

DISTINGUISHING, SÚMULAS E PRECEDENTES

Tatiana Maria Oliveira Prates Motta i
Pedro Correa Pertence ii

RESUMO: O presente artigo trata da aplicabilidade do *distinguishing*, instituto do direito anglo-saxão, aos diferentes modelos de decisões judiciais, vinculantes ou não, aplicados como precedentes em casos concretos. Este estudo consiste em breve exposição dos modelos de precedentes adotados no Brasil, em especial das súmulas, destacando a forma como deve ser feita a distinção entre o caso anterior (precedente) e o caso em análise. A aplicação do precedente demanda nobre esforço do hermenauta, a quem incumbe verificar as semelhanças e diferenças entre as circunstâncias fundamentais que deram origem àquele julgado e as características peculiares do caso concreto. A aplicação das súmulas, de sua vez, demanda sejam idênticos os conflitos jurídicos, sem que se permita qualquer interpretação de seus enunciados.

PALAVRAS-CHAVE: *Distinguishing*. Súmulas. Precedentes.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Constitucional

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, as decisões judiciais com força vinculante foram introduzidas ao ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A aplicação dos precedentes aos julgamentos das lides tem, porém, origem mais remota.

A Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi implementada em alteração de 1963 no Regimento Interno daquela Corte, por iniciativa e conta do Ministro Victor Nunes Leal, responsável pela edição dos primeiros 370 enunciados. O objetivo era criar um método de fixação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Neste artigo, apresentamos o instituto da súmula de acordo com a perspectiva de seu criador e principal partidário, o Ministro Victor Nunes Leal. Demonstramos, por meio da concepção original da Súmula da Jurisprudência Dominante, a forma como devem ser aplicados os verbetes: analisando-se os precedentes que lhes deram origem e suas características fundamentais.

Isso, pois, assim como o *precedent*, decisão judicial do *common law*, a súmula tem sua aplicação submetida à equivalência das circunstâncias fático-jurídicas entre o caso julgado e o que se passa a julgar.

O presente estudo versa especialmente sobre o *distinguishing* e a sua forma de aplicação às súmulas. Instituto originário do direito anglo-saxão, em que os precedentes são os pontos de partida do julgador, o *distinguishing* consiste no cotejo analítico das circunstâncias fundamentais à formação dos precedentes e as circunstâncias fundamentais do caso em questão para, a partir das semelhanças ou diferenças entre os casos, ter-se por

aplicável ou inaplicável o precedente.

Alterações relativamente recentes no Código de Processo Civil, os artigos 518, §1º e 557 dispõem sobre as "súmulas impeditivas de recurso"; atribuem ao juiz a possibilidade de (i) negar seguimento a recurso interposto para Tribunal superior e (ii) de não receber recurso de apelação nos casos em que a pretensão recursal for manifestamente contrária à súmula ou a jurisprudência dominante.

Demonstrar-se-á, nos capítulos seguintes, como a utilização da distinção (*distinguishing*), não só, mas em especial nos casos dos dispositivos mencionados acima, determina a aplicabilidade, ou não, do precedente ao caso específico. Bem sucedida a técnica utilizada, a razão legal do caso anterior – o precedente ou súmula –, quando diversa da razão aplicável à lide em questão, não se aplicará ou será limitada.

Entretanto, a distinção deve ser feita de modo a preservar a segurança jurídica visada pela súmula; nunca com o objetivo de "temperar" seu enunciado. Caso contrário, o hermenauta se afasta do objetivo da súmula, método de fixação da jurisprudência.

II. DESENVOLVIMENTO

2As súmulas, os precedentes e o *distinguishing*

2.1A súmula no Brasil: origem, objetivo e efeitos

A súmula é definida como uma *pequena suma*; *breve epitome* ou *resumo*. Juridicamente, é um enunciado que reflete a

jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especializada autorizada a emitir a consolidação de teses controversas.¹

No Brasil, a *Súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal* foi idealizada e introduzida pelo Ministro *Victor Nunes Leal*. Criou-se, assim, um elemento importante e eficiente de fixação da jurisprudência. A instituição da súmula no Supremo Tribunal Federal ocorreu por meio de emenda regimental de 28 de agosto de 1963. Os primeiros 370 enunciados, elaborados pelo Ministro *Victor Nunes Leal*, foram aprovados em sessão de 13 de dezembro do mesmo ano e publicados em março do ano seguinte.

Definindo a súmula e sua função, *Victor Nunes* afirmava que “na Súmula, o Supremo Tribunal Federal inscreve, em enunciados distintos, devidamente classificados por assunto, o seu entendimento sobre as questões mais controvertidas na jurisprudência e sobre as quais o Supremo Tribunal chegou a uma opinião firme, em face da sua composição contemporânea, ainda que não compartilhada por todos os Ministros”.²

Para seu criador, a Súmula representa, portanto, puramente segurança jurídica.

No mesmo sentido, *Barbosa Moreira*, citado por *Lenio Luiz Streck* na obra *Súmulas no Direito Brasileiro*, afirmava que as súmulas “verdadeiramente refletem o pensamento dominante no Supremo Tribunal Federal, pois tais teses só se tornam objeto de Súmula com a aprovação de mais da metade de seus ministros e não de maiorias precárias e ocasionais”.³

Como se vê, a súmula foi criada como instrumento de fixação da jurisprudência controvertida, a fim de facilitar a orientação dos tribunais superiores. Não é – e nunca foi –, por outro lado, elemento de rigidez da jurisprudência, freio das alterações hermenêuticas, uma vez que as relações sociais e jurídicas não são estáticas, estratificadas. Ao contrário: são complexas, concretas, voláteis.

Confira-se, a respeito, a seguinte afirmação de *Victor Nunes Leal*, em palestra proferida em Belo Horizonte, cujo trecho a seguir foi transcrito pelo em. Ministro *Prado Kelly* no debate do julgamento do *Habeas Corpus* nº 42.958 (21.3.1966):

Firmar a jurisprudência de modo rígido não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança que é freqüentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio termo, para que o Supremo Tribunal possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando ou diminuindo os dissídios de jurisprudência.

Com efeito, desde sua idealização, à súmula é negada a capacidade de atribuir rigidez à hermenêutica jurisprudencial, muito embora seja repugnada a interpretação diversa acerca de conflito jurídico semelhante.

O que se repele por meio da súmula, nas palavras do idealizador, é a *anarquia jurisprudencial*; a interpretação diversa acerca do mesmo conflito jurídico. Para que seja aplicada ao caso concreto, a súmula – geral e abstrata –, é fundamental, portanto, que a lide seja a mesma. Em outros termos, as circunstâncias juridicamente relevantes presentes no caso fático devem ser *idênticas* às dos casos referidos nos acórdãos que deram origem ao enunciado. Somente assim é permitido aplicar o preceito contido na súmula ao caso concreto.

Após a criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Federal de 1988, ocorreu considerável alteração no papel do Supremo Tribunal Federal e das Súmulas editadas pela Corte. Até aquele momento, o STF acumulava os encargos de guardião de constitucionalidade das leis e uniformizador da interpretação delas.⁴

Uma vez criado, o Superior Tribunal de Justiça passou a ser responsável, em relação à matéria infraconstitucional, pelo papel antes desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Desde então, as Súmulas editadas pelo STJ representam a interpretação dada pela instância superior às leis e atos normativos federais.

Atualmente, a edição das súmulas tem previsão no art. 479 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

Para adequada análise deste dispositivo, é indispensável que se forneça a correta definição do termo precedente: originário do *common law*, o precedente é uma decisão judicial proferida em determinada lide, que estabelece um princípio ou regra que o Tribunal – ou outro órgão judicial – deve utilizar em casos posteriores com fatos semelhantes.

Benjamin Nathan Cardozo, juiz da Suprema Corte Americana entre 1932 e 1938, também citado por *Lenio Streck*⁵, assim entendia a vínculo entre o precedente e a prestação jurisdicional:

Atrás dos precedentes se encontram as bases das concepções jurídicas, postulados do pensamento judicial, e ainda mais atrás estão os hábitos de vida, das instituições das sociedades, que são a origem daquelas concepções e que, por um processo de ação recíproca, são, por sua vez, modificados por elas. Não obstante, um sistema altamente desenvolvido como o nosso (common law) já está de tal modo coberto de precedentes, que eles constituem o ponto de partida do trabalho do juiz.

Como se vê do trecho acima transcrito, é clara a principal diferença entre o julgador de origem inglesa (do *common law*) e o julgador brasileiro: o *ponto de partida*. No direito brasileiro, positivista, é a lei o ponto de partida do julgador. Ou, ao menos, era.

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu no Brasil um novo *ponto de partida*. Prevista no art. 103-A da Constituição da República, a súmula vinculante será editada quando o Supremo Tribunal Federal “*de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei*”.

Criou-se, ali, um mecanismo de vinculação das decisões transformadas em súmula. As súmulas vinculantes, malgrado apoiadas no mesmo objetivo da súmula tradicional⁶, são de aplicação obrigatória e possuem instrumento específico para reformar a decisão contrária: a reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103-A, §3º, CR/88).

Conforme determina o artigo 103-A da Carta Magna, a *Súmula Vinculante* deve originar do Supremo Tribunal Federal, versando sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas que envolvam matéria constitucional controvertida, capaz de gerar insegurança jurídica. Patente, pois, que, com a súmula, busca-se promover a segurança jurídica.⁷

2.2 Decisões com efeito vinculante e aplicação aos casos concretos

Há muito é discutida a possibilidade de atribuir-se efeito vinculante às decisões judiciais, assim como ocorre no sistema do *common law*. Na doutrina inglesa dos precedentes obrigatórios (*doctrine of binding precedent*⁸), também conhecida como *stare decisis* ou *case law*, como se vê pelas denominações, o precedente sobrepõe-se à lei como produto de trabalho dos juízes⁹. Isso não se confunde, por óbvio, com o insubsistente entendimento de que, no *common law*, é o juiz quem legisla. A função universal do juiz é aplicar o direito ao caso concreto, conforme as regras legais existentes e de acordo com o ordenamento jurídico em sua inteireza.

A discussão no Brasil sobre o efeito vinculante das decisões judiciais esbarrava na equivocada ideia de que a tripartição dos poderes não comportaria a concessão de competência dessa ordem ao Poder Judiciário, responsável por “dizer o direito” criado pelo Poder Legislativo. Certamente, porém, a típica função do legislativo, de editar as leis, não se confunde com o poder atribuído

ao Judiciário, de criar normas de aplicação e interpretação da lei.

Superada a frágil discussão acerca da competência do judiciário para proferir decisões de caráter vinculante, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 introduziu no Brasil a força cogente das decisões do Supremo. O § 2º do artigo 102 da Constituição determina que “*as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*”.

Soma-se à força vinculante das decisões proferidas no controle de constitucionalidade concentrado – aquele restrito ao Supremo Tribunal Federal – o fato de que a mencionada Emenda Constitucional adicionou ao ordenamento jurídico brasileiro a súmula vinculante, grande inovação recente no direito brasileiro e principal expoente do poder vinculante das decisões judiciais.

Assim, as decisões às quais se atribui força vinculante – as súmulas e as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental – tornaram-se *pontos de partida* obrigatórios do aplicador da lei.

A súmula vinculante assemelha-se, nesse ponto, aos precedentes, típicas decisões judiciais vinculantes originárias do *common law*.

Entretanto, como se sabe, para cada fato há o direito correspondente. Por obviedade do silogismo, conclui-se que, para aplicar à nova situação a decisão anterior ou súmula, seja esta vinculante ou não, é necessário que o fato jurídico seja o mesmo: o conflito jurídico deve ser idêntico, ao menos no que toca às circunstâncias fundamentais à formação do julgado. Com efeito, o cotejo analítico e minucioso dos dois casos – o precedente e o que se está julgando – é condição indispensável à aplicação daquele entendimento.

Nesse contexto, deve-se ressaltar que a decisão judicial, seja um precedente, uma súmula ou até mesmo uma súmula vinculante, não é intocável. No *common law*, sistema em que a *doctrine of binding precedent* já está devidamente assimilada, a orientação é que a aplicação do precedente deve ser flexibilizada de acordo com o conjunto fático-jurídico em análise. Não se pode confundir, assim, o poder vinculante da decisão – no caso, da súmula – com a autonomia dos enunciados em relação aos precedentes que lhe deram origem.

Em outras palavras, todo caso deve ser analisado minuciosamente, de modo a se conferir a cada situação a correta prestação jurisdicional. O ilustre professor *Menelick de Carvalho Netto*, no artigo “A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito”, interpretando a *tutela jurisdicional adequada* de *Ronald Dworkin*¹⁰, assim conclui:

A unicidade e a irrepitibilidade que caracterizam todos os eventos históricos, ou seja, também qualquer caso concreto sobre o qual se pretenda tutela jurisdicional, exigem do juiz hercúleo esforço no sentido de encontrar no ordenamento considerado em sua inteireza a única decisão correta para este caso específico, irrepitível por definição. Em outros termos, todo e qualquer caso deve ser tratado pelo julgador como um caso difícil, como um *hard case*.¹¹

Com efeito, a súmula, um enunciado que reflete a interpretação do Tribunal sobre tema controvertido, não é capaz de prever ou regular todas as situações concretas e suas peculiaridades, assim como a lei também não tem essa capacidade. Menelick de Carvalho Netto destaca, ainda, que “é somente mediante a visualização do embate das normas gerais e abstratas, concorrendo entre si em toda a amplitude normativa do ordenamento para regerem situações, que poderemos encontrar a norma adequada àquela situação específica”.¹²

O entendimento acima exposto vai ao encontro do pensamento do Ministro Victor Nunes Leal, em comentário das razões pelas quais a Súmula foi introduzida, *verbis*:

*Foi dessa maneira, colocando-se um pé adiante do outro, que nasceu a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Ela atende, portanto, a vários objetivos: é um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais mediante a simples citação de um número convencional; distingue a jurisprudência firme daquela que se acha em vias de fixação; atribui à jurisprudência firme consequências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetem e exterminar as protelações deliberadas.*¹³

“Ao contrário do que pretendem alguns críticos” – prossegue na tese o eminente jurista –, “a Súmula resguarda perfeitamente a amplitude da defesa. Em caso de arquivamento do recurso, pelo relator, as partes, mediante o agravo regimental, podem fazer julgar a causa pela Turma, ou pelo Tribunal Pleno, conforme a hipótese.”

A toda evidência, não há autonomia entre os enunciados das súmulas e os precedentes que lhes deram origem. A súmula reflete a interpretação dominante do Tribunal; torna-se, a partir daí, uma norma genérica e abstrata. Não pode, assim, ser aplicada de forma arbitrária, sob pena de prejudicar a segurança jurídica que objetiva. A toda evidência, deve-se evitar que a súmula seja um óbice à correta prestação jurisdicional, somente alcança-

da por análise minuciosa do conteúdo fático-jurídico (lide jurídica).

Tem-se, pois, que a aplicação da decisão anterior, independentemente da espécie, é subordinada à semelhança jurídica entre a lide que está sendo julgada e ao precedente; à equivalência das circunstâncias determinantes dos julgados.

2.3 Distinguishing e as súmulas

A atual redação dos artigos 518, §1º e 557, do Código de Processo Civil, submete a prestação jurisdicional recursal à (in) existência de súmula anterior que disponha sobre a matéria, *verbis*:

Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§1º - O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Vê-se, da análise dos dispositivos, uma condição ao julgamento do recurso. Existindo súmula ou jurisprudência dominante contrária ao caso em exame, o julgador deverá aplicar o precedente, evitando que seja recebida a apelação (§1º, art. 518) ou negando seguimento ao recurso interposto para os tribunais superiores (art. 557).

Para evitar as procrastinações deliberadas, os recursos manifestamente protelatórios, surgiram as atuais redações dos referidos dispositivos, introduzidas, respectivamente, pelas Leis 11.276/06 e 9.756/98. O objetivo é prestigiar a uniformização da jurisprudência, atribuindo-se aos casos concretos semelhantes a mesma prestação jurisdicional. O §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil segue a mesma linha, porém na situação inversa: permite ao relator dar provimento ao recurso de forma monocrática, se “a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Para o efeito pretendido neste estudo, que visa demonstrar a necessidade da semelhança fático-jurídica (da lide propriamente dita) com o precedente aplicável, trabalhamos especialmente com as “súmulas impeditivas de recurso”. Convém destacar, porém, que o instituto do *distinguishing* aplica-se, *mutatis mutandis*, aos

casos abrangidos pelo §1º-A do artigo 557 do CPC.

Ressalte-se, novamente, que o impedimento (ou [in] provimento) recursal previsto nestes dispositivos não tem – assim como a súmula da maneira como foi concebida – por objetivo limitar a prestação jurisdicional. Pelo contrário: tenta-se tornar mais célere a prestação adequada; aplicar a cada caso o direito cabível, evitando a *anarquia jurisprudencial* temida por Victor Nunes.

Preservando o interesse das partes em que seja aplicada a melhor prestação jurisdicional ao caso concreto, o artigo 544 do Código de Processo Civil prevê que: “*não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso*”. Na mesma linha, os parágrafos 3º e 4º do artigo 544 dispõem:

§3º. Poderá o relator, se o acórdão estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.

§4º. O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.

No caso de decisão proferida pelo próprio tribunal competente para julgar o recurso, à parte prejudicada cabe a interposição de agravo interno (regimental) no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação da decisão, conforme prevêem os artigos 317 do Regimento Interno do STF¹⁴, e 258 e 259 do Regimento Interno do STJ¹⁵.

Assim, atribuir à súmula o caráter de razão legal para embasar decisão posterior – assim como ocorre no *precedent* –, é método de atribuir celeridade e segurança à prestação jurisdicional; não de limitá-la ou fazê-la menos judiciosa. Dessa forma, cabe ao advogado da parte prejudicada pela decisão monocrática que, com base em súmula ou jurisprudência dominante, negou seguimento, negou provimento ou deu provimento a recurso, demonstrar a inaplicabilidade do precedente, utilizando-se da distinção entre as circunstâncias elementares que deram origem ao precedente e as da lide em questão.

É equivocada, pois, a idéia de que a súmula cerceia o direito da parte e prejudica a correta prestação jurisdicional. A intenção é diametralmente oposta e Victor Nunes já deixava isso bem claro:

Alguns, no foro do Rio de Janeiro, chegaram a apelidar a Súmula de Túmulo.

Essa crítica não tem razão de ser, porque, do despacho de arquivamento, no prazo de 5 dias, cabe agravo para o próprio Tribunal. O advogado, inconformado pode, por esse meio, pedir ao Tribunal que julgue seu processo. O relator, então, o levará ao Tribunal e emitirá o seu voto, que poderá ser no mesmo sentido do despacho, ou em sentido diverso, se ele se convencer das novas razões apresentadas pelo advogado. Não há, pois, cerceamento de defesa, porque, se o advogado não agrava, ter-se-á conformado com o arquivamento.

Assim, o *distinguishing* é instrumento fundamental do juiz, e, também, do advogado, a quem incumbe, nos *agravos regimentais*, distinguir as lides e garantir que os artigos 518, §1º, e 557 do CPC sejam aplicados apenas em casos juridicamente idênticos. Pela análise de distinção dos casos verifica-se a possibilidade de aplicar-se (ou não) o precedente à lide em questão. Precisa, assim, a definição do termo *distinguishing*, que consiste em “*verificar significativa diferença fática, procedimental ou legal em caso pretérito, capaz de minimizar o efeito da aplicação do precedente ou demonstrar sua inaplicabilidade ao caso*”.¹⁶

Submete-se, portanto, a aplicação da súmula “impeditiva de recurso” à verificação da semelhança fático-jurídica entre os casos, que (i) deram origem ao enunciado e (ii) à decisão recorrida. Neste sentido, destaca o jurista Marco Antônio da Costa Sabino:

*Na aplicação do precedente, é preciso, preliminarmente, verificar se há lugar para tanto, vale dizer, se o segundo caso comporta a alocação do dado precedente. Por isso, os juízes do common law exercem, em primeiro lugar, a técnica da distinção, ou distinguishing. Por essa técnica, o juiz deve aproximar os elementos objetivos dos casos em que se constituíram precedentes potencialmente aplicáveis e o caso objeto do precedente, ou mesmo, ampliá-lo.*¹⁷

Ou seja, o cotejo analítico entre os casos é condição antecedente, indispensável à aplicação do precedente. Da mesma forma, o é em relação à súmula. Embora não adotemos o sistema do *common law*, a súmula, como já dito, possui semelhanças com o *precedent*, fazendo com que sua aplicação para não receber (art. 518, §1º) ou negar seguimento a recurso (art. 557) esteja vinculada à semelhança entre os precedentes que deram origem ao enunciado e a decisão recorrida.

Há, entretanto, significativa diferença do *precedent* para a súmula, ambos métodos hermenêuticos, porém distintos. O Professor Edward Dominic Re, no artigo "stare decisis", traduzido pela Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, ensina que:

É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um ponto de partida. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é, na verdade, um principium, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz no sistema do common law afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo, moldando e aplicando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si.¹⁸

Como se vê do trecho acima transcrito, é evidente a mencionada distinção entre a aplicação do *precedent* e a aplicação da súmula. Conforme leciona o professor Edward D. Re, o precedente "é, na verdade, um princípio", passível de ser moldado para ser aplicado ao caso concreto. Vale transcrever, a respeito, a preciosa lição de Miguel Reale:

Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.¹⁹

Os princípios, assim como as súmulas, orientam a hermenêutica jurídica. No entanto, a súmula, definitivamente, não é um princípio. A súmula reflete a interpretação do Tribunal a respeito de determinada norma. É, segundo seu idealizador, o "método destinado a ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante".

Por resultar de uma interpretação, o enunciado da súmula não pode ser interpretado ou aplicado analogicamente. Não se pode acrescentar ou suprimir palavras a fim de tornar o enunciado aplicável ou inaplicável a determinado caso. O enunciado deve ser claro e automaticamente compreensível; não se amoldando ao caso, não é aplicável. Neste ponto, claro como de costume, Victor Nunes Leal ensina:

A Súmula não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese de jurisprudência (...). Em alguns casos, interpretar a Súmula é fazer interpretação de interpretação. Voltaríamos à insegurança que a Súmula

quis remediar. Quando o enunciado for defeituoso, devemos riscá-lo e redigir outro. Este é que é o método adequado, previsto no Regimento.²⁰

Após réplica do Ministro Elói da Rocha afirmando que se tinha, "como juiz, o poder de interpretar a mesma Constituição, poderei interpretar a Súmula", Victor Nunes insistiu:

V. Exa. tem, evidentemente, o poder de interpretar qualquer decisão nossa, e, portanto, a nossa jurisprudência sintetizada na Súmula. Mas a Súmula é um método de trabalho, através do qual esta Corte tem procurado eliminar dúvidas de interpretação. Se a Súmula, por sua vez, for passível de várias interpretações, ela falhará, como método de trabalho, à sua finalidade. Quando algum enunciado for imperfeito, devemos modificá-lo, substituí-lo por outro mais correto, para que ele não seja, contrariamente à sua finalidade, uma fonte de controvérsia.

A toda evidência, embora aplicável à súmula, o *distinguishing* tem sua eficácia mais restrita do que na análise do *precedent*. O precedente, no direito anglo-saxão é um princípio amoldável ao caso concreto. A súmula não. A súmula representa a interpretação dada pelo Tribunal a determinada questão jurídica; não é válido reinterpretar-se o enunciado ou amoldá-lo ao caso concreto. A segurança jurídica visada pela súmula exige a observância – quando gêmeos os casos – integral de seu enunciado.

Assim, o *distinguishing*, embora ainda não tão disseminado – ao menos dessa forma – nos Tribunais Brasileiros é técnica fundamental à aplicação da súmula brasileira e dos precedentes do *common law*. Mas, atenção: no que toca à súmula, o *distinguishing* demanda do hermeneuta a consulta aos precedentes que deram origem ao enunciado. Não é viável, portanto, a releitura ou a interpretação do enunciado, mas apenas dos julgados que lhes deram origem. É a leitura dos julgados que lhes deram origem o método de interpretação dos enunciados.

2.4 Breves considerações sobre o *distinguishing* das súmulas no Supremo Tribunal Federal

Embora pareçam claras as limitações do *distinguishing* em relação às súmulas e da aplicação das súmulas ao caso concreto, até mesmo o Supremo Tribunal Federal diverge sobre a possibilidade de aplicar-se esse instituto para "temperar" a interpretação do enunciado da súmula. Em debate no julgamento do *habeas corpus* nº 85.185, em 10 de agosto de 2005, o plenário da Corte, divergiu sobre a possibilidade de reinterpretar-se a súmula. Na-

quele caso, estava em discussão o enunciado nº 691 da *Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, segundo o qual *"não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de 'habeas corpus' impetrado contra decisão do relator que, em 'habeas corpus' requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar"*.

Esse enunciado foi objeto de discussão no Pleno do Supremo Tribunal Federal, por uma distinção não existente nos precedentes que deram origem ao verbete. Embora a leitura do enunciado não deixe dúvidas acerca da inviabilidade de se impetrar *habeas corpus* perante o Supremo contra decisão de relator de Tribunal Superior que indefere liminar, no julgamento do HC nº 85.185, alguns dos Ministros presentes propuseram a releitura do enunciado para admitir o *habeas corpus* nos casos em que o constrangimento ilegal for flagrante.

Desnecessário dizer que, por razões óbvias, para o impetrante de *habeas corpus* o constrangimento ilegal é sempre flagrante, o que torna, adotado esse entendimento, inócuo o enunciado da súmula 691 do STF. Não é este, contudo, o objeto do presente artigo.

Com o devido respeito aos Ministros que defenderam essa tese, não é esse o modelo de *distinguishing* que possibilita a segurança jurídica almejada pela súmula. Ao contrário: a distinção é cabível quando feita entre os precedentes que deram origem ao enunciado da súmula e o recurso que se julga. Por outro lado, não cabe a distinção inexistente nos precedentes que deram origem ao enunciado. Se os precedentes não levavam em conta aquela circunstância, de duas uma: ou se aplica, ou se cancela a súmula.

Neste ponto, defendendo o instituto da súmula, o Ministro Sepúlveda Pertence, se pronunciou:

Não se dá temperamento à súmula; cancela-se esta e, se for o caso, emita-se outra depois. Mas esta está fundada nos precedentes, a partir do referido pelo Ministro Cezar Peluso, da lavra do eminente Ministro Moreira Alves.

Então, não é possível estabelecer temperamentos que não estão nos precedentes. A súmula é uma pura declaração solene do Tribunal de que considera determinada questão pacificada e, conseqüentemente, dispensa novas discussões, citações de precedentes, longas e eruditas fundamentações. É apenas 'um método de trabalho do Tribunal', na expressão de Victor Nunes. Quando se discute que a súmula não devia dizer o que os precedentes disseram, ela já não presta mais como súmula. Então, o caso é de cancelar. Assim, não há meia medida: ou se cancela, ou se aplica a súmula.

De forma indelével, o Ministro Victor Nunes, embora vencido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 54.190, definiu bem a função da súmula e o seu método de aplicabilidade limitada aos exatos termos do enunciado:

Se tivermos de interpretar a Súmula com todos os recursos de hermenêutica, como interpretamos as leis, parece-me que a Súmula perderá sua principal vantagem. Muitas vezes será apenas uma nova complicação sobre as complicações já existentes. A Súmula deve ser entendida pelo que exprime claramente, e não a contrário sensu, com entrelinhas, ampliações ou restrições. Ela pretende pôr termo a dúvidas de interpretação e não gerar outras dúvidas.

(...)

Faço um apelo aos eminentes colegas, para não interpretarmos a Súmula de forma diferente do que nela se exprime, intencional e claramente. Do contrário, ela falhará, em grande parte, à sua finalidade. ²¹

É óbvio: a súmula não se presta como princípio hermenêutico amoldável ao caso. A súmula reflete o entendimento adotado pelo Tribunal nos precedentes. Assim, são os precedentes os elementos de interpretação da súmula; não é viável suprimir ou "temperar" o enunciado. Nem mesmo interpretá-lo de forma inversa.

Conclui-se, portanto, que o *distinguishing* é aplicável às súmulas – notadamente às que fundamentem as decisões previstas nos artigos 518, §1º e 557 do Código de Processo Civil –, mas, apenas no que diz respeito às circunstâncias fundamentais dos precedentes, jamais limitando ou invertendo o texto dos verbetes. Como se disse, a súmula não é um princípio amoldável ao caso concreto. Distingue-se a súmula, dessa forma, do *precedent* do *common law*.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Criada como *método de trabalho*, a súmula surgiu como instrumento do Supremo Tribunal Federal para promover segurança jurídica; garantir que em casos semelhantes o julgamento será igual. Introduzida no Brasil por alteração de 1963 do Regimento Interno do STF, a súmula consiste na inscrição, em enunciados, de interpretação dada pelo Tribunal às questões controvertidas pela jurisprudência.

Desde sua idealização pelo Ministro Victor Nunes, a súmula visa garantir que a cada caso concreto se dará a prestação jurisdicional adequada, evitando a anarquia jurisprudencial. Não se pode, entretanto, limitar a prestação jurisdicional.

À súmula não se pode atribuir a pecha de ser *elemento de ri-*

gidez da jurisprudência, obstáculo às alterações hermenêuticas. Ao contrário: as relações sociais e jurídicas estão em constante movimento e incumbe ao aplicador da lei adequar a prestação ao caso concreto.

Apesar de semelhante em alguns aspectos, a súmula, ao contrário do *precedent*, não é um conceito genérico, amoldável ao caso concreto. O método de interpretação adequado dos enunciados consiste na análise dos precedentes que lhes deram origem. Não há autonomia entre os enunciados e os precedentes que lhes deram origem.

Assim, a aplicação da súmula – ou do precedente – deve ser submetida ao cotejo analítico entre os casos, de modo a verificar equivalência das circunstâncias fundamentais à formação do julgado. É necessário que o fato do qual deriva o direito seja idêntico ao do precedente; o conflito jurídico – ao menos em relação às suas circunstâncias fundamentais – deve ser o mesmo.

Isso evita que a aplicação do precedente seja autoritária ou injusta. Incumbe ao hermeneuta, portanto, verificar a aplicabilidade da súmula ao caso.

O *distinguishing* é o instrumento processual criado no *common law* para afastar a aplicação do precedente, quando indevida. A distinção entre as circunstâncias fundamentais, de modo a verificar a compatibilidade entre os casos é condição indispensável à aplicação da decisão anterior. Especificamente nos casos em que aplicados os artigos 518, §1º, e 557 do Código de Processo Civil, o *distinguishing* é utilizado para se afastar a aplicação indevida da súmula ao caso.

Patente, dessa forma, o cabimento desse instituto à súmula. Porém, como demonstrado, a súmula não é um *precedent*, não é um princípio amoldável ao caso concreto. Assim, para se verificar a aplicabilidade da súmula ao caso, devem ser analisados os precedentes que deram origem ao enunciado e suas circunstâncias fundamentais.

Preservando a natureza da súmula, não é permitido ao Tribunal “temperar” seu enunciado. Sequer é permitida sua interpretação a contrário *sensu*. Além disso, a distinção capaz de determinar a observância da súmula deve ser feita de acordo com as características existentes no julgado. Se os precedentes não levavam em consideração determinada circunstância, sendo esta indiferente à formação do julgado, não cabe a distinção para impedir a aplicação da súmula.

A utilização do *distinguishing* em relação à súmula deve promover a segurança jurídica, não colocá-la em risco. Tendo a súmula como método de trabalho, ao se deparar com o caso concreto semelhante, o Tribunal tem duas opções: ou cancela ou aplica a súmula.

Naturalmente, a súmula não comporta a distinção inexistente

nos precedentes. Se necessária a releitura, a súmula não se presta mais como tal e deve ser cancelada.

Tem-se, por esses motivos, inviável a releitura do enunciado e de seus precedentes para fazer distinção não levada em conta em sua formação. Caso contrário, tropeça-se na insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- ROSAS, Roberto, *Direito Sumular*, 11ª edição, Ed. Malheiros, 1997.
- LEAL, Victor Nunes, *Problemas de Direito Público e outros problemas*, vol. 2, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz, *Súmulas no Direito Brasileiro*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995.
- BRASIL. Constituição (1998). *Constituição Federal*. Senado Federal, Brasília, 2009;
- NETTO, Menelick de Carvalho. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. Artigo gentilmente cedido pelo autor.
- NETTO, Menelick de Carvalho. *A contribuição do Direito Administrativo enfocando da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. Artigo gentilmente cedido pelo autor.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento Interno*, Brasília, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Regimento Interno*, Brasília, 2010.
- NEGRÃO, Theotonio, Gouvêa, José Roberto F., BONDIOLI, Luis Guilherme A.. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 42ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2010.
- SABINO, Marco Antônio da Costa, *O Precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil*, in *Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDP)* nº 85 – abril de 2010, fls. 51/72
- RE, Edward Dominic, *Stare Decisis* – tradução de Ellen Gracie Northfleet, *Revista Forense*, volume 327, 1990.
- REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 21ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, *Memória Jurisprudencial Ministro Victor Nunes*, Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2006.

NOTAS DE FIM

1i Advogada. Professora Universitária no Centro Universitário Newton Paiva.

ii Advogado associado da Sociedade de Advogados Sepúlveda Pertence/ Brasília. DF ROSAS, Roberto, Direito Sumular, 11ª edição, Ed. Malheiros, p. 8/9, Sobre o conceito de súmula, confira-se o voto do Ministro Carlos Mario Velloso na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 594.

2 LEAL, Victor Nunes, Problemas de Direito Público e outros problemas, vol. 2, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 50

3 STRECK, Lenio Luiz, Súmulas no Direito Brasileiro, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995

4 STRECK, Lenio Luiz, Súmulas no Direito Brasileiro, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995

5 Ibidem cit.3

6Dispõe o §1º do art. 103-A da CR/88: "A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica".

7 De acordo com o §1º do art. 103-A da Constituição Federal, "a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica".

8 O nome é auto-explicativo: doutrina dos precedentes obrigatórios

9 STRECK, Lenio Luiz, Súmulas no Direito Brasileiro, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995

10 Taking Rights seriously. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978, p. 81/130; A Matter of Principle. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, p. 119/145

11 NETTO, Menelick de Carvalho: Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG; Professor dos Cursos de Graduação e Pós Graduação da UNB.

12A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrador para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição.

13 LEAL, Victor Nunes, Problemas de Direito Público e outros problemas, vol. 2, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 42

14 Desde a reforma regimental de 1963, em que foi instituída a Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Regimento Interno do Supremo prevê a possibilidade de buscar-se a revisão da decisão que aplicou súmula para negar seguimento ou provimento a recurso, por meio do agra-

vo regimental. Atualmente, o artigo 317 assim prevê essa possibilidade: "Art. 317. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte.

§ 1º A petição conterà, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada.

§ 2º O agravo regimental será protocolado e, sem qualquer outra formalidade, submetido ao prolator do despacho, que poderá reconsiderar o seu ato ou submeter o agravo ao julgamento do Plenário ou da Turma, a quem caiba a competência, computando-se também o seu voto.

§ 3º Provido o agravo, o Plenário ou a Turma determinará o que for de direito.

§ 4º O agravo regimental não terá efeito suspensivo."

15"Art. 258. A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

§ 1º O órgão do Tribunal competente para conhecer do agravo é o que seria competente para o julgamento do pedido ou recurso.

§ 2º Não cabe agravo regimental da decisão do relator que der provimento a agravo de instrumento, para determinar a subida de recurso não admitido. TO INTERNO

Art. 259. O agravo regimental será submetido ao prolator da decisão, que poderá reconsiderá-la ou submeter o agravo ao julgamento da Corte Especial, da Seção ou da Turma, conforme o caso, computando-se também o seu voto. Parágrafo único. Se a decisão agravada for do Presidente da Corte Especial ou da Seção, o julgamento será presidido por seu substituto, que votará no caso de empate."

16 Tradução livre da definição de "distinguish" do Dicionário Jurídico Black's Law Dictionary: "To note a significant factual, procedural, or legal difference in (an earlier case), used to minimize the case's precedential effect or to show that it is inapplicable".

17 SABINO, Marco Antônio da Costa, O Precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil, in Revista Dialética de Direito Processual Civil (RDDP) nº 85 - abril de 2010, fls. 51/72

18 RE, Edward Dominic, Stare Decisis - tradução de Ellen Gracie Northfleet, Revista Forense, volume 327, 1990.

19 REALE, Miguel, Lições Preliminares de Direito, 21ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 300/301

20 LEAL, Victor Nunes, Problemas de Direito Público e outros problemas, vol. 2, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 293

21 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória Jurisprudencial Ministro Victor Nunes*, Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2006, p. 35/36