

## A importância do *distinguishing* no controle da aplicação dos precedentes

Daniele Pela Bacheti

Este resumo busca introduzir aos estudantes e operadores do direito a importância e as consequências do *distinguishing*, uma das grandes inovações inseridas no Novo Código de Processo Civil de 2015.

Não se pode negar que apesar do Brasil possuir sua base do direito proveniente do sistema jurídico “civil law”, há muito tempo as alterações inseridas na legislação processual já demonstram a influência que o sistema jurídico “common law” exerce sobre as normas aplicáveis no Ordenamento Jurídico Brasileiro, reafirmando-se a importância das jurisprudências e dos entendimentos emanados dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido Dierles Nunes e Andre Frederico Horta (Fls. 302/303) citam alguns exemplos que demonstram a tradição do sistema jurídico “common law” no Ordenamento Jurídico Brasileiro:

“Nas últimas duas décadas, foram implementadas inúmeras reformas processuais de valorização do direito jurisprudencial, desde a criação dos referidos enunciados de sumulas (inicialmente, apenas nos regimentos interposto dos tribunais e, posteriormente, na legislação, por meio da lei n.º 8756/98, que deu nova redação ao art. 557, do CPC/73, e da Lei 11.726/06, que acrescentou o §1º ao artigo 518 do mesmo diploma), da Sumula Vinculante (art. 103-A do CPC, criada pela Emenda Constitucional n.º 45/04), passando pelo julgamento liminar de demandas repetitivas (art. 285-A do CPC/73, introduzido pela Lei n.º 11.277/06), e, por fim, introdução das técnicas de julgamento de recursos excepcionais repetitivos por amostragem (art. 102, §3º da CR, introduzido pela EC n.º 45/04 e arts. 543-A e 543-C do CPC/73, criados pelas Leis n.º 11.418/06 e 11.672/08).”

O Código de Processo Civil de 2015, inserido pela Lei 13.105/2015, intensificou tal influência, ao trazer em seu artigo 926 e 927 a teoria dos precedentes.

Há grande discussão em torno da inovação trazida pelo Novo Código, bem como, preocupação dos Operadores do Direito do modo pelo qual a Teoria dos Precedentes será aplicada aos casos em julgamento ou, ainda, como serão formados tais Precedentes, os quais possuem caráter vinculativo conforme previsto pela Legislação Processual citada.

---

### **Daniele Pela Bacheti**

Advogada, inscrita na OAB/ES n.º 11.569;

Aluna Especial da disciplina de Precedentes do Mestrado de Direito da Ufes-2015;

Contudo, o Código de Processo Civil de 2015, foi muito mais além, pois, não só trouxe a Teoria dos Precedentes, mas, também, preocupou-se em inserir, no seu texto, técnicas necessárias para evitar que a Teoria dos Precedentes seja aplicada de forma aleatória e prejudicial as partes, ou seja, que possa ser utilizada para beneficiar alguns casos e prejudicar outros.

O legislador, ainda, apresentou em seu texto técnicas para alteração dos Precedentes, quando este já não mais condizem com a realidade que assola a sociedade, eis que se esta, evolui, o Direito também precisa evoluir, seja ele previsto em Lei, em Jurisprudência ou súmulas.

Dentre as técnicas que são aplicadas na Teoria dos Precedentes, encontra-se o *distinguishing* o qual encontra-se previsto de forma expressa pelo Código de Processo Civil de 2015 através de diversos artigos, como por exemplo, o artigo 489, §1º, artigo 1037, §§ 9º e seguintes, artigo 1042, §1º, II, artigo 1029, §§ 1º e 2º.

Importante destacar que a norma trazida pelo Código de Processo Civil, nos artigos citados, possui grande importância, uma vez que conforme exposto por Dierles Nunes e Andre Frederico Horta (Fls. 313):

“nos países de common law não é incomum (o que não isenta de reprovação) os magistrados forçarem o *distinguishing* para afastarem de determinado precedente reconhecidamente ruim (*bad law*) mas que, pela autoridade e hierarquia que ostenta, não pode ser *overruled* (revogado) ou afastado de outra forma.”

Nesse sentido, temos que o legislador se preocupou com tal questão, quando no próprio artigo 489, § 1º do Código de Processo Civil, trouxe para a legislação infraconstitucional o princípio da motivação previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal, ao prever a necessidade do Magistrado fundamentar o porquê deixou de seguir o Precedente, haja vista que, conforme já mencionado, estes passam a ter caráter vinculante.

Certo é que, a fundamentação a ser realizada pelo magistrado importará em demonstrar a divergência entre o caso precedente e o caso em julgamento, aplicando-se assim a técnica do *distinguishing* para demonstrar, os motivos pelos quais, aquele Precedente, não pode ser aplicado para proferir uma decisão justa.

Nesse sentido, inclusive, temos a lição de Marinoni (Fls. 325), ao afirmar em sua obra que “O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente.”

Ocorre, porém, que não se pode admitir que um simples fato de forma isolada possa ser utilizado para afastar a aplicação de um precedente. Nesse sentido Marinoni (Fls. 326) afirma que “A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente.”

Inclusive, a própria técnica do *distinguishing* quando utilizada, acaba por dar ênfase ao precedente, uma vez que para afastá-lo deverá, primeiro, o Julgador reconhecer sua força normativa e importância no Ordenamento Jurídico, provocando assim o que Dierles Nunes e André Frederico Horta (fls. 309) chamam de “maturação do direito jurisprudencial”.

Já seguindo o posicionamento de Marinoni (fls.327), este expõe que:

“a constatação da inaplicabilidade do precedente não tem relação com o seu conteúdo e força. Todavia a não aplicação de precedente, especialmente, quando rotineira, pode revelar que o seu conteúdo não está sendo aceito na comunidade jurídica e nos tribunais”.

Para Didier (fls. 491) a aplicação da técnica do *distinguishing* implica as seguintes consequências:

“(i) dar a *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente, nos termos do art. 489, §1º, VI e 927, §1º do CPC; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*), justificando-se nos moldes do art. 489, §1º, V e 927, §1º do CPC.”

Já para Bustamante (fls. 473), a aplicação do *distinguishing*, traz duas consequências práticas:

“(1) ou se estabelece uma *exceção* anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; ou (2) se utiliza o argumento *a contrario* para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado, na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* não pode ser subsumido no precedente. No primeiro caso (redução teleológica) opera-se a exclusão de determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência da norma apontada como paradigma; no segundo caso (argumento *a contrario*) a norma jurisprudencial permanece intacta, mas se concluiu que suas consequências *não podem ser aplicadas* aos fatos que não estejam compreendidos em sua hipótese de incidência.”

Independente dos conceitos e consequências que a técnica do *distinguishing* implicará, é pacífico que se o precedente é vinculante, o Julgador somente poderá afastá-lo após apresentar os fundamentos que justifiquem a diferenciação do caso precedente com o caso em análise, fato este que acabará por reafirmar o precedente.

O artigo 1037, §9 do CPC, também, traz expressamente a previsão da aplicação da técnica do *distinguishing* quando caberá a parte, prejudicada com a suspensão dos recursos Especiais e Extraordinários aplicada nos casos do artigo 1036 do CPC, apresentar um requerimento, demonstrando a diferença entre os casos, a fim de que o órgão competente analise, determinando o prosseguimento do recurso caso seja acolhida a distinção e rejeitando o requerimento se entender de outro modo.

Verifica-se, portanto, que de acordo com a Norma Processual Civil, caberá aos Operadores do Direito quando da demonstração de sua pretensão ou quando impugnar à pretensão posta em Juízo ou, ainda, a própria decisão proferida nos autos, apresentar os argumentos a favor ou contrários ao Precedente existente e, se for o caso, aplicar a técnica do “*distinguishing*”, a fim de buscar uma decisão justa.

Assim, o Julgador ao avaliar o caso concreto e os argumentos apresentados pelas partes, precisará fundamentar sua decisão, seja acolhendo ou afastando o precedente (quando precisará aplicar o *distinguishing*) nos termos do artigo 489 §1º do Código de Processo Civil, evitando-se desta forma, a generalização dos precedentes e, em consequência, realizando um maior controle na sua aplicação, dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3 ed. Ver. Atual. E ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: Uma breve introdução. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAIDE JR., Jaldemiro R. de. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*, v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 301-334.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Vol. 02 – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais* – São Paulo: Noeses, 2012.