



**TODOS SÃO IGUAIS PERANTE OS PRECEDENTES: TUTELA
JURISDICCIONAL EFETIVA, VINCULAÇÃO A PRECEDENTES E DISTINÇÃO
DO CASO CONCRETO SOB A ÓTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À
IGUALDADE¹**

***ALL ARE EQUAL BEFORE THE PRECEDENTS: EFFECTIVE JURISDICTIONAL
PROTECTION, BINDING PRECEDENTS AND CASE DISTINGUISHING UNDER
THE PERSPECTIVE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EQUALITY***

Luis Alberto Reichelt²

Hannah Pereira Alff³

RESUMO: A presente pesquisa busca analisar a funcionalidade do sistema de precedentes sob a ótica do direito fundamental à tutela jurisdiccional efetiva no ordenamento jurídico brasileiro, com especial atenção para o conteúdo da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 134/2022 no que tange à regulamentação do tratamento de precedentes pelos órgãos do Poder Judiciário. Dela resulta a apresentação de um conjunto de mecanismos argumentativos envolvidos na aplicação de precedentes a casos concretos. É preciso compreender que a tutela jurisdiccional efetiva precisa ser ofertada ao jurisdicionado por meio de uma atuação vigorosa do Poder Judiciário, e dentre todos os objetivos acolhidos pelo ordenamento jurídico brasileiro atual, destaque especial e de fundamental relevância se dá na sua intervenção como forma de perfectibilizar o respeito ao direito fundamental à igualdade, como se analisa nesta pesquisa. Pelo direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdiccional, é responsabilidade do Estado prover resoluções adequadas aos

¹ Artigo recebido em 19/12/2022 e aprovado em 14/03/2023.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998), mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2002) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2008). Atualmente é professor em Cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Atua como Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre. E-mail: luis.reichelt@pucrs.br. Porto Alegre, RS.

³ Doutoranda e Mestre em Direito na Área de Concentração em Teoria Geral da Jurisdição e do Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, ambos com bolsa CAPES/PROEX. Bolsista de Doutorado na modalidade sanduíche do programa CAPES-PrInt na Paris Lodron Universität Salzburg, Áustria. Bacharela em Direito pela Escola de Direito da PUCRS, com período sanduíche na Eberhard Karls Universität Tübingen, Alemanha. Professora dos Programas de Pós-graduação Lato Sensu da PUCRS. Membro da ABEP. Advogada inscrita na OAB/RS. E-mail: hannah.alff@gmail.com. Porto Alegre, RS.



indivíduos que colocam seus anseios à frente do Judiciário, de modo que viabilize a sua resposta por meio do processo justo. Conforme a própria recomendação do CNJ nº 134, é possível não só analisar esse conceito de processo justo, como também a relação deste direito fundamental com o da igualdade, e da vinculação aos precedentes, juntando isso à necessária compreensão da distinção dos próprios precedentes como manifestação do direito à igualdade por intermédio do ordenamento jurídico. A partir da utilização do método dedutivo com interpretação sistemática, dessa análise resulta uma série de modelos que sinalizam a existência de uma forte relação entre a efetividade da tutela jurisdicional e o respeito ao direito fundamental à igualdade. Quer dizer, nos países em que se adota o sistema de *civil law*, o respeito aos precedentes não acarreta afronta a quaisquer direitos ou garantias fundamentais inerentes aos ordenamentos jurídicos respectivos. Adotando uma visão contrária, o que se entende é que o direito brasileiro adota, portanto, essa técnica vinculativa de forma a assegurar o efetivo perfazimento do direito fundamental à igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Processo Civil; precedentes; vinculação; igualdade.

ABSTRACT: This research aims to analyze the functionality of the precedent system from the perspective of the fundamental right to effective judicial protection in the Brazilian legal system, with special attention to the content of the Recommendation of the National Council of Justice (CNJ) nº 134/2022 with regard to regulation of the treatment of precedents by the bodies of the Judiciary. It results in the presentation of a set of argumentative mechanisms involved in applying precedents to concrete cases. It is necessary to understand that effective judicial protection needs to be offered to those under jurisdiction through vigorous action by the Judiciary, and among all the objectives embraced by the current Brazilian legal system, a special highlight and of fundamental relevance is its intervention as a way of perfecting respect for the fundamental right to equality, as analyzed in this research. Due to the fundamental right to non-detachability from judicial control, it is the State's responsibility to provide appropriate resolutions to individuals who place their concerns before the Judiciary, in a way that enables their response through a fair process. According to the recommendation of CNJ nº 134, it is possible not only to analyze this concept of fair process, but also the relationship of this fundamental right with that of equality, and the link to precedents, adding this to the necessary understanding of the distinction of the precedents themselves as a manifestation the right to equality through the legal system. Using the deductive method with systematic interpretation, this analysis results in a series of models that indicate the existence of a strong relationship between the effectiveness of judicial protection and respect for the fundamental right to equality. That is, in countries where the civil law system is adopted, respect for precedents does not entail an affront to any fundamental rights or guarantees inherent to the respective legal systems. Adopting a contrary view, what is understood is that Brazilian law therefore adopts this binding technique in order to ensure the effective fulfillment of the fundamental right to equality.

KEYWORDS: Fundamental rights; Civil Procedure; precedents; binding; equality.



1. INTRODUÇÃO

A oferta de tutela jurisdicional efetiva ao jurisdicionado reclama atenção aos resultados com os quais a atuação do Poder Judiciário se mostra juridicamente comprometida. Dentre os diversos objetivos a serem alcançados mediante a atuação jurisdicional, destaque especial está na sua intervenção como forma de viabilizar o respeito ao direito fundamental à igualdade.

Neste sentido, como um recorte dentro desse cenário maior, o presente artigo aborda a vinculação a precedentes e a distinção do caso concreto em relação aos casos tomados como precedentes como forma de satisfazer o direito fundamental à igualdade. Para isso, num primeiro momento, analisa-se o desafio da tutela jurisdicional efetiva pautada pela segurança jurídica e isonomia, mediante observação da Recomendação CNJ nº 134/2022, que veio, por sua vez, a regulamentar o tratamento dos precedentes por parte dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

Em sequência, a segunda parte do estudo volta-se a análise da igualdade, vinculação a precedentes e *distinguishing* a fim de realizar uma proposta de abordagem argumentativa também em sintonia com o constante da Recomendação CNJ nº 134/2022. Para isso, o capítulo subdivide-se em outros três momentos.

No primeiro deles, estuda-se a vinculação a precedentes e o percurso entre normas gerais e abstratas e normas individuais e concretas. No segundo, investiga-se a vinculação ao precedente e distinção como manifestação do direito fundamental à igualdade perante o ordenamento jurídico. E por fim, o terceiro momento é uma continuação do segundo, mas traz o fator de *discrímen* como fator hermenêutico na construção de fundamentação para a tomada de decisão.

Com uma abordagem dedutiva e interpretação sistemática, a presente pesquisa aborda a distinção dos precedentes pelas lentes do direito fundamental à igualdade, assim como a igualdade ou distinção de aplicação semelhante de consequências jurídicas por meio da identificação do fator de *discrímen*.



2. O ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL BRASILEIRO E O DESAFIO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA PAUTADA POR SEGURANÇA JURÍDICA E ISONOMIA. A RECOMENDAÇÃO CNJ Nº 134/2022 E A REGULAMENTAÇÃO DO TRATAMENTO DE PRECEDENTES POR PARTE DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A contemporaneidade do Processo Civil é marcada pelo entrelaçamento entre três fatores: a massificação das relações sociais, o incremento da litigiosidade e a sobrecarga de trabalho ao qual é submetido o Poder Judiciário, em um contexto no qual se vê um considerável o número de vezes no qual há a requisição de intervenção judicial⁴ sobre uma mesma temática.⁵

Por força do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional, o Poder Judiciário assumiu o compromisso de prestar assistência ao cidadão e solucionar conflitos pelo caminho mais adequado, respeitando sempre o direito ao processo justo.⁶ Nesse mesmo tom, a garantia de acesso ao Direito e à justiça⁷ assume novas feições para que se possa

⁴ Destaca-se aqui o fato de que esse acesso à justiça não é de fato amplo e aplicável a toda e qualquer parcela da sociedade. Apesar de não ser o enfoque do presente artigo, uma maior explicação exemplificativa destes grupos que permanecem com dificuldade de acesso encontra-se em ALFF, Hannah Pereira. *Gestão Judiciária e técnicas do processo agregado: aportes para aprimoramento da tutela jurisdicional coletiva*. Londrina: Thoth, 2021. No entanto, também se denota que há um fator positivo nesse aumento do número de demandas, qual seja, maior acesso à informação da população sobre o conteúdo de seus direitos que, por então compreendê-los, buscam sua tutela frente ao Judiciário. Com isso, pode-se notar a sua dificuldade de cumprir com o efetivo acesso ao direito – finalidade da garantia do acesso à justiça –, o qual acaba sendo reiteradamente acompanhado de críticas referentes à demora na prestação jurisdicional[#] e à não observância da celeridade processual e da duração razoável do processo, este último constitucionalmente assegurado no art. 5º, LXXVIII - "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." Cf. MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. *A eficiência da prestação jurisdicional e o Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 26.

⁵ VIAFORE, Daniele. *Ações Repetitivas no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 21-22.

⁶ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 275-277.

⁷ PEDROSO, João António Fernandes. *Acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em (des)construção*. 2011. 675 f. Tese (Doutoramento em Economia) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011. p. 5.



administrar a litigiosidade de massas, combinando-se com o compromisso de respeito aos direitos fundamentais à segurança jurídica e à igualdade.⁸

Em um tal cenário, o Estado tem trabalhado na concepção de ferramentas voltadas à unidade do Direito, de modo a mitigar os riscos de surgimento de decisões discrepantes em relação a uma mesma temática. Uma das técnicas utilizadas em tal contexto tem sido o desenvolvimento de fórmulas que assegurem a vinculação das decisões judiciais a precedentes⁹.

A referência a precedentes¹⁰ na legislação processual brasileira pode ser vista nas previsões inscritas no CPC/2015 em seus arts. 489, § 1º, V e VI, 926 e 927. O precedente¹¹ é uma espécie de decisão judicial diferenciada¹², a qual serve como ponto de partida para

⁸ Quer dizer, "não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa". Kazuo Watanabe trabalha muito bem a relação entre o direito de acesso à ordem jurídica justa e todos os dados elementares desse direito, dentre os quais incluem-se "(1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica justa e a realidade sócio-econômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características.". Cf. WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.) *Participação e Processo*. p. 128-135. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128 e 135.

⁹ PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os Precedentes Judiciais e a Razoável Duração do Processo*: Uma análise a partir da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 147.

¹⁰ Em sentido contrário, no entanto, há posicionamento na doutrina que entende que estas técnicas trazidas no CPC/2015 nos mencionados artigos não deveriam ser denominadas de precedentes. A defesa utilizada por estes doutrinadores observa que os dispositivos tratam de meras técnicas vinculativas, até mesmo pela diferença histórica e estrutural dos sistemas de *civil law* e *common law*, o que tornaria impossível o ingresso de um sistema de precedentes no Brasil. Além disso, como críticas à aplicação de um sistema de precedentes, afirma-se que a previsibilidade e a necessidade de vinculação das decisões seria um retrocesso suficiente do direito a ponto de retorná-lo ao modo de interpretação aplicada no período da Escola da Exegese. Neste sentido: TORRES, Artur. CPC passado a limpo: procedimentos especiais, processo de execução e o processo nos tribunais. vol. II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 311 e 314.; RAATZ, Igor. Precedentes Obrigatórios ou Precedentes à Brasileira? *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Vol. XI, p. 217-237, jan./jun. 2013.

¹¹ Para maior aprofundamento na temática dos precedentes, recomenda-se: HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos Precedentes Judiciais*: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldade em sua aplicação e revisão. Londrina: Thoth, 2021.

¹² PANUTTO, Peter. *Precedentes Judiciais Vinculantes*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 127.



conduzir a solução a ser dada a casos futuros análogos.¹³ Nas palavras de Bernardo Augusto da Costa Pereira, “o precedente é capaz de ter sua relevância reconhecida de modo a transcender o caso concreto em que surgiu e ter o seu núcleo jurídico apto a embasar a fundamentação de um caso análogo futuro”¹⁴. Mediante a adoção de um sistema que lança mão de precedentes judiciais, busca-se minimizar o risco de que situações que mereçam tratamentos análogos acabem por receber respostas diversas, de modo a fazer com que a tutela jurisdicional se mostre efetiva do ponto de vista da isonomia¹⁵.

O alcance dessa construção, por sua vez, reclama ulteriores reflexões, mormente em relação à identificação de quem personifica a jurisdição, bem como de como se dá a atuação efetiva da jurisdição nesse mesmo contexto. Um primeiro indicativo importante pode ser construído na trilha do pensamento de Daniel Mitidiero, cortes supremas como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem o compromisso de não só atentar para casos que envolvam o respeito à Constituição Federal, mas também devem atentar para a importância do controle da “integridade da ordem jurídica como um todo”¹⁶. Sob essa ótica, *a oferta de tutela jurisdicional efetiva passa pelo papel dos tribunais responsáveis pela prolação das decisões judiciais a serem tomadas como precedentes*.

Uma outra linha de argumentação é a que toma como ponto de partida a assertiva no sentido de que não há incompatibilidade entre a ideia de reconstrução do Direito por força da interpretação da lei e aplicação de normas jurídicas e, por outro lado, o respeito ao sistema de precedentes. Nesse sentido, a Alemanha é exemplo de país de *civil law* que toma em conta o precedente para fins de interpretação de determinado texto de lei e construção da norma

¹³ JOBIM, Marco Félix; DUARTE, Zulmar. Ultrapassando o precedente: *antecipatory overruling*. *Revista de Processo*, v. 285, p. 341-362, nov. 2018. Versão em PDF. p. 1-7. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 27 ago. 2022.

¹⁴ PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os Precedentes Judiciais e a Razoável Duração do Processo: Uma análise a partir da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 53.

¹⁵ VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. *Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 401.

¹⁶ Em sentido análogo, ver MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3ª Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 119.



empregada na resolução de casos concretos¹⁷. Como lembra Luiz Guilherme Marinoni, em um sistema pautado pelo emprego de precedentes “não se almeja tornar imutável e indiscutível uma decisão de constitucionalidade, mas se quer impedir que os demais órgãos do Poder Judiciário neguem os motivos determinantes da decisão”¹⁸.

O efeito vinculante de decisões consideradas como precedentes não decorre apenas da observância ao dispositivo, mas, antes e principalmente, aos fundamentos determinantes das referidas decisões. Nessa esteira, vale lembrar o alerta de Francisco Rosito ao ressaltar que “diferentemente da eficácia *erga omnes*, que é limitada à parte dispositiva da decisão, o efeito vinculante tem por objeto a *ratio decidendi* subjacente ao julgado”¹⁹. A irradiação do efeito vinculante de um precedente em direção aos demais órgãos do Poder Judiciário revela, pois, que *a oferta de tutela jurisdicional efetiva passa pelo papel de todos os órgãos do Poder Judiciário responsáveis pela prolação das decisões judiciais nas quais as normas oriundas de precedentes sirvam como ponto de partida para a construção de soluções para casos concretos*.

Sob a ótica da regulação do agir dos diversos atores acima elencados, uma importante novidade a ser tomada em conta nesse cenário é o constante da Recomendação CNJ n. 134/2022, que dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Sua representatividade pode ser vista logo no seu art. 1º, no qual o referido ato infralegal anuncia que “o sistema de precedentes representa uma nova concepção de jurisdição, em que o Poder Judiciário procura não apenas resolver de modo atomizado e repressivamente os conflitos já instaurados, mas se preocupa em fornecer, de modo mais estruturado e geral, respostas às controvérsias atuais, latentes e potenciais, de modo a propiciar a efetiva segurança jurídica”.

A fim de que se otimize e valorize a uniformização, a Recomendação indica em seus arts. 2º a 5º que a eficácia dos precedentes - ou de quaisquer outros meios adequados de uniformização - deva ser tanto horizontal quanto vertical. A esse respeito, refira-se o

¹⁷ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 40.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 298-299.

¹⁹ ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 383-384.



constante do art. 4º do ato infralegal citado, que descreve como uma forma de contribuição com o “bom funcionamento do sistema de precedentes legalmente estabelecido” o ato de zelar pela “uniformização das soluções dadas às questões controversas e observando e fazendo observar as teses fixadas pelos tribunais superiores e, na falta de precedentes e jurisprudência por parte destes, pelos respectivos tribunais regionais ou estaduais”.

A referida recomendação dispõe, ainda, sobre ferramentas a serem empregadas com vistas ao cumprimento das providências nela encartadas. A esse respeito, refira-se o art. 6º, ao anotar que a sistemática de solução de questões comuns e casos repetitivos, estabelecida pelo CPC/2015, deve ser utilizada com regularidade e representa uma técnica de gestão, processamento e julgamento dos processos, com a metodologia de decisão concentrada sobre questões essenciais de Direito e a eventual suspensão de processos que versem sobre a controvérsia que está sendo decidida de modo concentrado. Da mesma forma, o art. 7º enfatiza a importância das técnicas de resolução de questão comum para o acesso à justiça, para a segurança jurídica, para a garantia da isonomia, para o equilíbrio entre as partes e para o cumprimento do direito material²⁰.

3. IGUALDADE, VINCULAÇÃO A PRECEDENTES E *DISTINGUISHING*. UMA PROPOSTA DE ABORDAGEM ARGUMENTATIVA EM SINTONIA COM O CONSTANTE DA RECOMENDAÇÃO CNJ Nº 134/2022

Dentre os diversos dispositivos elencados na referida recomendação, aquele constante do seu art. 8º ocupa posição central. Segundo tal comando, “os precedentes devem ser respeitados, a fim de concretizar o princípio da isonomia e da segurança jurídica, bem como de proporcionar a racionalização do exercício da magistratura”. Nesse dispositivo está encartado um dos maiores desafios contemporâneos, qual seja o do equacionamento entre a vinculação a precedentes e a oferta de tutela jurisdicional isonômica aos jurisdicionados.

²⁰ Sobre a importância das técnicas ora citadas, ver ALFF, Hannah Pereira. *Gestão Judiciária e técnicas do processo agregado*: aportes para aprimoramento da tutela jurisdicional coletiva. Londrina: Thoth, 2021.



Sob esse prisma, propõe-se uma abordagem estruturada em três momentos. Primeiramente, apresentar-se-á um panorama a respeito do discurso jurídico em torno da vinculação a precedentes judiciais, em um modelo argumentativo. Esse quadro permitirá, em um segundo instante, que se possa tecer reflexões a respeito da vinculação ao precedente e da distinção como manifestações do direito à igualdade perante o ordenamento jurídico. Por fim, analisar-se-á o fenômeno da distinção como manifestação do direito à igualdade por intermédio do ordenamento jurídico.

3.1. Considerações gerais: vinculação a precedentes e o percurso entre normas gerais e abstratas e normas individuais e concretas

Na busca por uma sintonia fina em torno da pauta de racionalidade a ser observada na aplicação de precedentes, é preciso que se trate com firmeza uma série de premissas fundamentais. Nesse sentido, propõe-se, a seguir, a apresentação de um panorama a respeito de categorias jurídicas relevantes do ponto de vista da estrutura das normas jurídicas envolvidas na dinâmica dos precedentes, o qual servirá como pano de fundo para que, em um segundo instante, seja possível discorrer a respeito da hermenêutica envolvida na construção de decisões judiciais que veiculem distinções entre os casos individuais e concretos e as normas jurídicas extraídas a partir dos precedentes. Trata-se de medida de primeira ordem para que se possa cogitar a respeito do respeito ao constante do art. 10 da Recomendação CNJ n.º 134/2022, a qual indica ser uma prática desejável a existência de menção expressa, na decisão que julga o caso concreto, a respeito das razões que levam à necessidade de afastamento ou ao acolhimento dos precedentes trazidos pelas partes.

A compreensão da dinâmica envolvida na aplicação de precedentes pressupõe, em primeiro lugar, a atenção para um conjunto de classificações quanto às espécies de normas jurídicas. Nesse sentido, uma primeira dicotomia a ser considerada é a que contrapõe *regras jurídicas* (consideradas como normas jurídicas que associam sujeitos ao respeito a condutas consideradas permitidas, proibidas ou obrigatórias) a *princípios jurídicos* (definidos como normas jurídicas que associam sujeitos à observância de resultados considerados permitidos,



proibidos ou obrigatórios)²¹. De outro lado, uma segunda dualidade relevante é a que contrapõe *normas gerais* (que são aquelas nas quais a conduta ou resultado considerados vem associados a uma classe de pessoas ou indivíduos não particularizados no tempo e no espaço) a *normas individuais* (quais sejam aquelas nas quais a conduta ou resultado considerados são atrelados a uma classe de pessoas ou indivíduos que se pode determinar quem são de antemão no tempo e no espaço). Por fim, um terceiro contraste a ser feito é o que compara *normas abstratas* (quais sejam aquelas nas quais a conduta ou resultado considerados não correspondem, respectivamente, a atos ou situações especificamente determinados no tempo e no espaço) a *normas concretas* (quais sejam aquelas nas quais a conduta ou resultado referem-se, respectivamente, a atos ou situações especificamente determinados no tempo e no espaço)²².

O panorama acima tecido é relevante na medida em que permite demonstrar que o trabalho prático de quem pretende analisar um determinado caso concreto à luz de precedentes consiste em uma dinâmica que contrapõe, no tempo, três momentos distintos. Em um primeiro instante, o que se faz é *delimitar os termos do caso concreto que reclama por uma solução*, identificando *qual é o problema a ser solucionado* e *quais são os fatos e as normas jurídicas que se colocam em discussão*, em uma dinâmica eminentemente pautada pela metodologia da tópica jurídica²³. Uma vez cumprida essa etapa, passar-se-á ao *exame de decisões proferidas em casos anteriores*, com o intuito de em algum deles identificar a existência e o alcance de uma norma geral e abstrata que dele se possa extrair. Por fim, avançar-se-á em direção à tarefa de *projetar essa norma geral e abstrata em direção ao futuro*, analisando-se, em perspectiva crítica, se ela deve ou não servir como pauta para a

²¹ A construção a respeito da distinção entre princípios jurídicos e regras jurídicas como espécies do gênero norma jurídica é feita aqui levando em conta a construção originalmente proposta por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70 e seguintes.

²² As reflexões feitas aqui sobre normas gerais, individuais, abstratas e concretas são construídas a partir da análise crítica do quanto antes proposto por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 26 e seguintes e BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 177 e seguintes.

²³ Sobre a tópica jurídica e sua funcionalidade, ver VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964 e ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2 ed. São Paulo: Landy, 2002.



construção da norma individual e concreta a ser aplicada ao caso concreto, considerado como caso subsequente em relação àquele do qual se extraiu a norma geral e hipotética. A identificação quanto à existência ou não de um precedente, bem como a definição do seu conteúdo semântico, é tarefa desempenhada pelo mesmo juiz que se considera responsável pela elaboração da norma individual e concreta a ser respeitada em um determinado caso²⁴.

Os três passos acima narrados evidenciam que o raciocínio envolvido na aplicação do precedente a um caso concreto é, em última instância, uma análise a respeito da *simetria entre o caso anterior e o caso a ser julgado*. A presença de semelhanças entre os casos justifica a utilização da solução dada ao caso anterior como regra ou princípio cuja aplicação passa a transbordar dos limites da aplicação original e forma uma norma geral e abstrata a informar a resposta a ser dada àquela demanda posteriormente apresentada ao juiz para fins de julgamento²⁵. É esse o tom do art. 9º. Recomendação CNJ n.º 134/2022 ao sinalizar no sentido de que a observância dos precedentes dos tribunais superiores deve ocorrer “quando houver, subsequentemente, casos idênticos, ou análogos, que devem ser decididos à luz da mesma razão determinante”.

Um ponto importante a ser considerado é o fato de que a caracterização de uma decisão judicial como precedente pressupõe que se esteja diante de um caso no qual o referido julgado tenha, efetivamente, agregado informações no que se refere à interpretação do texto da lei de modo a auxiliar na determinação da norma a ser dela extraída. Vale anotar que apesar de o advento de decisões judiciais que interpretem de maneira uniforme e constante a lei por força do respeito à jurisprudência e a precedentes não importar em inovação em relação ao anteriormente estabelecido no texto da lei, é certo que tal fenômeno carrega consigo ainda assim uma certa carga de inovação no que se refere ao sentido geral que lhe é concedido²⁶.

²⁴ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Civilística, vol. 2 (2014): 1-15, especialmente p. 4.

²⁵ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Civilística, vol. 2 (2014): 1-15, especialmente p. 4.

²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008. p. 211.



3.2. Vinculação ao precedente e distinção como manifestações do direito à igualdade perante o ordenamento jurídico

A construção de uma pauta hermenêutica a ser respeitada na utilização de precedentes como fontes do Direito com vistas à determinação das normas jurídicas aplicáveis a um caso concreto reclama atenção, de outro lado, ao *respeito a critérios de racionalidade inerentes ao respeito ao direito fundamental à igualdade*. Segundo Humberto Ávila, a igualdade pode ser definida como “a relação entre dois ou mais sujeitos, com base em medida(s) ou critério(s) de comparação, aferido(s) por meio de elemento(s) indicativo(s), que servem(m) de instrumento para a realização de uma determinada finalidade”²⁷. O olhar atento a essa importante proposta de compreensão do fenômeno da igualdade dá ensejo, por sua vez, a uma série de reflexões ulteriores igualmente importantes.

Nesse sentido, uma primeira abordagem relevante a ser referida é a que envolve a ideia de *igualdade perante o ordenamento jurídico*, definida como um “postulado da racionalidade prática e universal, que exige que todos que se encontram numa mesma situação recebam idêntico tratamento (portanto, compreendida como igualdade na aplicação da lei)”²⁸. As duas primeiras proposições lógicas a serem respeitadas em termos de igualdade são as seguintes: a) diante de dois ou mais atos ou omissões que se moldem à descrição da hipótese de incidência de uma mesma norma jurídica geral e abstrata, é esperado que sejam aplicadas normas individuais e concretas que veiculem consequências jurídicas análogas; b) diante de um ato ou omissão que se molde à descrição constante da hipótese de incidência de uma norma jurídica geral e abstrata e, de outro lado, de outro ato ou omissão que não se molde à descrição constante da hipótese de incidência da norma jurídica geral e abstrata antes considerada, é esperado que somente aos primeiros sejam aplicadas normas individuais e concretas que veiculem as consequências jurídicas veiculadas na norma jurídica geral e abstrata supramencionada.

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p 42.

²⁸ A lição transcrita é de Ingo Wolfgang Sarlet, in SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019..



O quanto acima dito é relevante para que se tenha em mente que a aplicação de normas jurídicas concretas a um caso como expressão da vinculação ao quanto decidido em um precedente é, em essência, uma manifestação do direito à igualdade perante o ordenamento jurídico. Acerta a Recomendação CNJ nº 134/2022 ao sinalizar sobre a importância de menção expressa, na decisão, sobre as razões que levam à necessidade de afastamento ou ao acolhimento dos precedentes trazidos pelas partes. Da mesma forma, ao dispor no sentido de ser desejável que os acórdãos proferidos no julgamento do incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e no julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos contenham uma série de elementos (a saber, a indicação de todos os fundamentos suscitados, favoráveis e contrários à tese jurídica discutida, a delimitação dos dispositivos normativos relevantes relacionados à questão jurídica, a identificação das circunstâncias fáticas subjacentes à controvérsia, em torno da questão jurídica e a enunciação da tese jurídica firmada pelo órgão julgador em destaque, evitando a utilização de sinônimos de expressões técnicas ou em desuso), o art. 12 da Recomendação CNJ nº 134/2022 acertadamente dispõe sobre a presença das premissas a serem consideradas pelo intérprete com vistas à identificação do conteúdo da norma jurídica geral e hipotética a ser construída a partir de precedentes judiciais. Da mesma forma, tais premissas são importantes para que se possa determinar, no caso concreto, se o juiz está ou não diante de dois ou mais atos ou omissões que se moldam ao constante da hipótese de incidência da norma jurídica geral e hipotética construída a partir da análise de um precedente. Na presença de tais premissas, ter-se-á como justificada a aplicação da mesma norma individual e concreta que veicule as consequências jurídicas contempladas na norma jurídica geral e hipotética antes referida – isto é, estar-se-á diante da ideia de que a solução veiculada no precedente acaba por vincular o julgador diante de casos considerados análogos. Se os atos ou omissões cotejados, de outro lado, não se moldarem à referida hipótese de incidência, considerar-se-á justificada a distinção no que se refere à aplicação de normas individuais e concretas diferentes a cada um dos casos concretos, já que haverá a necessidade de vinculação à norma geral e hipotética extraída do precedente apenas em relação a uma ou algumas das situações concretas contrastadas, mas não em relação à(s) outra(s).



3.3. A distinção como manifestação do direito à igualdade por intermédio do ordenamento jurídico

A análise da pauta hermenêutica envolvida na reflexão sobre a aplicação, a casos concretos, de normas jurídicas gerais e hipotéticas oriundas de precedentes reclama atenção, de outro lado, à ideia de *igualdade por intermédio do ordenamento jurídico*. Nesse sentido, discorrendo sobre os critérios a serem respeitados para que se possa fazer diferenciações sem que isso importe em ofensa à exigência de isonomia, Celso Antônio Bandeira de Mello defende a adoção de um tríplex exame. Em um primeiro nível, aponta ele que é preciso que se proceda à análise daquilo que é adotado como critério discriminatório. Em um segundo momento, impõe-se, por sua vez, verificar se há justificativa racional, no sentido de um “fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada”. Por fim, cumpre verificar “se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional”²⁹.

Do ponto de vista argumentativo, o raciocínio em relação à igualdade por intermédio do ordenamento jurídico reclama atenção a um conjunto de premissas distinto daquele anteriormente retratado. É preciso considerar, em primeiro lugar, a existência de um contraste entre duas normas gerais e hipotéticas que veiculam consequências jurídicas distintas. Essas normas distinguem-se entre si na medida em que é eleito um fator de *discrímen* como critério para diferenciar os atos ou omissões descritos na hipótese de incidência de uma das normas jurídicas gerais e hipotéticas em relação àqueles referidos na hipótese de incidência da outra norma jurídica cotejada.

Esse primeiro conjunto de premissas é relevante, do ponto de vista prático, para que se possa compreender o alcance do caput do art. 14 da Recomendação CNJ nº 134/2022 ao prever que poderá o juiz ou tribunal, excepcionalmente, identificada distinção material

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 21-22.



relevante e indiscutível, afastar precedente de natureza obrigatória ou somente persuasiva, mediante técnica conhecida como distinção ou *distinguishing*. Da mesma forma, o parágrafo primeiro do referido comando infralegal dispõe no sentido de ser recomendável que, ao realizar a distinção (*distinguishing*), o juiz explicita, de maneira clara e precisa, a situação material relevante e diversa capaz de afastar a tese jurídica (*ratio decidendi*) do precedente tido por inaplicável.

Aqui reside um ponto importante. O recurso ao qualificativo “relevante” é, em última instância, uma forma elíptica de indicar a necessidade de o juiz responsável pela distinção expressamente apresentar qual é o fator de *discrímen* considerado³⁰, bem como qual sua relação, do ponto de vista da razoabilidade³¹, com a diferente solução propugnada, bem como qual a simetria existente entre essa diferente solução e a tutela de outra finalidade tutelada pelo ordenamento jurídico por norma de igual estirpe³². É no atendimento ao postulado da razoabilidade que reside a possibilidade de controle quanto ao respeito à isonomia no tratamento de jurisdicionados que se diz estarem em situações distintas, já que, na trilha do pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto”³³.

Um segundo ponto a considerar, de outro lado, é a circunstância de que os pontos de partida tomados em conta com vistas a construção dessas normas jurídicas gerais e hipotéticas contrastadas podem ser de diferentes ordens. Pode acontecer que uma delas, ou

³⁰ Acerta Ronaldo Kochem ao apontar que “a justificação externa da decisão interpretativa deve explicitar as razões pelas quais os fatos relevantes do caso concreto e do caso da decisão interpretanda, segundo o critério das razões determinantes, são análogos ou não” (KOCHER, Ronaldo. *Fundamentando Decisões: uma doutrina lógico-argumentativa*. Londrina: Thoth, 2021. p. 221-222).

³¹ A noção de razoabilidade à que se faz menção é a designada por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 108 como *razoabilidade como congruência*.

³² A construção acima reproduzida é análoga àquela exposta por Humberto Ávila ao aludir à ideia de isonomia no conteúdo da lei, assim considerada a caracterização de uma lei que não estabeleça distinções “senão por meio de fundadas e conjugadas medidas de comparação atreladas a finalidades constitucionalmente postas” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 77).

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 38.



ambas, tenha sido construída diretamente a partir da análise do texto constitucional. Da mesma forma, é possível que uma das normas, ou ambas, tenha suas raízes no texto da lei, ou, ainda, na linguagem empregada em precedentes judiciais.

Haverá casos nos quais o contraste será entre uma norma jurídica geral e hipotética extraída a partir da análise da linguagem empregada em um precedente e a outra será construída diretamente a partir da análise do texto constitucional. Partindo da premissa entre a compatibilidade entre tais normas jurídicas gerais e hipotéticas, o que se vê é que o magistrado está a privilegiar a igualdade por intermédio do ordenamento jurídico na medida em que constrói normas individuais e específicas distintas a serem aplicadas, respectivamente, a cada um dos atos ou omissões que são colocados lado a lado em um juízo de comparação. A prolação de decisões que tomem em conta um fator de *discrímen* capaz de ofertar uma solução distinta daquela expressa pelo legislador e densificada no precedente pode ser uma ferramenta importante naqueles casos em que a omissão do próprio legislador no que se refere à regulamentação de determinadas situações importe em uma abordagem insuficiente da realidade social, marginalizando pessoas e realidades que reclamem por um tratamento diferenciado. Trata-se, aqui, de situação que ganha cores especiais em se considerando a hermenêutica dos direitos fundamentais, na qual a aplicabilidade imediata das normas constitucionais a elas associadas dispensa o trabalho ulterior do legislador para a sua implementação.

Caso peculiar ocorre nos casos em que o contraste é feito entre uma norma jurídica geral e hipotética extraída a partir da análise da linguagem empregada em um precedente e outra extraída diretamente a partir da análise do texto da lei. Tem-se, em tal situação, a aplicação do parágrafo segundo do art. 14 da Recomendação CNJ nº 134/2022, segundo o qual a distinção (*distinguishing*) não deve ser considerada instrumento hábil para afastar a aplicação da legislação vigente. Vale observar, aqui, que a vinculação ao precedente que dispõe sobre o significado da lei impede a distinção, salvo se houver compatibilidade entre as normas gerais e hipotéticas contrastadas. Caminha-se, aqui, na trilha de Hermes Zaneti Jr, para quem “uma política dos precedentes, corretamente utilizada, não será empecilho para a



legalidade do ordenamento jurídico, pois este seguirá sendo tendencialmente subordinado à legislação”³⁴

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo confirmou, em primeiro lugar, o compromisso do ordenamento jurídico brasileiro com a implementação de técnicas destinadas a oferecer soluções para demandas judiciais de forma a respeitar o direito fundamental à igualdade. Sob essa ótica, destaca-se o papel fundamental desempenhado pelo sistema dos precedentes vinculantes, abordado também a partir da visão que a Recomendação CNJ nº 134/2022 trouxe, vista como mais uma tentativa de viabilizar a uniformidade do entendimento em decisões judiciais no contexto de um Judiciário continuamente criticado por sua morosidade e insegurança jurídica.

Resta claro, da mesma forma, que o respeito a precedentes não importa em desrespeito a qualquer direito ou garantia fundamental presente em países que adotam o sistema de *civil law*. Ao contrário, o que se viu foi que o direito brasileiro adota esta técnica vinculativa de forma a assegurar o efetivo respeito ao direito fundamental à igualdade.

Neste mesmo sentido converge a reflexão proposta a respeito da fundamentação de distinção ou aplicação de determinado precedente utilizando-se como núcleo o fator de *discrímen*. A presente pesquisa demonstrou a funcionalidade dos precedentes como ferramentas que são a serviço da construção de decisões judiciais nas quais, por meio de adoção de técnicas de vinculação, é possível vislumbrar um padrão de uniformidade que sinaliza na direção do respeito ao direito fundamental à igualdade de decisão.

REFERÊNCIAS

³⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p.312.



-
- ALFF, Hannah Pereira. *Gestão Judiciária e técnicas do processo agregado*: aportes para aprimoramento da tutela jurisdicional coletiva. Londrina: Thoth, 2021.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica. 2 ed. São Paulo: Landy, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: EDIPRO, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão e dominação. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.
- HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Identificação dos Precedentes Judiciais*: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldade em sua aplicação e revisão. Londrina: Thoth, 2021.
- JOBIM, Marco Félix; DUARTE, Zulmar. Ultrapassando o precedente: *antecipatory overruling*. *Revista de Processo*, v. 285, p. 341-362, nov. 2018. Versão em PDF. p. 1-7. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 27 ago. 2022.
- KOCHEM, Ronaldo. *Fundamentando Decisões*: uma doutrina lógico-argumentativa. Londrina: Thoth, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3ª Ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. *A eficiência da prestação jurisdicional e o Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- PANUTTO, Peter. *Precedentes Judiciais Vinculantes*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.



-
- PEDROSO, João António Fernandes. *Acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em (des)construção*. 2011. 675 f. Tese (Doutoramento em Economia) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
- PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os Precedentes Judiciais e a Razoável Duração do Processo: Uma análise a partir da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os Precedentes Judiciais e a Razoável Duração do Processo: Uma análise a partir da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin*. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- RAATZ, Igor. *Precedentes Obrigatórios ou Precedentes à Brasileira?* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Vol. XI, p. 217-237, jan./jun. 2013.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Civilística, vol. 2. 2014.
- TORRES, Artur. *CPC passado a limpo: procedimentos especiais, processo de execução e o processo nos tribunais*. vol. II. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- VIAFORE, Daniele. *Ações Repetitivas no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964.
- VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. *Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2022.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.) *Participação e Processo*. p. 128-135. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.