

O *DISTINGUISHING* E O DEVIDO PROCESSO LEGAL: A ADEQUADA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

THE DISTINGUISHING AND THE DUE PROCESS OF LAW: THE ADEQUATE JURISDICTIONAL PROVISION AS A FUNDAMENTAL RIGHT UNDER FEDERAL CONSTITUTION'S SIGHT

JOÃO FABRÍCIO DANTAS JÚNIOR¹

RESUMO

O interesse da pesquisa surge sobre o papel do *distinguishing* no sistema de precedentes obrigatórios, adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro, mais especificamente em seu Artigo 927. Desse modo, a natureza do argumento de distinção, assim, pede que se busque elementos acerca da natureza jurídica do ato, de seus limites jurídicos e ainda como tal sistema de precedentes reforçou a importância da atividade interpretativa e argumentativa daquele que pretende afastar a aplicação do precedente, seja ele parte, seja ele julgador. As alterações trazidas pela técnica do precedente, passando pela construção de um sistema vinculante de fundamentação, trouxe também elevada importância aos argumentos jurídicos para o *distinguishing*. Essa técnica de julgamento com fundamentação vinculada também encorajou a pesquisa sobre princípios processuais e como eles continuariam respeitados no modelo de cooperação processual atualmente adotado.

Palavras-chave: diferenciação; precedente; fundamentação; devido processo.

ABSTRACT

The research's interest arises from the distinguishing's role in the system of mandatory precedents, adopted by the Brazilian Code of Civil Procedure, specifically in its Article 927. Thus, the core of the distinction's argument, therefore, demands the seeking elements about the judicial nature of the act, its legal elements and also how such a system of precedents reinforced the importance of the interpretative and argumentative activity of the one who intends to rule out the application of the precedent, whether he is a party or a judge. The changes brought by the technique of precedent, through the construction of a binding system of reasoning, also brought high importance to the legal arguments for distinguishing. This judgment technique with linked reasoning also encouraged the research on procedural principles and how they would continue to be respected in the currently adopted procedural cooperation model.

Keywords: *distinguishing; precedent; reasoning; due process.*

¹ Mestre em Direito, com concentração em Constituição e Garantias de Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-Graduado em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Advogado. Professor de Direito Penal em Pós-Graduação junto a UNI-RN (Centro Universitário do Rio Grande do Norte). LATTESiD: <http://lattes.cnpq.br/4172333716816646>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6012-4775>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

DANTAS JÚNIOR, João Fabrício. O *distinguishing* e o devido processo legal: a adequada prestação jurisdicional como um direito fundamental à luz da Constituição Federal. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 2, p. 124-136, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i2.8992>.

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil trouxe a figura do precedente judicial. Dentre suas espécies, encontra-se aquele que carrega a qualidade de vinculante: no caso, a todos os órgãos do Judiciário submetidos ao tribunal que proferiu a decisão; e ainda à Administração Pública do Poderes Executivo e ainda do Poder Legislativo, excetuando-se atividade legiferante do Legislativo

Tal técnica, adotada no Artigo 927 do Código de Processo Civil, impõe que a criação da norma geral, dentro da fundamentação decisória, vincularia outras decisões futuras do Judiciário e da Administração Pública.

Conforme o precedente aplicado ao caso concreto, tese fixada para vincular um órgão ao tribunal, enfrentar-se-ia, eventualmente, a adequabilidade da prestação da jurisdição, como um direito presente na Constituição. Doravante, o objeto da pesquisa exsurge no direito à prestação judicial adequada, que se molde tanto às características do objeto, da parte e ainda à necessidade e o tamanho da urgência processual, de um lado; de outro, como a imposição de um precedente ao caso concreto ensejaria direito a provar diferença, para que se receba um procedimento que se julgue adequado, com uma decisão conforme às características do caso concreto.

Avaliar-se-á o embate principiológico que precedente judicial vinculante produziria sobre a segurança jurídica, a razoabilidade do tempo procedimental, o direito a não surpresa, de um lado; e como referida técnica de modernização do sistema de prestação jurisdicional dialogaria com princípios da ampla defesa, do direito de petição e da congruência decisória, de outro.

A Seção 1 buscará responder qual a natureza jurídica dos institutos jurídicos do precedente judicial e do *distinguishing*; ainda, quais princípios jurídicos constitucionais e processuais são conformes e destoantes de tais técnicas.

Para a Seção 1, utilizar-se-á as doutrinas de Cássio Scarpinella Bueno, Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi, Gilmar Ferreira Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira.

Na Seção 2, buscar-se-á responder como a adoção da técnica do precedente judicial vinculante valorizaria princípios processuais, como a celeridade, a segurança jurídica e ainda a coesão jurisdicional.

Para a Seção 2, utilizar-se-á as doutrinas de Leonardo Carneiro Cunha, Luís Roberto Barroso e Lênio Luiz Streck.

Na Seção 3, a pesquisa delimitará eventuais conclusões alcançadas na Seção 2 e aprofundar-se-á sobre o direito e a impugnação processual denominada *distinguishing*. Para tanto, busca-se responder como o instituto se relaciona ao direito de acesso ao Judiciário e ainda como tal ferramenta seria meio de participação popular na manutenção da coerência e coesão de precedentes judiciais, além de fiscalização e controle da atividade judicante.

Para a Seção 3, utilizar-se-á as doutrinas de Daniel Sarmento, Daniel Mitidiero, Luís Roberto Barroso, Peter Härbele, Konrad Hesse, Luiz Guilherme Marinoni, Jorge Reis Novais e Yara Maria Pereira Gurgel.

Ao final, serão arregimentadas as conclusões parciais, alcançando um entendimento sobre o objeto principal da pesquisa, qual seja, o exercício do *distinguishing* diante de imposição de precedente judicial vinculante no Judiciário brasileiro.

A pesquisa utilizar-se-á de fontes doutrinárias, documentais e ainda jurisprudenciais.

A pesquisa utilizar-se-á ainda do método dedutivo de argumentação científica.

Como metodologia, a pesquisa buscará definir como são balanceadas na lei as técnicas argumentativas do precedente vinculante, de um lado, e o *distinguishing*, de outro, posto servirem à construção e à adequada aplicação de um sistema de fundamentações jurídicas uniformes. Tais delimitação e diferenciação servirão à busca dos efeitos ao sistema jurídico de tais técnicas, permitindo analisar se valores como celeridade, segurança jurídica e ainda adequada prestação jurisdicional seriam protegidos.

Junto à pesquisa, colacionar-se-á jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

2. A NATUREZA JURÍDICA DO PRECEDENTE JUDICIAL E DO DISTINGUISHING

Na Seção 1, busca-se responder qual a natureza jurídica dos institutos do precedente judicial e do *distinguishing*. Por primeiro, opta-se por alcançar definições jurídicas dos institutos, haja vista que só assim, num segundo momento, se poderia coloca-los numa classificação, agrupando semelhantes.

Como o objeto principal do estudo restringe-se ao precedente vinculante, vale observar as palavras de Dimoulis e Lunardi (2016, p. 193), quando alertam que os precedentes vinculantes se originaram nos países de *common law*. Segundo os autores, os precedentes com eficácia vinculante, além das leis que regulamentaram os efeitos de decisões de Cortes Constitucionais estrangeiras, serviram de modelo para fortalecer a eficácia das decisões proferidas, garantindo uniformidade decisória. Tal referência também é apontada por Mendes e Branco (2020, p. 838), quando o autor afirma que os países com tradução do *common law* construíram a prática do precedente judicial vinculante, onde a *ratio decidendi* de um alto tribunal seria, em princípio, obrigada aos tribunais inferiores. Segundo o autor, a técnica do precedente dá racionalidade até mesmo aos países que adotam de tradição romanista, apesar de usarem técnicas mais formais.

Registre-se, por outro lado, que Bueno (2019, p. 353) afirma que o modelo de precedentes adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro nada traz de *distinguishing* ou de *overruling*, e em nada se assemelharia ao instituto de regimes de *common law*. Segundo o autor, a superação se daria tanto ao entendimento jurisprudencial, como ainda na verificação de eventual surgimento de nova legislação que teria o condão de afastar o precedente. Segundo o autor: algo típico do *civil law*, onde preponderar-se-ia a norma jurídica legislada, e não a julgada.

A técnica do precedente, desse modo, por entendimento majoritário, extrai uma norma da fundamentação decisória, ou seja, de uma fundamentação de uma decisão individual (uma tese jurídica) a ser aplicado a outras decisões. Respeitando-se o corte da presente pesquisa,

atem-se ao precedente vinculante. Sobre os precedentes, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 37) são assertivos: as razões das decisões judiciais das Cortes Superiores, quando concorrentes os requisitos pertinentes, servem como precedentes, guiam o comportamento dos destinatários dos dispositivos e ainda dão significado dos dispositivos à luz do caso concreto. Segundo os autores, os precedentes são normas jurídicas advindas da interpretação.

Ainda sobre os precedentes judiciais, tomando o cuidado de não alargar o referente campo de designação epistemológica e teleológica do dispositivo, o Supremo Tribunal Federal arregimentou organização de sua jurisprudência, seguindo os ditames do Código de Processo Civil. Tal técnica pode ser observada na Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário 639.228-RJ (BRASIL, 2011), quando utilizou-se da tese fixada no Recurso Especial 584.608.

Junto ao Código de Processo Civil, há disposição que garante a vinculatividade da fundamentação de uma decisão. Há agora entendimento sobre a construção da norma individualizada, sobre o exercício hermenêutico de um órgão jurisdicional capaz de produzir decisão e de onde se extrai a tese que vincularia outros órgãos: o Artigo 927 do Código de Processo Civil prevê a construção de um sistema de teses que vinculam juízes e tribunais inferiores.

Com a tese fixada em algum tribunal, alguma parte que alegue direito ou ofensa a direito, poderá observar que, para sua específica demanda, aquele órgão jurisdicional já possui tese fixada que vincula ou, ainda, estaria outro órgão já vinculado à referida tese. Por outro lado, sempre haverá o direito processual de demonstrar que há discrepância entre o caso apresentado e a tese fixada, com o intuito de construção de norma individualizada nova, específica para o caso, algo que em não violaria o princípio da segurança jurídica.

O *distinguishing*, assim, busca demonstrar que um caso não se alinha aos fatos que ensejaram a produção de um entendimento, cuja tese pretende o órgão julgador aplicar ao caso concreto. Didier, Braga e Oliveira (2016, p. 346) entendem que o juiz precisa interpretar o texto legal para verificar se os fatos concretos se conformam à hipótese narrativa. Para os autores, pelo *distinguishing* o juiz da causa interpretaria o precedente para verificar a adequação da situação concreta à *ratio decidendi* daquele, e eventualmente aplicá-lo.

Observe-se que o juiz pratica o *distinguishing*, nada obstando que o próprio autor também o faça, na fundamentação de seu pedido, se já observar que há precedente vinculante que possa ser interpretado contra ele: argumentaria para provar que seu caso não se alinha à tese vinculante referida, e que poderia vir a ser adotada pelo juiz. Ou ainda, argumentaria para provar que algum específico precedente vinculante existe, lhe é favorável, e deveria ser adotado.

O Supremo Tribunal Federal (v. definiu o *distinguishing* como confrontação entre os fatos materiais de dois casos, de modo a afastar a aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento, em virtude da diversidade fática. Tal entendimento é corroborado por Mendes e Streck (2018, p. 1.416), quando os autores apontam que o Supremo Tribunal Federal tem procedido ao devido *distinguishing* em casos específicos, com vistas a elidir a aplicação de súmula para alguns casos que, enfrentando a fundamentação outrora adotada, buscam concessão de liminar em *habeas corpus*.

Junto ao Superior Tribunal de Justiça (v. *Resp. N° 1.677.414-SP*) (BRASIL, 2021), em recente julgamento, retratou-se o *distinguishing* também como um ônus para a parte que queira afastar a aplicação de um precedente, por interpretação da parte contrária ou ainda do órgão julgador. Para o caso, esse tribunal superior apontou que, diante das recorrentes decisões junto

ao Supremo Tribunal Federal, acerca da ilegalidade da cobrança pelo uso de faixas de domínio das rodovias, mesmo que concedidas, se a autora quiser que tal precedente do Pretório Excelso seja afastado da decisão do Superior Tribunal de Justiça, deveria também trazer fatos e argumentos que mostrem distinção do precedente vinculante, sob pena de vê-lo imposto ao caso.

O *distinguishing*, desse modo, mostra-se uma técnica de interpretação para a construção da norma jurídica individualizada pelo juiz, na qual interpreta tomando normas gerais de observância obrigatória, produzidas por órgãos jurisdicionais superiores a quem ele se vincula, para alcançar que a tese não serve ao caso concreto. O *distinguishing*, quando praticado pelo juiz da causa, deve estar expresso na fundamentação da decisão. Do mesmo modo, para fugir das amarras que poderiam lhe atingir, tal argumentação já poderia ser levantada pela parte, na petição inicial, quando pretender e entender que seu caso pode ser atingido pelo precedente; nesse caso, deve demonstrar que os fatos apresentados não merecem interpretação fixada em tese vinculante, e mereceriam interpretação diferente: o *distinguishing* como técnica de interpretação.

O precedente judicial vinculante, por sua vez, se mostra uma técnica de julgamento que adota tese fixada em outras decisões, decisões essas capazes de produzir precedente vinculante, e cuja adoção seria virtualmente automática. O precedente vinculante, desse modo, é uma tese oriunda da fundamentação de uma decisão, e que seria capaz de ser aplicada como modelo de interpretação jurídica, orquestrando a fundamentação jurídica da decisão individual por similitude dos fatos relatados, ensejando uma decisão adequada para a segurança jurídica e para o alinhamento ao que fora decidido em tribunais capazes de produzir o precedente vinculante. O precedente judicial vinculante, assim, é uma técnica de fundamentação.

3. O PRECEDENTE JUDICIAL COMO FERRAMENTA DE CELERIDADE PROCESSUAL, SEGURANÇA JURÍDICA E COESÃO JUDICIAL

Observadas definições e efeitos jurídicos do precedente judicial vinculante e ainda da técnica do *distinguishing*, precisa-se responder como o precedente judicial daria celeridade ao sistema jurisdicional, como ele influenciaria o princípio da segurança jurídica e ainda como poderia valorizar a coerência da atividade jurisdicional.

Por primeiro, o precedente vinculante tem a capacidade de permitir decisões antecipatórias. Assim, diante de petição inicial que demanda contrariamente a um precedente judicial com força vinculante, poderia o juiz da causa antecipar o julgamento, ao ponto de não haver nem mesmo angulação, haja vista que não haveria nem mesmo citação.

O precedente judicial permite que, sendo vinculante, finde-se o processo antecipadamente e com mérito. Cunha (2017, p. 101) observa que, firmada tese jurídica por tribunal, seja em julgamento de casos repetitivos, ou ainda em julgamento de incidente de assunção de competência, diante de eventual caso futuro proposto com fundamento que contrarie referida tese, o juiz julgaria liminarmente improcedente o pedido, independentemente da citação do réu, desde que não haja necessidade de produção de provas a respeito dos fatos alegados pelo autor.

A celeridade processual, um fato que não guarda doutrina nem jurisprudência calmas sobre esse suposto princípio, impõe que o procedimento seja célere. Em verdade, julga-se nesse artigo que a velocidade do procedimento deve ser adequada, por prazos e etapas definidos na lei ou em acordos processuais. A celeridade de algum instituto jurídico só pode ser aferida quando posto em alguma comparação — é célere ou lento comparado a algo —; sem isso, restar-se-ia simplesmente o prazo legal: então, não haveria avaliação de sua celeridade, mas sim avaliação de cumprimento de lei.

A segurança jurídica, por seu turno, é protegida e valorada com a técnica do precedente vinculante. Barroso (2020, p. 274) observa que o intérprete deve procurar observar os precedentes e impedir variações não fundamentadas de entendimento. O autor arremata dizendo que o respeito à jurisprudência é forma de promover a segurança jurídica e ainda resguardar a isonomia: ao juiz seria permitido exercer a criatividade, mas nunca romper a integridade do Direito. Para o afastamento de um precedente, o autor aponta que são necessárias justificativas cuidadosas, algo que evitaria algumas injustiças flagrantes.

O entendimento de Luís Roberto Barroso escancara um dos principais efeitos da técnica do precedente vinculante: na medida em que não se trata de meras afirmações, como soa a técnica redacional das súmulas, incluindo aquelas vinculantes produzidas pelo Supremo Tribunal Federal, os precedentes vinculantes dão modelos de fundamentação, como técnica de construção de um modo de pensar e concluir o raciocínio jurídico; os precedentes vinculantes não dariam apenas um resultado, um dispositivo sentencial: com o precedente vinculante, dá-se algo que consolida e dá inteireza ao sistema jurídico e à prestação jurisdicional, na medida em que aprofunda entendimentos com fundamentos explícitos, mostrando o caminho argumentativo até alcançar-se o resultado.

Diante de súmulas, o argumento útil para afastá-las do caso concreto, demonstrando diferenciação, demandaria exercício interpretativo forte, mesmo que diante de enunciado meramente afirmativo. Por outro lado, quando se está diante de um precedente vinculante, que já carrega consigo, além do enunciado — como a súmula —, ainda as razões de interpretação para alcançar tal enunciado genérico, aplicável a todos, o esforço argumentativo para o *distinguishing* deve ser ainda maior.

Quando um sistema judicial adota um sistema de precedentes judiciais vinculantes, observa Streck (2018, p. 21), as decisões precedentes não são meras recomendações ao juiz da causa, mas sim obrigatórias regras legais contidas em decisões. Segundo o autor (STRECK, 2018, p. 37), a decisão judicial apresenta dupla função: a primeira, que não é peculiar àquele direito, é definir e dirimir a controvérsia apresentada ao tribunal; depois, a decisão judicial tem a função de estabelecer um precedente em face do qual um caso análogo, a surgir no futuro, será provavelmente decidido dessa forma.

Sobre as qualidades dos institutos jurídicos, na medida em que o precedente tem natureza de catalizador para a solução do processo proposto, tomando o entendimento encontrado nas fundamentações decisórias de tribunais superiores, por outro lado o *distinguishing* põe-se como instituto de prossequibilidade, prova de que os fatos narrados não se alinhariam ao cenário que ensejou do precedente, e que o processo deve continuar.

No cenário apresentado, adotado um sistema de precedentes vinculantes, velar-se-ia pela segurança jurídica, pela uniformidade de entendimento e, ainda, individualmente, a própria

celeridade procedimental. A função jurisdicional exercida pelos componentes do Judiciário, assim, apresentaria coesão, coerência e ainda higidez e imposição às decisões e à prestação jurisdicional, evitando arroubos inventivos, que trariam insegurança jurídica.

4. O *DISTINGUISHING* COMO MÉTODO DE COOPERAÇÃO PROCESSUAL, DE DEMOCRATIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO E DE DEFESA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Averiguou-se na Seção 1 que o precedente judicial vinculante teria natureza jurídica de técnica de julgamento, onde adota-se fundamentações fixadas em tese obrigatória anteriores, ao passo que o *distinguishig* porta-se como técnica de interpretação para a construção da norma jurídica individualizada, onde se prova que a tese já fixada em precedente obrigatório e anterior não serve ao caso atual.

Observou-se na Seção 2 que o sistema de precedente vinculante reforça, no sistema judicial brasileiro, elementos de segurança jurídica, de uniformidade e ainda técnicas e regras de celeridade procedimental. Ao sistema e à função jurisdicional, haveria mais coesão, coerência e ainda higidez de decisões cotidianas, evitando surpresas e velando-se pela segurança jurídica.

Na Seção 3, busca-se responder como a técnica do *distinguishing*, levantada por argumentos da parte, serviria de meio de acesso ao Judiciário e ainda como método cooperativo da atividade jurisdicional no Brasil.

O *distinguishig*, como se alcançou até aqui, é uma técnica de interpretação voltada a mostrar que o caso concreto é composto por elementos factuais ou jurídicos que o separam de uma fundamentação que, eventual e potencialmente, seria adotada para o caso. Em sendo vinculante essa eventual interpretação, presente em técnicas ou itens oriundos de órgãos jurisdicionais superiores a serem impostas à fundamentação desenvolvida por órgãos jurisdicionais inferiores, estar-se-ia de frente à um sistema de precedentes vinculantes.

O controle da atividade jurisdicional, através do *distinguishing*, não se mostra como ato censor, como soaria os recursos processuais, eventuais atos correcionais administrativos que velam pelo correto procedimento adotado em órgãos inferiores. Através do *distinguishing*, protege-se e controla-se o próprio sistema de entendimento jurisdicional, por ato de cooperação jurídica e processual, alargando o leque de intérpretes do sistema de teses adotadas pelo tribunal.

Observe-se que o *distinguishing* permite o exercício do controle e da defesa da unidade do sistema de teses, mas não garante a aceitação da proposição. Algo que não atinge sua natureza jurídica.

Com esse alargamento dos atores de controle, defesa e promoção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes, mesmo que por técnicas negativas — com soa o exemplo, em que se defende a não adoção do precedente vinculante ao caso concreto —, a atividade jurisdicional beneficia-se por receber interpretações dadas por partes que ajudam a promover o sistema de precedentes. Tal abertura e, principalmente, a cooperação, reconhece-se que é

medida de defesa ou pedido individual, mas que poderá ganhar efeitos *erga omnes*, se adotado o entendimento.

O exercício interpretativo aberto do sistema e a ferramenta do *distinguishing* ganham roupagem de participação da formação do precedente. Com a fundamentação jurídica do *distinguishing*, se está também dando interpretação ao sistema jurídico como um todo, composto de elementos similares ao que é encontrado no controle de constitucionalidade concentrado. Härbele (1997, p. 13), que se debruçou sobre a interpretação constitucional, alega que nesse específico processo, estariam potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco cerrado ou fixado de intérpretes da Constituição. Segundo o autor (HÄRBELE, 1997, p. 13), a interpretação constitucional seria um elemento resultante de uma sociedade aberta.

Um excelente exemplo brasileiro sobre uma interpretação democrática da Constituição e do sistema jurídico pode ser apontado nas audiências públicas que precedem o controle de constitucionalidade. Método de cooperação jurídica para o exercício jurisdicional, assim como defende-se seja o *distinguishing*. Tais audiências públicas, previstas no parágrafo 1º, do Artigo 9º, da Lei 9.868, de 1999, espécie normativa que disciplina a Ação Direta de Constitucionalidade e ainda a Ação Declaratória de Constitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal, é claramente uma técnica de abertura do leque de autores que interpretarão a Constituição e avaliarão a adequação constitucional da espécie normativa posta em cheque no referido controle. Ao *distinguishing*, a cooperação se daria para a interpretação do precedente eventualmente vinculante, quando do julgamento do caso concreto ordinário — e não do controle concentrado, como exemplificado acima.

O *distinguishing* também se mostra um método de acesso ao Judiciário, na medida em que serve a defesa de um procedimento maduro, em que o mérito seja resolvido depois de produção probatória exauriente, haja vista que serve a impedir a aplicação de precedente que resultaria em solução antecipada meritória da lide. Pode-se defender que o *distinguishing* é método para a prestação jurisdicional adequada, desse modo.

A consagração do direito de participação, em matéria de controle de constitucionalidade, através das audiências públicas, e ainda nos casos de impugnação da aplicação do precedente ao caso concreto, conforme visto, se adequam ao que defende Härbele (2007, p 17). O autor observa que, quanto mais um país for participante de relações internacionais, mais entenderá que os Ordenamentos Jurídicos internos precisam adequar-se, para também preencherem e alinharem interesses dos participantes internacionais da relação, abrindo o sistema jurídico interno. Para o autor, o Estado Constitucional Cooperativo precisa entender que seu texto constitucional não atenderá somente ao Estado, devendo ser plural na sua revelação e interpretação.

A depender do grau alcançado do Estado em suas relações internacionais, o autor (HÄRBELE, 2007, p. 55-56) aponta que pode existir uma liga de interpretação da Constituição, onde criar-se-ia uma cooperação jurídica para a confecção de textos legais internos que facilitem e promovam a cooperação jurídica. Conforme observa, um movimento que ainda engatinha, mas ganha corpo.

Desse modo, quando o órgão competente para interpretar e impor a norma individualizada tem permissão legal para abrir o leque de atores interpretantes, como soa ocorrer com a técnica do *distinguishing*, abre-se também a possibilidade de democratizar as relações sociais

que correm junto ao Judiciário. Para Härbele (1997, p. 19), o processo de interpretação jurisdicional aberto é uma consequência do conceito republicano de interpretação, que haveria de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional.

A técnica do *distinguishing*, desse modo, pode ser considerada como um método de participação popular no controle e na cooperação jurídica da interpretação do sistema jurídico brasileiro, na medida em que há participação popular direta na confecção da norma individualizada; mais: procede trazendo ao debate elementos externos, de controle positivo e amplo — a própria tese aplicada —, como método de participação popular na construção da higidez do sistema e de acesso ao Judiciário como um meio de obter o direito de prestação adequada.

O *distinguishing* também se conforma ao exemplo de embate levantado por Hesse (1991, p. 10), quando o autor demonstra sua discordância às ideias de Ferdinand Lassale e aos fatores reais de poder. Para Konrad Hesse, se consideramos que a força afigura-se sempre maior que a força das normas jurídicas, a normatividade submeter-se-ia à realidade fática, o que não ocorre. Para Hesse (1991, p. 32), a prova de que a Constituição poderia impor uma força normativa sobre o poder dos fatos é algo que não se poderia nem mesmo comprovar, o que também impediria a comprovação dos eventuais fatores reais do poder propostos por Ferdinand Lassale. O *distinguishing* por argumento da parte torna-se, assim, um exercício de poder na construção da norma e, ainda, sobre seu referido alcance.

Visto que o *distinguishing* é método de defesa e garantia do devido processo legal, faceta processual ao adequado direito de acesso ao Judiciário, deve o direito a uma decisão ser prestado também adequadamente. Uma jurisdição mal exercida é desrespeito à garantia e ao direito constitucionais referidos. O *distinguishing*, de tal modo, exercido em cooperação jurídica, poderia salvaguardar o exercício da jurisdição e ainda o direito de receber prestação jurisdicional de forma adequada.

A imponência do devido processo legal é expressado por Sarmiento (2016, p. 87), quando ele lembra que o país de Israel afirma que tal princípio legal é reflexo direto da dignidade da pessoa humana.

Tal viés interpretativo, de cooperação e controle do Judiciário, para defesa do devido processo legal, através da ferramenta do objeto da pesquisa — o *dinstinguishing* diante da aplicação de precedente judicial vinculante —, também é levantado por Gurgel (2018, p. 70). Segundo a autora, o valor da dignidade humana tem se mostrado presente na jurisprudência americana quando se discutem direitos derivados do *Due Processe Clause*. A autora aponta que a XIV Emenda estabelece garantias processuais, como a exigência do devido processo.

Também considerando que o respeito ao devido processo como modo de defesa do cidadão contra o Estado, portanto, uma garantia constitucional, Barroso (2014, p. 47) observa que, nos Estados Unidos, proíbe-se buscas e apreensões arbitrárias. O autor exemplifica com uma decisão da Suprema Corte Americana, datada de 1962, na qual decidiu que a extração compulsória de cápsulas de drogas do estômago de alguém violaria o devido processo e, portanto, a violação de técnicas legais de obtenção de provas seria, assim, violação da própria dignidade.

Um outro prisma do exercício do *distinguishing*, para afastar uma interpretação e uma fundamentação jurídica modelo, de acordo com o devido processo legal e ainda com a própria dignidade, seria, ao fim, elemento da própria isonomia constitucional. Ao Estado não seria per-

mitido tratar diferentemente aqueles que se encontram em situação factual e jurídica similar. Novais (2003, p. 799) define o princípio da igualdade como um elemento essencial de vinculação jurídica de toda a atividade estatal de concretização e realização de direitos fundamentais e, conseqüentemente, também de estruturação e racionalização das ponderações de bens invocadas como fundamento, justificação e delimitação dos alcances das restrições que nesse contexto se desenvolvam.

O devido processo legal seria defendido e imposto, através da técnica do *distinguishing*, no entendimento de Marinoni e Mitidiero (2017, p. 763). Para os autores, no já antigo Estado de Direito (*Rschsstaat, État Légal*), o processo era concebido como um anteparo ao arbítrio legal, ao passo que hoje, segundo eles, o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat, État de Droit*) teria por missão colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo. Algo que seria alcançável, diante de uma pretensão de um precedente vinculante não adequado ao caso, com o exercício do direito de *distinguishing*.

A técnica dos precedentes vinculantes, ao fim e ao cabo, seria um meio de adequar à jurisdição e a interpretação jurídica entregue pelo Judiciário aos parâmetros da isonomia, haja vista que nada mais pretende que entregar uma decisão individualizada semelhante a todos os casos apresentados também semelhantes.

O *distinguishing*, por seu turno, seria a outra face da moeda, pois pretenderia demonstrar que não haveria isonomia entre os casos a quem o órgão julgador poderia entregar o mesmo modelo de fundamentação jurídica.

O Judiciário no Brasil é Poder da República; o fato de seus órgãos poderem dizer solução como terceiro desinteressado, solução essa imperativa e que poder se tornar indiscutível, não o exime de seguir outras regras e princípios, constitucionais e infraconstitucionais, de cotejo democrático e participativo: um processo e uma solução com participação e, ainda, controle.

O *distinguishing*, desse modo, nada mais é que técnica de cooperação, com já visto, e ainda de participação da parte, como cidadão, no exercício e controle da prestação jurisdicional, mas que atinge não apenas a interpretação aplicada ao caso concreto: ela atua sobre parâmetro de entendimentos adotados como precedentes jurídicos obrigatórios ao sistema onde se encontra. O *distinguishing* não conseguirá, por isso, interferir no entendimento e nos efeitos do precedente objeto de sua análise; por outro lado, conseguirá delimitar o alcance prático do precedente, haja vista que, em sendo a técnica de interpretação vitoriosa, afastaria o precedente vinculante de imposição para o caso concreto.

O *distinguishing*, portanto, é exercício argumentativo em defesa do devido processo legal, é método de abertura do leque dos agentes da interpretação e, ainda, se mostra ato processual cooperativo, quando permite que a parte e o próprio juiz não se restrinjam à confecção da norma individualizada, pois a interpretação se daria tomando o sistema de precedentes, e não apenas a norma para o caso concreto.

Um processo devido, adequado, não genérico, que entregue, além de um procedimento adequado, ainda uma interpretação adequada na própria fundamentação. Mais: permite-se a abertura dos atores interpretantes e a democratização da atividade judicante, apesar de, também, caber ao juiz da causa a decisão final.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa buscou responder como o exercício do *distinguishing*, durante um procedimento civil, mostrar-se-ia método de participação, de democratização e ainda de próprio controle da atividade judicante.

Na Seção 1, alcançou-se o entendimento de que o *distinguishing* tratar-se-ia de técnica de interpretação, na construção de norma individualizada, através da qual se demonstra que a tese temática, corrente e vinculante, não deveria ser aplicada ao caso concreto. Para tanto, ao juiz da causa, tal exercício se daria na fundamentação da decisão; ao passo que, à parte, caberia demonstrar na narrativa dos fatos que ao seu caso, em específico, não adequar-se-ia tal precedente.

Ainda na Seção 1, sobre o próprio precedente judicial vinculante, alcançou-se o entendimento de que tratar-se-ia de técnica de julgamento que adota a tese fixada em outra decisão, tese essa que poderia servir de modelo de interpretação jurídica, de onde retirar-se-ia de um caso concreto uma norma geral aplicável a todos.

Na Seção 2 da pesquisa, averiguou-se os efeitos práticos da adoção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes, ao que se alcançou o entendimento que a celeridade processual é algo que não guarda unanimidade: em verdade, o que o processo deve cumprir são os prazos legais, nem mais, nem menos. Portanto, na medida em que se alcançou que algo só seria célere se comparado a outro item com similitude e o tempo que levaria para cumprir uma mesma tarefa, não haveria como classificar a aplicação de precedentes acerca da celeridade.

Por outro lado, sobre o tempo gasto para que o procedimento ganhe natural fim, preferencialmente meritório, observa-se, sim, que a técnica do precedente judicial vinculante tenderia a resolver o mérito de um processo num momento anterior ao que o procedimento ordinário prevê nas leis processuais.

Outro efeito alcançado pela adoção de um sistema de precedentes obrigatórios é a segurança jurídica, na medida em que força a que todos os órgãos judiciais vinculados ao autor do precedente obrigatório adotem um modelo de fundamentação, algo que avança, em muito, além da simples adoção de uma súmula, por exemplo. Com tal técnica, será valorada decisivamente a segurança jurídica das posições jurisdicionais e ainda da prestação jurisdicional.

Outro efeito alcançado, nas conclusões da Seção 2, ao calço da segurança acima apon-tada, foi a uniformidade de entendimento do Judiciário, algo que trará harmonia à atividade: a própria eficiência da prestação jurisdicional.

Na Seção 3, a pesquisa averiguou se, dentro do sistema de precedentes, qual seria o papel do exercício do *distinguishing*. Na pesquisa, alcançou-se que a argumentação trazida ao processo, que separaria os fatos narrados de uma eventual aplicação de um precedente obrigatório, seria de defesa do direito de acesso ao Judiciário, haja vista que pretende que tal função jurisdicional, além de ser prestada, seja ainda adequada, exauriente e meritória. Ele serviria, ainda, como meio de cooperação processual, na medida em que traria argumentos ao processo que não se voltariam completamente à defesa ou à decisão da causa, mas sim como meio de interpretação adequada do próprio sistema jurídico, de democratização da interpretação e ainda de defesa do devido processo.

Ao juiz da causa, o *distinguishing* demandaria fundamentação decisória para além da decisão sobre os fatos da causa, haja vista que pediria ainda fundamentação para afastar os elementos do precedente, que porventura pretende não aplicar. Desse modo, surgiria, como ônus ao juiz da causa, obrigatória fundamentação fática sobre elementos que não estão na narrativa dos fatos nos autos.

A necessidade desse exercício argumentativo da parte e do juiz da causa — no afastamento de um eventual precedente vinculante, o que serviria à adequada prestação jurisdicional, ao direito constitucional de acesso ao Judiciário e ainda à alguns parâmetros da dignidade —, por fim, seria face de uma prestação jurisdicional adequada, o que velaria o próprio devido processo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9. ed., São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: volume 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 8. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Lei N° 13.105 de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso: 7 fev. 2022.

BRASIL. Lei N° 9.868 de 10 de Novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso: 8 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário N° 639.228-RJ*. Relator: Ministro Presidente César Peluso. Julgado em 16 de Junho de 2011. Publicado em 31 de Agosto de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626891>. Acesso: 7 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Reg na Ação Rescisória N° 2.792-PB*. Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 30 de Agosto de 2019. Publicado em 16 de Setembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750833042>. Acesso: 9 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial N° 1.677.414-SP*. Primeira Turma. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Julgado em 14 de Dezembro de 2021. Publicado em 1 de Fevereiro de 2022. Acesso: 8 fev. 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Processo Civil**. 11 ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**. 4. ed. rev., atual., ampl., São Paulo: Ed. Atlas, 2016.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Intepretação Pluralista e `Procedimental` da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HÄRBELE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Conteúdo Normativo da Dignidade da Pessoa Humana e suas Implicações Jurídicas na Realização dos Direitos Fundamentais**. 2018. Tese (Pós-Doutoramento) – Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Vol 1**. 5 ed. rev., atual., ampl., São Paulo: Ed Thompson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. p. 762-829. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed., São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020. (Séria IDP).

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luis. Art. 102 da Constituição Federal. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Sério IDP).

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2003. Tese (Doutoramento) – Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2018.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 28/03/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 02/04/2022
- Avaliação 1: 20/04/2022
- Avaliação 2: 07/08/2022
- Decisão editorial preliminar: 07/08/2022
- Retorno rodada de correções: 07/08/2022
- Decisão editorial/aprovado: 08/08/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2