparação de danos morais que sofreu, nada impediria que, com base na técnica da distinção inconsistente, a Corte viesse a aplicar o precedente relativo à ação proposta por essa mãe a outro novo caso, em que outra pessoa, por exemplo, mesmo não tendo presenciado o acidente, ficasse também abalada emocionalmente, de sorte que teria, também, direito à reparação do dano moral.<sup>46</sup>

Ademais, a par de ter a função de não permitir que eventuais injustiças sejam cometidas em face da não aplicação do precedente, mostra-se importante destacar que a distinção inconsistente pode promover, além disso, não só a possibilidade de a Corte vinculada não aplicar o precedente da Corte vinculante, seja porque dito precedente se apresenta equivocado, seja porque mostra-se ele injusto.

De fato, isso acontece porque a Corte vinculada não pode, no sistema da *Common Law*, revogar o *holding* da Corte vinculante. O denominado *overruling*, em verdade, somente é praticado por esta última Corte, que pode também dar início à prática da distinção inconsistente antes de revogar seu precedente, isto para que o jurisdicionado, os advogados, enfim, toda a classe jurídica possa ter conhecimento, com antecedência, de que a aplicação do

---

<sup>44</sup> DUXBURY, *op. cit.* p. 114.

<sup>45</sup> MELLO, *op. cit.* p. 206.

<sup>46</sup> *Idem*, *op. cit.* p. 206.

precedente, que antes era realizada de maneira pacífica, a partir de reiteradas distinções inconsistentes, não mais será feito da mesma forma.<sup>47</sup>

Importante notar que o precedente inaplicável não significa que ele perdeu sua higidez. O que precisa ficar claro é que, quando a não aplicação se torna rotineira, isso significa que o precedente está perdendo a força. Duxbury escreve a respeito do precedente *very distinguished*, segundo anotações de Marinoni<sup>48</sup>:

O precedente perde, naturalmente a sua autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished*. Quer dizer que a distinção, por si só, não revela a fragilidade do precedente, embora o excesso de distinções possa ser sinal de enfraquecimento da sua autoridade.

Marinoni<sup>49</sup> acrescenta que, a não aplicação do precedente, pela distinção, não significa que ele estaria eventualmente criando um direito novo; em verdade – afirma – o juiz pratica o *distinguishing* porque, se continuar a seguir o precedente, possivelmente estaria proferindo decisão inadequada, de sorte que a distinção envolve uma declaração negativa, não significando, portanto, um direito novo.

Marinoni<sup>50</sup> observa, ademais, que “Embora o precedente possa ter o seu conteúdo restrito ou ampliado, é preciso ver que a aplicação do precedente deve ser compatível com a sua finalidade.”.

Essa finalidade vai até seus limites e irá regularizar todos os casos cabíveis. É a verdadeira potencialidade do precedente. De sorte que, quando cessarem esses limites ou as finalidades já não mais se apresentarem para o novo caso, o precedente, evidentemente, não mais será aplicado. A investigação dessa finalidade é maleável, inclusive, com o que se visa atender novas realidades e situações que, mesmo antigas, não foram anteriormente tratadas. A distinção, dessa forma, milita a favor da estabilidade do direito, assim como a aplicação, que envolve a expansão vinculativa do precedente, acaba por ter a mesma função<sup>51</sup>.

A distinção logicamente envolve não só as partes, como também o próprio Poder Judiciário. Sim, as partes no processo sustentarão, cada qual, de acordo com seus interesses, que o precedente se aplica ou não. Já o Poder Judiciário, para realizar a distinção, leva em

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, op. cit. p. 208.

<sup>48</sup> MARINONI, op.cit. p. 328.

<sup>49</sup> *Idem*, op. cit. p. 328.

<sup>50</sup> *Ibidem*, op. cit. p. 331.

<sup>51</sup> *Ibidem*, op. cit. p. 332.

conta os valores já aqui mencionados, quais sejam: a segurança do direito, sua unidade, previsibilidade e igualdade.

De qualquer forma, a distinção plena somente é praticada desde que haja base suficiente para tanto. Caso contrário, o caminho trilhado é o da distinção inconsistente:

A distinção inconsistente, assim, constitui espécie de passo provisório para a revogação total do precedente, o que fez surgir, no direito estadunidense, o denominado princípio da provisoriedade. Como adverte Melvin Eisenberg, um tribunal que aplica o princípio institucional da provisoriedade age com integridade e isonomia apesar de elaborar distinção inconsistente em face do sistema jurídico.<sup>52</sup>

Passemos ao tópico seguinte.

## **6 DA APLICAÇÃO DA DISTINÇÃO AO CASO JULGADO PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO**

Em primeiro lugar é preciso lembrar que, demonstrada a similitude, o caso em julgamento deve receber o mesmo rumo daquele que está servindo de base como precedente. É o princípio, de resto consagrado na *Common Law*, segundo o qual “*It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike*”.<sup>53</sup>

Observe-se que o princípio acima segundo o qual casos semelhantes devem ser julgados da mesma forma, permite que outro raciocínio seja ainda desenvolvido.

De fato, em casos em que não houver a referida semelhança obviamente que o julgamento ou a decisão deverá ser outra, e um exemplo, extraído do texto elaborado por Erhard Denninger<sup>54</sup>, deixa isso muito claro. Realmente, ao tratar das situações de consenso e conflito, Denninger traz dois casos para análise, que se referem a dois grupos religiosos diferentes, que desejavam ter seus estatutos sociais aprovados no Estado alemão. O primeiro se referia ao denominado “Estado califal”, de fundamentalistas islâmicos, que reconheciam como fonte única de poder e de Direito a vontade de Alá e as regras do Alcorão. O Ministério do Interior proibiu a constituição do grupo com base nas prescrições do direito de associação

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, op. cit. p. 333.

<sup>53</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4.ed. Nova York: Clarendon Press, 2004, p. 1.

<sup>54</sup> DENNINGER, Erhard. *Derecho y procedimiento jurídico como engranaje em uma sociedade multicultural*. In *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editora Trotta, 2007, p. 39-30.

e o dissolveu. O Tribunal Administrativo, no qual se processou o recurso então manejado, confirmou a decisão do Ministério do Interior, em julgamento de 27 de novembro de 2002.

Já o outro grupo se referia às Testemunhas de Jeová, comunidade de cristãos que não só rechaça a democracia estabelecida na Lei Fundamental, além do que, por princípio, vê qualquer poder estatal como “*parte integrante del mundo de Satán*”. Em razão do entendimento que esposam, também a aprovação dos estatutos das Testemunhas de Jeová foi rechaçada pelo Tribunal Administrativo. Mesmo assim, o Tribunal Constitucional anulou a decisão do Tribunal Administrativo, sob o fundamento de que, mesmo com a crença que professam, eles respeitam a lei, de sorte que o posicionamento do último grupo merece proteção como corporação.

Denninger traz questionamentos sobre os dois posicionamentos do Tribunal Constitucional Alemão e explica: o primeiro grupo nega o consenso democrático fundamental; é autoritário. Outra coisa acontece com o segundo grupo, que não querem erigir outro Estado, mas apenas aspiram viver em uma comunidade apolítica, somente orientada ao serviço de Deus.

Não há dúvida de que, no exemplo acima, o Tribunal Constitucional Alemão valeu-se da técnica da distinção para chegar à sua conclusão, o que passou, então, pelo método da problematização das duas situações. Houve distinção e o primeiro precedente, resultante do caso do “Estado califal”, não se aplicou ao do das Testemunhas de Jeová.

## 7 CONCLUSÃO

É de se concluir que os precedentes vinculantes são, de fato, normas jurídicas e que a técnica da distinção pode, sim, assegurar a liberdade religiosa, como se deu, de resto, nos casos julgados pelo Tribunal Constitucional Alemão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARGO, Marcelo Novelino. **O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/8769/o-efeito-vinculante-nas-decisoes-do-supremo-tribunal-federal> >. Acesso em: 15 fev. 2021.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. **Súmulas vinculantes**. Revista do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, (168): 143-160, fev. 2009.



CROSS, Sir Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. New York: Claredon Press, 2004.

COLE, Charles D. **Stare Decisis na Cultura Jurídica dos Estados Unidos**. O sistema de precedente vinculante do *Common Law*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT (752): 11-12, junho de 1998.

\_\_\_\_\_. **Comparative Constitutional Law: Brazil and The United State**. Lake Mary: Vandeplas Publishing, 2008.

COLLIN, P. H. **Dictionary of law**. 3. ed. Londres: Peter Collin Publishing, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DENNINGER, Erhard. **Derecho y procedimiento jurídico como engranaje em uma sociedade multicultural**. In Derecho constitucional para la sociedad multicultural. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editora Trotta, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Norma jurídica**. In FRANÇA, Rubens Limongi (coord.) Enciclopédia Saraiva do Direito. Vol. 54. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito II**. In FRANCA, Rubens Limongi (coord.) Enciclopédia Saraiva do Direito. Vol. 25. São Paulo: Saraiva, 1977.

JANSEN, Rodrigo. **A súmula vinculante como norma jurídica**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: RT (838): 42-74, ago. 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de MACHADO, João Baptista. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962.

MACEDO, Silvio de. **Direito I**. In FRANCA, Rubens Limongi (coord.) Enciclopédia Saraiva do Direito. Vol. 25. São Paulo: Saraiva, 1977.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba: (49), 2009.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

MENDES, Gilmar. **Ação declaratória de constitucionalidade: inovação da Emenda Constitucional 3/93**. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 44. In JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: RT (838): 42-74, ago. 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 94.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Tratado das conseqüências**. In DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. I: Teoria geral do direito civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **O direito quântico**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1971. In DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito de direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1947. In DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.