

OS PRECEDENTES VINCULANTES E A LIBERDADE RELIGIOSA

Jaime Domingues Brito¹
Tiago Domingues Brito²

Como citar: BRITO; Jaime Domingues; BRITO, Tiago Domingues. Os precedentes vinculantes e a liberdade religiosa. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 6, n. 2, e039, jul./dez., 2021. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v6n2.e039.

Resumo: A tentativa de instrumentalização e implantação de sistema de precedentes vinculativos no Brasil vem desde longa data e um dos momentos culminantes nessa implantação está atrelada ao advento da súmula vinculante, o que se concretizou com a Edição da Emenda Constitucional nº 45/04. Por outro lado, as mudanças ocorridas no CPC/73 e as novas regras que advieram no Novo CPC/15 também apontam que, de fato, se persegue a estruturação de um sistema que prestigie a força do precedente em nosso país. Mas, são esses precedentes vinculantes normas jurídicas? Esse trabalho tenta apresentar resposta a algumas das questões que se ligam à ideia de se ter um sistema precedentalista no Brasil. Para tanto, com auxílio dos métodos dedutivo, histórico e comparativo, o que se pretende é voltar o olhar para o processo histórico de implantação da súmula vinculante e do sistema de precedentes na atual ordem constitucional do Brasil e, uma vez identificadas suas principais características, tentar buscar o verdadeiro caráter normativo das referidas decisões vinculantes, isso porque as discussões que surgiram a respeito delas com a Emenda Constitucional nº 45/04 se mostraram acaloradas e ainda persistem nos dias atuais. A par disso, valendo-se de caso julgado no Tribunal alemão, o trabalho dá acento no 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: Liberdade religiosa. Precedentes vinculantes. A técnica da distinção. Tribunal Constitucional Alemão.

¹ Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE), SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor titular nos cursos de graduação e de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor no curso de pós-graduação de Direito Processual Civil do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC), de Londrina, PR. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNILONDRINA. Advogado. E-mail: jaimebrito.adv@uol.com.br.

² Advogado. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pelas Faculdades Integradas de Ourinhos, SP (FIO). Mestrando do Programa do Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual de Direito do Norte do Paraná (UENP).

1 INTRODUÇÃO

A ideia de se instituir precedentes com efeitos vinculantes no Brasil não é nova e, por outro lado, 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 o advento da Emenda Constitucional nº 45 e também após a entrada em vigor do Novo CPC, mostra-se possível, sim, a manutenção do sistema que envolve os precedentes vinculantes.

Mas são (1) esses precedentes 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 um caso resolvido pelo Tribunal Constitucional alemão.

2 AS TENTATIVAS DE INSTITUIÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL

Em verdade, 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*¹. 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 Mancuso², para quem

O encontro da solução idônea a resolver essa equação passa pela questão premonitória da desejável *isonomia da resposta judiciária*, que é o contraponto do Direito subjetivo público de todo jurisdicionado a que essa *dicção judiciária da lei* tenha certo grau de *previsibilidade* por modo que casos assemelhados recebam solução análoga.

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

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

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 idéia de se ter precedentes vinculantes no Brasil que, no anteprojeto do atual Código de Processo Civil, do Prof. Alfredo Buzaid, pretendia-se consagrar a solução do antigo direito português, vale dizer, a dos assentos vinculativos.

Barbosa Moreira³, 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 *l*, 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*.⁴

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 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).

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

⁴ Eis a redação do referido dispositivo da Constituição anterior:

“Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I – processar e julgar originariamente:

(...)

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

Ademais, o antigo Código de Processo Civil, 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 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, introduziu alterações nos arts. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho; iv) 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 e segundo as palavras de Patrícia Perrone Campos Mello⁵, 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 idéia 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.

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

Por derradeiro, o novo CPC, 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, poderá proporcionar mudança no próprio sistema processual.

Mas, a utilização de precedentes vinculantes, entretanto, sofre muita crítica: algumas coerentes: outras ideológicas e apaixonadas, como ocorreu, inclusive, quando da edição da súmula vinculante⁶. 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 Novo CPC, que indica que teremos a utilização de precedentes no sistema.

Entretanto, 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 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 203.498⁷:

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. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição.

A súmula vinculante e os demais precedentes vinculantes, portanto, vieram exatamente com o propósito de tentar fazer com que se obedeça às decisões proferidas pela Corte Alta e pelos Tribunais Superiores.

⁶ JANSEN, *op. cit.* p. 44.

⁷ JANSEN, *op.cit.* p. 47.

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 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.

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. Nossas fontes do direito sabidamente são as diretas (lei e costumes) e indiretas (doutrina e jurisprudência). 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 David⁸, 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; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais ou quando se tornar possível, em lugar de referirem a elas, referirem-se às decisões judiciárias que as aplicaram. Quando não existe o precedente, o jurista americano dirá naturalmente: "There is no Law on the point (Não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja.

Nos Estados Unidos, portanto, seguem-se os precedentes, que Charles D. Cole⁹ 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'.¹⁰

⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 367, 1998.

⁹ COLE, Charles D. *Comparative Constitutional Law: Brazil and the United States*. Lake Mary: Vandephas Publishing, 2008, p. 14.

¹⁰ 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).

Aliás, o próprio Charles D. Cole¹¹, em trabalho editado na Revistas dos Tribunais, assim se manifestou:

A doutrina do *stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos simplesmente significa que uma vez que a Corte de última instância no sistema judiciário federal ou estadual decida um princípio de direito para o caso em julgamento, aplicando-o a casos futuros em que os fatos relevantes sejam substancialmente os mesmos, ainda que as partes não sejam as mesmas. Portanto, ‘precedente’ é a regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicados aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão. *Stare decisis* é a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e ‘não mudem uma questão decidida.

Não se pode perder de vista, ademais, as palavras de Cross e Harris¹², que se assim se expressam sobre a chave do próprio processo, o que também destaca o valor do precedente:

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.¹³

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 (*persuasives authority*)).

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 Jansen¹⁴ 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

¹¹ COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura juridical dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *Common Law*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, (752): 11-21, junho de 1998.

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

¹³ “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).

¹⁴ JANSEN, *op.cit.* p. 51.

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. AS ATUAIS SÚMULAS VINCULANTES SÃO OU NÃO NORMAS JURÍDICAS? E O QUE DIZER SOBRE OS PRECEDENTES VINCULANTES?

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?

O autor deste trabalho tem consigo 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 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 Streck¹⁵, “(...) se dá, não a partir de uma

¹⁵ 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,

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 conseqüências 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 Jansen¹⁶, da vinculação direta, que também escreve que *a obediência à sumula 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 se dito no que tange aos demais precedentes vinculantes.

Em trabalho que o autor desta tese publicou em parceria com Eduardo Cambi¹⁷, a referida questão não foi convenientemente enfrentada, mas antes foi dito que sob nenhum ângulo se pode concluir que a súmula vinculante seja capaz de criar uma espécie de “monismo de poder”, concentrando os poderes legislativos nas mãos dos juízes. Entretanto, no que tange à natureza da súmula vinculante, no mesmo artigo, foi escrito o seguinte:

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.

ou a eleição de algo, é uma 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: *discricionariedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade*. 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).

¹⁶ JANSEN, *op.cit.*, p. 53.

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

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 constitui no real essencial 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.¹⁸

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 Macedo¹⁹ se constata que Santo Agostinho oferece uma perfeição de síntese ao afirmar: *Jus este 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, dá a seguinte definição: *“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 Júnior²⁰ 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 de conexão;
- 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;

¹⁸ 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.

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

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

- 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 inter - subjetividade 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*²¹, 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 conceitos²².

Mas é de se voltar ao que se pretendia, no sentido de se questionar se a súmula vinculante²³ 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 Diniz²⁴, de que

(...) quem quiser orientar-se acerca do problema do *et os* 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 variáveis²⁵, sempre observando, ademais, que a norma jurídica é algo dado, é um objeto que

²¹ 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.

²² DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* p. 5.

²³ 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.

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

²⁵ *Idem*, p. 411.

existe, é existencial e, portanto, é suscetível de *experiência*²⁶, de sorte que, conforme Lourival Vilanova²⁷,

(...) 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 jurídica²⁸. 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 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 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 Júnior²⁹;
- 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.

²⁶ *Ibidem*, p. 412

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

²⁸ “A essência da norma jurídica não se confunde com a norma jurídica. A sua essência pertence a uma outra cateriro de objeto. 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).

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

Portanto, com base em Maria Helena Diniz³⁰, 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, conceituado 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 Jansen³¹ que, mesmo buscando o conceito de norma jurídica de Kelsen³² 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, 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 Kelsen³³, 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.

³⁰ *Idem*, p. 424-5.

³¹ JANSEN, *op. cit.* p. 54.

³² 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.

³³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 277-8.

O próprio Kelsen³⁴, 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*³⁵, 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 conceitos³⁶, 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.

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 Kelsen³⁷ 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. (...).

³⁴ *Idem, op. cit.* p. 278.

³⁵ 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.

³⁶ DINIZ, *op. cit.* p. 5.

³⁷ KELSEN, *op. cit.* p. 278.

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 Duxbury³⁸:

‘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.³⁹

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*.

Marinoni⁴⁰, 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.⁴¹

³⁸ DUXBURY, *op. cit.*, p. 113.

³⁹ “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 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).

⁴⁰ MARINONI, *op. cit.* p. 326.

⁴¹ MELLO, *op. cit.* p. 202.

Isso se dá porque o novo caso apresenta especificidades que ensejam um tratamento diferenciado. Com esteio em Karl Llewellyn, Mello⁴² esclarece 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*. Marinoni⁴³, 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.

Duxbury⁴⁴ 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:

Most courts will distinguish cases fairly routinely and without controversy.

(...)

Nor would be correct to think that a court distinguishes cases merely by drawing attention to the factual differences between them: courts are not only drawing a distinction but also arguing that the distinction is material, that provides a justification for not following the precedent. Not just any old difference provides such a justification: the distinction must be such that it provides a sufficiently convincing reason for declining to follow a previous decision.⁴⁵

⁴² *Idem*, p. 202.

⁴³ MARINONI, *op. cit.* p. 327.

⁴⁴ DUXBURY, *op. cit.* p. 114.

⁴⁵ “Muitas Cortes distinguirão bastante casos rotineiramente e sem controvérsia. Nem seria correto pensar que uma corte distingue casos meramente chamando a atenção para a factual diferenças entre eles: cortes não estão atraindo uma distinção mas também argüindo que a distinção é material, que proporciona uma justificativa para o não cumprimento do precedente. Nem qualquer diferença de idade proporciona tal justificativa: a distinção deve ser tal que proporciona uma suficientemente convincente razão para recusar uma prévia decisão”(Tradução livre).

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 Mello⁴⁶:

(...) 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.⁴⁷

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 precedente, que antes era realizada de maneira pacífica, a partir de reiteradas distinções inconsistentes, não mais será feito da mesma forma.⁴⁸

⁴⁶ MELLO, *op. cit.* p. 206.

⁴⁷ *Idem*, *op. cit.* p. 206.

⁴⁸ *Ibidem*, *op. cit.* p. 208.

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 Marinoni⁴⁹:

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.

Marinoni⁵⁰ 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.

Marinoni⁵¹ observa ademais:

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. Não há como admitir a adoção de um precedente quando esta é incompatível com a sua finalidade ou com as razões que justificaram a sua instituição. Todavia, tal incompatibilidade também pode se dar diante de razões que estão à base de uma situação nova, não tratada no precedente, que impõem a limitação do alcance do precedente e, assim, em termos concretos, a sua não aplicação ao caso sob julgamento.

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 função⁵².

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 conta

⁴⁹ MARINONI, *op.cit.* p. 328.

⁵⁰ *Idem, op. cit.* p. 328.

⁵¹ *Ibidem, op. cit.* p. 331.

⁵² *Ibidem, op. cit.* p. 332.

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.⁵³

6 DA APLICAÇÃO DA DISTINÇÃO AO CASO JULGADO PELO TRIBUNAL 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*.⁵⁴

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 Denninger⁵⁵, 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 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.

⁵³ *Ibidem*, *op. cit.* p. 333.

⁵⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4.ed. Nova York: Clarendon Press, 2004, p. 1.

⁵⁵ 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.

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 alemão e explica: o primeiro grupo nega o consenso democrático fundamental; é autoritário. Outra coisa acontece com as Testemunhas: 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 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 a técnica da distinção pode, sim, assegurar a liberdade religiosa, como se deu, de resto, nos casos julgados pelo Tribunal Alemão..

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARGO, Marcelo Novelino. *O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Consulta em www.jusnavegandi.com.br

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: Vandepas 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. Ignácio 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.

_____. *A ciência jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito II*. In FRANÇA, 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 FRANÇA, 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: Lúmen Júris, 2006.

_____. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª 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.

Data de submissão: 08/09/2021

Data de aprovação: 25/09/2021

Data de publicação: 23/01/2023

Este trabalho é publicado sob uma licença
Creative Commons Attribution 4.0 International License.