

A APLICAÇÃO DA “DISTINÇÃO” (DISTINGUISHING) E A POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DAS DECISÕES COM EFEITOS VINCULANTES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS CONCRETOS

Jair Antonio Pena Junior¹

Sumário: Introdução. 2. Dos efeitos das decisões proferidas pelo supremo tribunal federal. 2.1. Das decisões com eficácia vinculante. 3. Distinção (distinguishing) e superação do precedente (overruling). 4. Da aplicação do distinguishing. 5. Conclusão

1. INTRODUÇÃO



Constituição Federal de 1988 veio a lume para romper com o regime antidemocrático e autoritário anterior, servindo, ademais, como garantia de uma transição pacífica para o regime democrático. De modo a garantir sua Força Normativa e sua Supremacia sobre toda a ordem jurídica erigiu a Lei Maior o Supremo Tribunal Federal como guardião de seu texto (art. 102), conferindo eficácia contra todos e efeitos vinculantes a algumas das decisões proferidas pela Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Inovação do novel ordenamento constitucional, o efeito vinculante das decisões acaba por destoar da tradição do Direito Nacional, evidentemente integrante do sistema jurídico da *civil law*, uma vez que aquela eficácia se assemelha à vinculação aos precedentes decorrentes da tradição da *commom law*, em

¹ Mestre em Direito pelo Centro de Pós-Graduação mantido pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Juiz de Direito vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

especial, assemelhando-se ao *stare decisis* anglo-americano.

Desta maneira, conquanto as decisões proferidas em controle de constitucionalidade concentrado o sejam no bojo de processo dito objetivo², não havendo, pois, base fática específica, mister se faz, nos casos concretos apreciados pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário, realizar um juízo de adequação daquela decisão invocada ao substrato fático que embasa a pretensão ou a defesa, para o que se faz necessária a utilização da técnica da distinção, ou do *distinguishing* tal qual grafado na tradição anglo-americana, pena de aplicação equivocada da própria Constituição Federal.

2. DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Embora o Supremo Tribunal Federal não detenha todas as características de uma Corte Constitucional, qualificando-se como uma Suprema Corte, visto que possui inúmeras outras competências diversas do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, certo é que há, segundo o já citado art. 102 da Constituição Federal, grande ênfase nas atribuições atinentes à garantia de observância das normas constitucionais, dada a função precípua de *guarda da constituição*.

Entrementes, apenas aquelas decisões proferidas no âmbito das ações voltadas ao controle de constitucionalidade

² Como salientado por ANDRE RAMOS TAVARES (2007, pág. 237) “o caráter abstrato do processo objetivo afasta a aplicação plena das regras processuais ‘comuns’, vale dizer, daquelas próprias dos processos nos quais se discutem questões subjetivas. No caso do processo objetivo não se preocupa o Tribunal Constitucional com qualquer situação concreta que, ademais, nem sequer existe no seio do referido processo. Ocupa-se exclusivamente da regularidade da ordem constitucional.” Entretanto, é bom lembrar o quanto afirmado por GILMAR FERREIRA MENDES (2009, PÁGS. 247/248), no sentido de que os arts. 9º, §1º e 20, §1º da Lei 9.868 possibilitam que o relator, após manifestação da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República, esclareça circunstâncias de fato no bojo do controle concentrado, inclusive com a nomeação de perito ou a designação de audiência pública, o que leva ao afastamento do modelo hermenêutico-clássico do processo objetivo.

abstrato são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, consoante se verifica da leitura do §2º do art. 102 da Constituição Federal, segundo o qual 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 órgão do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. É de se mencionar, ainda, que as decisões proferidas em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental se revestem de idênticos efeitos, conforme art. 10, §3º da Lei 9.882/99.

No que tange ao controle de constitucionalidade pela via difusa, ou de defesa ou exceção, realizado, em geral, por meio do recurso extraordinário, tal qual previsto no art. 102, III da Constituição Federal e nos arts. 1029 e seguintes do Código de Processo Civil, os efeitos e a eficácia das decisões se verificam apenas entre as partes litigantes, ou seja, possuem caráter meramente individual, salvo se suspensa a execução da lei pelo Senado federal, nos moldes preconizados pelo art. 52, X da Carta Magna³.

No que concerne às demais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício das demais competências atribuídas pela Lei Maior, por assumirem caráter meramente individual, não possuem efeitos diversos, motivo pelo qual não serão aqui mencionadas.

2.1. DAS DECISÕES COM EFICÁCIA VINCULANTE.

³ Não se desconhece a corrente, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, que propugna pela aplicação às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade pela Suprema Corte dos mesmos efeitos daquelas decisões proferidas em controle concentrado, desde que tais decisões sejam oriundas do plenário daquela Corte, corrente esta que vem sendo criticada, uma vez que não teria se verificado nenhum tipo de *mudança constitucional* a autorizar as conclusões aventadas, o que tornaria letra morta o inciso X do art. 52 da Constituição Federal. A respeito dessa corrente c.f. ANDRÊ RAMOS TAVARES (*op. Cit.*, págs. 272/274).

A eficácia vinculante das decisões proferidas em controle de constitucionalidade concentrado se mostra necessária para a garantia da Supremacia da Constituição. Deveras, uma vez que pressuposto da rigidez constitucional, da qual decorre a dita supremacia, é a existência de uma Corte dotada de competência para conhecer de ações (ou outros instrumentos processuais) destinados a declarar a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que violem o texto da Constituição. Com efeito, de nada adiantaria haver previsão de procedimento legislativo mais gravoso e diferenciado para a edição de emendas à constituição se pudesse o legislador, ao editar normas infraconstitucionais, vilipendiar e contrariar os ditames da Carta Magna impunemente. De igual maneira, de nada adiantaria haver a previsão de que o Supremo Tribunal Federal é erigido à condição de guardião da Constituição se suas decisões, voltadas ao controle concentrado de constitucionalidade, pudessem ser descumpridas, também impunemente, pelos demais órgão do Poder Judiciário e da Administração Pública.

A respeito, assinala UADI LAMMEGO BULOS (2012, págs. 1305/1306):

Do modo como foi previsto na Carta de 1988, o Supremo Tribunal Federal não é, rigorosamente, uma Corte Constitucional, embora caiba a ele, precipuamente, a *guarda da Constituição* (CF, art. 102, *caput*).

Guarda da Constituição, no sentido de que lhe compete, principalmente, realizar o controle de constitucionalidade concentrado no Direito brasileiro. Não que essa seja a sua única atribuição, porém é a mais destacada, pois só ele detém competência para processar e julgar ações de constitucionalidade, como vimos no capítulo 6.

Em assim sendo, a eficácia vinculante das citadas decisões visa concretizar com mais ênfase o quanto disposto no art. 102, *caput* da Constituição da República, o que nos leva, em verdade, a concluir que a interpretação pela Excelsa Corte em casos tais caracteriza verdadeira interpretação autêntica da Lei Maior,

por isto a eficácia diferenciada atribuída ao quanto assim decidido.

Assevere-se, no entanto, que tais decisões não vinculam, como não poderia deixar de ser, o Poder Legislativo, sob pena de ofensa ao princípio da Separação de Poderes e à autonomia (relativa, por óbvio) do legislador. Nada obsta, portanto, que seja editada norma com teor idêntico àquele tido por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, caso em que poder-se-á intentar nova demanda que vise extirpar do ordenamento jurídico a novel legislação.

A diferença entre vinculação dos efeitos e obrigatoriedade dos efeitos, esta última inovação do Código de Processo Civil de 2015 (art. 927), está em que a garantia de observância das decisões dotadas de efeitos vinculantes se dá por intermédio da Reclamação, ação autônoma voltada a preservar a competência do Tribunal, conforme art. 102, I, *l* da Constituição Federal; já para garantir a eficácia dos demais precedentes ditos obrigatórios, deverá o interessado manejar os recursos próprios no bojo da própria ação já intentada.

3. DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE (OVERRULING).

É cediço que o sistema jurídico brasileiro pertence à chamada “Família Romano-Germânica”, com a prevalência da Lei (oriunda do Poder Legislativo) como fonte primária de Direito, em atenção, inclusive ao postulado da Legalidade, inserto no art. 5º, II da Constituição Federal, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

Isto, porém, jamais impediu que o próprio Constituinte previsse hipóteses em que a jurisprudência (do Supremo Tribunal Federal) fosse dotada de efeitos vinculantes, vale dizer, de obrigatoriedade em sua observância, no âmbito do controle de

constitucionalidade⁴, consoante disposto nos arts. 102, §2º (controle concentrado de constitucionalidade) e 103-A (Súmulas Vinculantes) da Constituição Federal.

Tal fato nos leva a crer que eventuais institutos jurídicos de outras “famílias” do Direito (como a *common law*) podem ser, validamente, trazidos para o ordenamento jurídico nacional tanto pela Constituição Federal, como pela legislação ordinária (infraconstitucional), em especial porque os sistemas jurídicos em questão não se mostram estanques e incomunicáveis.

Nas palavras de RENÉ DAVID (2014, p. 26), existem relações entre as duas famílias de direito, pois que:

Países de direito romano-germânico e países de *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas da época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são, muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito. A tentação para falar de uma família de direito ocidental é tanto mais forte quanto é certo que existem, em certos países, direitos que não se sabe bem a qual das duas famílias pertencem, na medida em que tiram alguns de seus elementos à família romano-germânica e outros à família da *common law*.

Especificamente no ponto que nos interessa, certo é que, atento ao sistema da *common law* no qual se inspira, o Código de Processo Civil trouxe expressamente os institutos da *distinção* (*distinguishing*) e da superação do precedente (*overruling*),

⁴ A Lei 9.882/99, ao regulamentar a arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal, acabou por ampliar o efeito vinculante, conforme art. 10, § 3º segundo o qual: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”

no § 1º do art. 927, segundo o qual “*Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo*”, certo que o último dispositivo, em seu inciso VI, estatui que não se considera fundamentada a decisão judicial que “*deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”.

Destarte, observando-se no caso concreto que o precedente (invocado pela parte) não consagra princípio jurídico aplicável à espécie, quer porque a situação de fato é diversa, quer porque diversa seja a questão jurídica, poderá o julgador, validamente, deixar de aplicá-lo, expondo as razões para tanto, mediante a realização do *distinguishing*. Por outro lado, constando que o Tribunal do qual originado o precedente modificou sua jurisprudência ou, entendemos nós, tenha o precedente sido superado por modificação constitucional e/ou legislativa, deixar-se-á, igualmente, de conferir aplicabilidade a ele, caso em que observado será o *overruling*.

Comentando as disposições do inciso VI do [§ 1º](#), do art. 489 do *Codex*, e aludindo ao efeito vinculante dos precedentes, assinala DANIEL AMORIM ASSUNÇÃO NEVES (2016, p. 812) que tal eficácia:

[...] poderá ser afastada no caso concreto, desde que o juiz a justifique na distinção do caso sub judice com aqueles que levaram o tribunal a editar súmula ou criar precedente (*distinguishing*), o que, naturalmente, só será visível se o juiz fizer a comparação analítica entre o caso concreto e a súmula ou precedente, justificando por que o caso concreto, em razão de determinada situação, não pode ser decidido por eles. Também se admitirá o afastamento da súmula ou precedente com efeito vinculante, se o entendimento neles consagrado estiver superado (*overruling*), o que também deve ser devidamente justificado pelo juiz em sua decisão.

Possível, no entanto, destacar que esta aproximação encontra diversas críticas na doutrina, ao se afirmar que o

modelo brasileiro não se enquadra nos caracteres jurídicos do *stare decisis*.

A respeito, assinalam, LENIO LUIZ STRECK e GEORGES ABOUD (2015, págs. 68/69 e 73), ao tecer comentários acerca da Súmula Vinculante e, ao que parece, ao sistema de precedentes brasileiro como um todo, aqui abrangendo-se, obviamente, a eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em Controle Concentrado de Constitucionalidade:

Há, pois, profundas dessemelhanças entre a súmula vinculante instituída em nosso ordenamento por meio da EC 45 e o regime de precedentes do *common law*.

Assim, a súmula vinculante está positivada no art. 103-A da CF, que poderá ser proferida de ofício ou por provocação do STF, que passará a ter efeito vinculante após sua publicação. A súmula vinculante passa a valer a partir de sua publicação, ou seja, sua constituição tem por objeto o futuro, e não necessariamente a consagração da jurisprudência.

A primeira distinção é a forma como os dois institutos ingressaram em cada sistema jurídico, no *common law*, a força do precedente reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício. Causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, da obrigatoriedade da obediência ao ‘precedente sumular’ por intermédio de emenda constitucional em um sistema jurídico filiado à família romano-germânica.

Por outro lado, lembremos, com Harold Berman, que a regra do *stare decisis* do *common law* é fruto de evolução histórica, tal como outros institutos desse sistema jurídico são oriundos de um modelo de procedimento informal, não escrito e livre. Esses institutos e modelos de procedimento existem na mente dos cidadãos e na consciência da comunidade. Daí afirmamos que eles apresentam a peculiaridade da tradição jurídica do *common law*, cuja história única e irrepetível permitiu a estruturação de sistema jurídico distinto ao do *civil law*. (...)

A súmula vinculante (brasileira), ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico, e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum tribunal. No fundo, pode-se dizer que as súmulas, no modo como são vistas no imaginário jurídico, são ‘conceitos

sem coisas'. (...)

Portanto, o deslinde de um caso no regime de precedentes é muito diferente da solução de um caso por meio da súmula vinculante; este ocorre da mesma forma que ocorreria perante a lei. Sobre esse ponto merece destaque a seguinte passagem de Dworkin, que dispõe: ‘os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação.’”

Em que pesem as críticas, e dada a natureza vinculante das decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade, nada obsta a incidência dos institutos acima quando da aplicação aos casos concretos. Isto porque, conquanto a forma de introdução no ordenamento da vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal seja diversa daquela havida no sistema da *common law*, e justamente porque o sistema jurídico a que se filia o direito brasileiro é o da *civil law*, que demanda a existência de normas escritas impondo modelos de comportamento, os efeitos, reitera-se a obrigatória observância do quanto decidido pelo Tribunal pelos demais órgãos judiciários e do executivo, são idênticos, de modo que, consoante vetusto postulado hermenêutico, “onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito”.

4. DA APLICAÇÃO DA DISTINÇÃO (DISTINGUISHING).

Assentou-se, pois, a premissa segundo a qual mesmo as decisões com eficácia vinculante carecem de interpretação no momento de sua aplicação aos casos concretos, na medida em que se faz necessário realizar analítico cotejo entre a decisão proferida em controle de constitucionalidade concentrado e o caso concreto em exame, de modo que em não havendo, à luz da fundamentação e não apenas do dispositivo do precedente (vinculante), similitude com a questão jurídica (e, porque não dizer, com a questão fática) concreta, poder-se-á, legitimamente, afastar-se aquela aplicação, por intermédio do *distinguishing*.

Isto não implica, em absoluto, violar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, nem usurpar a competência daquela Egrégia Corte, mas apenas concretizar o princípio da fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, X da Constituição da República, melhor explicitado no art. 489 do Código de Processo Civil.

Nessa esteira, afirma ALEXANDRE FREITAS CÂMARA (2016, pág. 439):

Impende ter claro, porém, que a existência de precedentes vinculantes não dispensa o juiz ou Tribunal de, diante de casos idênticos, nos quais se tenha de aplicar a tese já afirmada, respeitar o princípio do contraditório e fundamentar adequadamente a decisão judicial. Não é por outra razão, aliás, que o §1º do art. 927 estabelece que '[o]s juízes e tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo'. É que o precedente não é 'o fim da história'. Ele é um 'princípio argumentativo'. Em outros termos, no julgamento da nova causa incumbe ao juiz ou tribunal partir do precedente para, demonstrando através de fundamentação analítica que os fundamentos determinantes daquela decisão anterior são aplicáveis ao caso presente, justifica-se sua aplicação, julgando-se o novo caso do mesmo modo que o anterior.

Deste modo, em sendo constatado no caso concreto que o princípio jurídico (norma) decorrente da decisão vinculante anteriormente proferida não se amolda às circunstâncias do caso concreto deverá haver o afastamento de tal decisão, pena de ofensa ao princípio constitucional da isonomia, na exata medida em que haver-se-á tratado situações distintas de maneira igual.

Veja-se que a aplicação do *distinguishing* em relação às decisões proferidas em controle de constitucionalidade concentrado é perfeitamente possível, mesmo diante das peculiaridades do processo objetivo, visto que a vinculação em questão se refere, como já destacado, também aos fundamentos determinantes invocados naquele *decisum*.

É o que esclarece, uma vez mais, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA (2016, págs. 440/441):

Todo sistema fundado em precedentes precisa, pois, para funcionamento adequado e compatível com a exigência de constante evolução do ordenamento jurídico, reconhecer a possibilidade de distinções e superações. A distinção (que se costuma designar pelo termo inglês *distinguishing*) assegura a aplicação dos precedentes apenas a casos em que se repitam as circunstâncias que justificaram sua criação (FPPC, enunciado 306: “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”). A superação (muito conhecida pela designação inglesa *overruling*) evita o engessamento do Direito e reconhece que os precedentes são criados a partir de certas circunstâncias fáticas e jurídicas que precisam permanecer presentes para que possam eles continuar a ser aplicados. (...)

O que tem eficácia vinculante, pois, são os fundamentos determinantes de uma decisão judicial que seja dotada de efeito vinculante. (...)

Deve-se considerar como fundamentos determinantes de uma decisão aqueles fundamentos da decisão judicial colegiada que tenham sido expressamente acolhidos ao menos pela maioria dos integrantes da turma julgadora (FPPC, enunciado 317). Outros fundamentos, que não contem com a expressa adesão pelo menos da maioria dos juízes que integram o colegiado não são determinantes e, por isso, não têm eficácia vinculante. E tais fundamentos determinantes precisam, necessariamente, ter sido objeto de contraditório prévio e substancial (FPPC, enunciado 2: “Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”).

Em verdade, de há muito já se compreende que, em sede de controle de constitucionalidade concentrado, a eficácia vinculante e *erga omnes* da decisão abrange também a *ratio decidendi*, quando se tratar de fundamentos determinantes do acórdão.

Nas palavras de KILDARE GONÇALVES CARVALHO⁵: “O Supremo Tribunal Federal, todavia, em alguns julgamentos, passou a conferir efeito vinculante, não apenas à

⁵ Direito Constitucional, 16ª edição. Pág. 501.

parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas aos próprios fundamentos determinantes, desde que de cunho transcendente, hipótese em que as razões de decidir vinculam juízes e tribunais em outros julgamentos.”

A respeito, segue precedente do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na Reclamação 2.986 (*in Informativo STF n.379*):

“EMENTA: FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ QUE DEFINIU, PARA OS FINS DO ART. 100, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, O SIGNIFICADO DE OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. DECISÃO JUDICIAL, DE QUE ORA SE RECLAMA, QUE ENTENDEU INCONSTITUCIONAL LEGISLAÇÃO, DE IDÊNTICO CONTEÚDO, EDITADA PELO ESTADO DE SERGIPE. ALEGADO DESRESPEITO AO JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA ADI 2.868 (PIAUÍ). EXAME DA QUESTÃO RELATIVA AO EFEITO TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES QUE DÃO SUPORTE AO JULGAMENTO, "IN ABSTRACTO", DE CONSTITUCIONALIDADE OU DE INCONSTITUCIONALIDADE. DOCTRINA. PRECEDENTES. ADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

DECISÃO: Sustenta-se, nesta sede processual - presentes os motivos determinantes que substanciaram a decisão que esta Corte proferiu na ADI 2.868/PI - que o ato, de que ora se reclama, teria desrespeitado a autoridade desse julgamento plenário, que restou consubstanciado em acórdão assim ementado:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.250/2002 DO ESTADO DO PIAUÍ. PRECATÓRIOS. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. CF, ART. 100, § 3º, ADCT, ART. 87. Possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37/2002.

Ação direta julgada improcedente."

(ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA - grifei)

O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI), examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA.

Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da "transcendência dos motivos que embasaram a decisão" proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria "ratio decidendi", projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, "in abstracto", de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES ("O Controle Concentrado de Constitucionalidade", p. 338/345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6.3, 2001, Saraiva) e de ALEXANDRE DE MORAES ("Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2ª ed., 2003, Atlas).

Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico,

como enfatiza o magistério doutrinário (ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 109, item n. 2.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, "Controle de Constitucionalidade", p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, "Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia", p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "Tribunal e Jurisdição Constitucional", p. 8/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, "A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, v.g.).

Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput"), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema:

"(...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. (...) A não--observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição. (...)"

(RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei)
Impende examinar, no entanto, antes de quaisquer outras considerações, se se revela cabível, ou não, na espécie, o emprego da reclamação, quando ajuizada em face de situações de alegado desrespeito a decisões que a Suprema Corte tenha proferido em sede de fiscalização normativa abstrata.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar esse aspecto da questão, tem enfatizado, em sucessivas decisões, que a reclamação reveste-se de idoneidade jurídico-processual, se utilizada com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, notadamente quando impregnados de eficácia vinculante:

"O DESRESPEITO À EFICÁCIA VINCULANTE, DERIVADA DE DECISÃO EMANADA DO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE, AUTORIZA O USO DA RECLAMAÇÃO. - O descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões

proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da via reclamatória, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne à Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedente: Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno)."

(RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Cabe verificar, de outro lado, se terceiros - que não intervieram no processo objetivo de controle normativo abstrato - dispõem, ou não, de legitimidade ativa para o ajuizamento de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, quando promovida com o objetivo de fazer restaurar o "imperium" inerente às decisões emanadas desta Corte, proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, a propósito de tal questão, ao analisar o alcance da norma inscrita no art. 28 da Lei nº 9.868/98 (Rcl 1.880-AgR/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), firmou orientação que reconhece, a terceiros, qualidade para agir, em sede reclamatória, quando necessário se torne assegurar o efetivo respeito aos julgamentos desta Suprema Corte, proferidos no âmbito de processos de controle normativo abstrato:

"(...) LEGITIMIDADE ATIVA PARA A RECLAMAÇÃO NA HIPÓTESE DE INOBSERVÂNCIA DO EFEITO VINCULANTE.

- Assiste plena legitimidade ativa, em sede de reclamação, àquele - particular ou não - que venha a ser afetado, em sua esfera jurídica, por decisões de outros magistrados ou Tribunais que se revelem contrárias ao entendimento fixado, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos processos objetivos de controle normativo abstrato instaurados mediante ajuizamento, quer de ação direta de inconstitucionalidade, quer de ação declaratória de constitucionalidade. Precedente. (...)."

(RTJ 187/151, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Vê-se, portanto, que assiste, ao ora reclamante, plena legitimidade ativa "ad causam" para fazer instaurar este processo

reclamatório.

Impende verificar, agora, se a situação exposta pelo Estado de Sergipe, na presente reclamação, pode traduzir, ou não, hipótese de ofensa à autoridade da decisão que o Supremo Tribunal Federal proferiu, com eficácia vinculante, em sede de fiscalização normativa abstrata, no julgamento de ação direta ajuizada em face de diploma legislativo editado por outra unidade da Federação. Ou, em outras palavras, cumpre analisar, presente o contexto ora em exame, se a "ratio decidendi", que substancia o julgamento desta Corte proferido na ADI 2.868/PI, apresenta-se, ou não, revestida de efeito transcendente, em ordem a viabilizar, processualmente, a utilização do instrumento reclamatório.

Parece-me que sim, ao menos em juízo de estrita delibação, especialmente se considerada a decisão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu na Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA:

"(...) Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva, dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional."

(Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - grifei)

Essa mesma orientação, que reconhece o caráter transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes de decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de controle normativo abstrato, veio a ser reafirmada no julgamento plenário da Rcl 2.363/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES, quando o eminente Relator da causa fez consignar, em expressiva passagem do seu douto voto, o que se segue:

"(...) Assinale-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um 'leading case' em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais.

Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no 'caput' e § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta Corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto do recurso extraordinário sob exame.

.....
Não há razão, pois, para deixar de reconhecer o efeito vinculante da decisão proferida na ADIn.

Nesses termos, meu voto é no sentido da procedência da presente reclamação." (grifei)

Assentadas tais premissas, passo a apreciar o pedido de medida cautelar ora formulado nesta sede processual.

Trata-se de reclamação, na qual se sustenta que o ato judicial ora questionado - emanado do Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE - teria desrespeitado a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento final da ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA.

É que o Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE, ao ordenar a efetivação do seqüestro ora impugnado nesta via reclamatória, apoiou-se, para tanto, em razões, cujo teor antagoniza-se com os fundamentos subjacentes ao acórdão desta Corte, que, proferido na referida ADI 2.868/PI, é invocado como paradigma de confronto pela parte ora reclamante.

Eis, no ponto, o conteúdo da decisão judicial ora reclamada (fls. 43):

"No que respeita ao procedimento da execução mediante dispensa do precatório, verifica-se que a matéria encontra-se definida nestes autos, nos termos da decisão de fls. 146/150, transitada em julgado conforme certidão de fl. 153, revelando-se, portanto, incabível o seu reexame.

Por outro lado, considerando que o valor constante do ofício requisitório de fl. 162 excede ao limite estabelecido para créditos de pequeno valor, fixado nos termos do artigo 87 ao Ato

das Disposições Constitucionais Transitórias, tendo em vista ainda a manifestação expressa do exequiente pela renúncia da quantia executada excedente a tal limite, consoante petição de fl. 101, expeça-se novo ofício requisitando à executada o pagamento do valor equivalente a 40 salários mínimos - R\$ 10.400,00 (dez mil e quatrocentos reais) em favor do exequente, no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de seqüestro, tudo de acordo com o art. 17, 'caput' e § 2º da Lei nº 10.259/2001. Intime-se." (grifei)

Vê-se, portanto, que o ato judicial de que ora se reclama parece haver desrespeitado os fundamentos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento final da ADI 2.868/PI, precisamente porque, naquela oportunidade, o Plenário desta Suprema Corte reconheceu como constitucionalmente válida, para efeito de definição de pequeno valor e de conseqüente dispensa de expedição de precatório, a possibilidade de fixação, pelos Estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, na redação dada pela EC 37/2002, o que foi recusado, no âmbito do Estado de Sergipe, pelo órgão judiciário ora reclamado.

Na realidade, o caso versado nos presentes autos parece configurar hipótese de "violação ao conteúdo essencial" do acórdão consubstanciador do julgamento da referida ADI 2.868/PI, o que caracterizaria possível transgressão ao efeito transcendente dos fundamentos determinantes daquela decisão plenária emanada do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferida em face de legislação estranha ao Estado de Sergipe, parte ora reclamante.

Sendo assim, e presentes as razões expostas, defiro a medida liminar ora postulada (fls. 07, item IV) e, em conseqüência, suspendo a eficácia da decisão reclamada (Processo nº 01.05-1212/00 - 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE - fls. 43 e 52), sustando-se a prática de qualquer outro ato processual e/ou administrativo que se relacione com o questionado ato decisório.

Comunique-se, com urgência, encaminhando-se cópia da presente decisão ao Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE. 2. Requistem-se informações à ilustre autoridade judiciária que ora figura como reclamada nesta sede processual (Lei nº 8.038/90, art. 14, I)."

Dessarte, conquanto pareça, à primeira vista, algo novo entre nós, dado que apenas por intermédio do Código de Processo Civil de 2015 se fez alusão expressa ao instituto, a distinção ou, na expressão inglesa conhecida, o *distinguishing*, já poderia ser devidamente aplicado à luz da teoria da transcendência dos motivos determinantes reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

5. CONCLUSÃO

Em arremate, há de se concluir que, não obstante a natureza do processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade, notadamente no que tange à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Ação Declaratória de Constitucionalidade, certo é que, tendo em vista que a vinculação constitucionalmente prevista abrange não apenas o dispositivo da decisão, mas também os fundamentos determinantes dela, nada impede, antes tudo recomenda, a utilização do *distinguishing* para fins de afastamento daquela decisão.

Tal tem o condão de possibilitar seja o princípio da isonomia (material) devidamente observado, evitando-se que situações (e pessoas) distintas tenham solução jurídica idêntica.

Veja-se, ademais, que com isto não se terá por afrontada a autoridade do Supremo Tribunal Federal, nem se usurpará dele competência, visto que este proceder visará apenas e tão-somente a garantir que os fundamentos determinantes da decisão sejam devidamente aplicados às hipóteses às quais o Tribunal se referiu, o que, em verdade, garante aquela autoridade e competência.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 05 out. 1988.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo Processo Civil Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- STEINMETZ, Wilson. Comentários à Constituição do Brasil. Obra coletiva coordenada por J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lênio Luiz Streck. 1ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.
- STRECK, Lênio Luiz e ABOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- TAVARES, Andre Ramos. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.