



DISTINGUISHING: A IMPORTÂNCIA DA DISTINÇÃO NO CONTROLE DE PRECEDENTES

DISTINGUISHING: THE IMPORTANCE OF DISTINCTION IN PRECEDENT CONTROL

Mateus Augusto Petri¹
Morgana Henicka Galio²

RESUMO

Este artigo propõe-se a destacar os principais aspectos relacionados ao *distinguishing*, uma inovação no Código de Processo Civil de 2015, o qual possui importante função para o controle da aplicação dos precedentes judiciais, estes que por sua vez, precisam de uma maior precisão para a *ratio* das decisões. Trata-se de um estudo minucioso, baseado na correlação destes dois institutos que são considerados de suma importância para nosso ordenamento jurídico, assim, tornando-se imprescindível a utilização do *distinguishing* para evitar entendimentos errôneos em casos que de certa forma apresentam particularidades. Este trabalho busca responder o seguinte questionamento: De que forma se aplica a técnica ou procedimento que deve ser utilizado para a recusa de um precedente? Ainda, tem como objetivo apresentar a real importância da fundamentação para evitar lacunas e entendimentos errôneos, utilizando como método estudos em doutrinas e em casos concretos. Conclui-se então, a importância de um método de distinção, para a direção ao sistema de precedentes e para que sua aplicabilidade seja realmente adequada, funcional e eficaz, observando por meio de pesquisas bibliográficas que a interpretação é necessária e observando a sua funcionalidade nos casos estudados.

Palavras-Chave: Distinguishing. Precedentes. Decisões. Inovação. Jurídico.

ABSTRACT

This article aims to highlight the main aspects related to distinguishing, an innovation in the 2015 Code of Civil Procedure, which has an important role in controlling the enforcement of judicial precedents, which in turn, need greater precision to the ratio of decisions. It is a detailed study, based on the correlation of these two institutes,

¹Graduando em Direito UnC. Universidade do Contestado. Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: petrimateus1@hotmail.com

²Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), professora no curso de Direito da Universidade do Contestado. Campus Concórdia. Santa Catarina. Brasil. E-mail: morgana.galio@unc.br

which are considered of paramount importance to our legal system, thus making it essential to use distinguishing to avoid misunderstandings in cases that in some way have particularities. This work seeks to answer the following question: How does the technique or procedure that should be used to refuse a precedent apply? Still, it aims to present the real importance of the reasoning to avoid gaps and misunderstandings, using as a method studies in doctrines and in concrete cases. It is concluded, then, the importance of a method of distinction, for the direction to the precedent system and for its applicability to be really adequate, functional and effective, observing through bibliographic researches that the interpretation is necessary and observing its functionality in the studied cases.

Keywords: Distinguishing. Precedents. Decisions. Innovation. Juridical.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro a teoria dos precedentes judiciais, que são idealizados de decisões interpretadas no passado e que servem para orientações em decisões futuras, servindo como referência e estendendo seus efeitos para além do caso originário. Podemos perceber que sua função é de aspecto fundamental, visto que se torna diretriz a preceitos da justiça, atuando com melhor funcionalidade, eficiência e celeridade.

O precedente deve ser aplicado de forma minuciosa e controlada, para que não ocorra interpretações errôneas e para que sua funcionalidade sirva realmente como paradigma em casos análogos. Desta forma, é necessário compreender a funcionalidade do precedente no ordenamento jurídico e quando ele pode ou não ser aceito.

Em virtude disso, indaga-se o que pode ser utilizado para a recusa de um precedente, qual a técnica e procedimento que deve ser usado visando a não aceitação de um precedente judicial?

Para a realização da pesquisa e elaboração do presente artigo, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, aplicando a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de revisão doutrinária, buscas em artigos científicos e entrevistas, bem como, a análise sobre a legislação brasileira, também foi feito estudo de caso concreto para melhor explanação do conteúdo.

Tem-se como objetivo geral analisar a técnica para não aplicação de um precedente, essa que possui grande importância em nosso ordenamento, e que é denominado de *distinguishing*, servindo para um maior controle referente a aplicação dos precedentes, pois, trata-se de elementos fundamentais para tomadas de decisões do magistrado, podendo manter a decisão consubstanciada em um caso julgado anteriormente ou promover a não aceitação do precedente.

Nesse diapasão, destacam-se dois aspectos importantes e fundamentais que serão analisados neste estudo, que são os precedentes judiciais e o controle de sua aplicação por meio do *distinguishing*, estes que serão esmiuçados posteriormente.

Ao longo deste artigo serão verificados os aspectos da técnica de distinção, desde a análise dos fatos a fundamentação e a sua aplicação.

É importante observar que todas as questões decididas judicialmente precisam de cautelas quanto a sua interpretação, para que de fato a justiça seja feita, de forma correta e limpa. Por este motivo são necessários estudos de institutos importantes, principalmente de institutos que levam ao ápice da hermenêutica, principalmente para demonstrar a sua real utilização.

2 O CONCEITO DE PRECEDENTE JUDICIAL

Precedente é núcleo de uma decisão, sendo considerado fonte do direito para aplicação em casos posteriores (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA; 2018). Com o precedente, se busca uma racionalidade das decisões para se ter parâmetros a serem seguidos, visando interpretações adequadas e tornando as decisões mais justas.

O precedente, é o caso já examinado e julgado, cuja decisão primeira sobre o tema atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados (OLIVEIRA, 2013).

É possível afirmar que o precedente “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior em casos análogos” (DIDIER JUNIOR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 513). Ou seja, observa-se que o precedente é o instrumento que direciona o julgamento em casos posteriores, sendo estes, casos análogos ao que deu origem ao precedente.

Também é possível conceituar precedente como “um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base na formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior” (CÂMARA, 2015, p. 425). Assim sendo, é uma decisão cujo elemento essencial, aquele que motivou a resolução da controvérsia, servirá como parâmetro em um caso futuro³.

Em sua obra, Metodologia da Ciência do Direito o doutrinador alemão Karl Larenz (1997, p. 611) descreve o seguinte: “Os ‘precedentes’ são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há de decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso.” Entende-se então que os elementos fáticos do caso anterior devem ser semelhantes ao caso em que se está analisando a aplicação do precedente. O precedente, é a essência de uma decisão, mas deve-se levar em consideração que nem toda a decisão vai se tornar um precedente.

O precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida e seguida pelos órgãos julgadores inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares (STRECK, 2013). Observa-se então, que a decisão de um caso anterior, deve ter a capacidade de influenciar decisões posteriores, precisa ter capacidade para tornar-se diretriz.

Ao julgar um caso, o magistrado acaba por criar normas jurídicas, inicialmente a partir da interpretação e compreensão dos fatos, em seguida uma análise de caráter individual, para aquela situação específica. Nota-se que é preciso um esforço interpretativo para saber se os fatos e os fundamentos de um caso passado são aplicáveis ao caso em julgamento, além disso, é necessário verificar se as circunstâncias fáticas têm relação com o caso (DIDIER JUNIOR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018).

Nesse contexto, o professor italiano Michele Taruffo (2011) afirma que o precedente cria uma regra que será aplicada em um caso concreto posterior, assim, sendo feita a analogia entre os fatos do primeiro caso e os do segundo. Compreende-se que para a formação do precedente, deve ser analisado os fatos e

³Segundo Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Olivera (2018), o precedente de certa forma é uma parte da decisão e também uma norma extraída desta mesma decisão. É uma decisão relacionada a um caso concreto em que seu elemento principal, ou seja, a norma estabelecida, servirá como direcionamento para julgamentos posteriores, em que o caso se faz semelhante ao caso paradigma.

fundamentos importantes ou determinantes. Karl Larenz (1997) corrobora afirmando que o precedente não é a resolução em si de um caso, ou seja, o dispositivo⁴ do julgado, e sim a resposta que foi dada pelo tribunal na fundamentação da decisão. Desta forma, os fundamentos e as circunstâncias fáticas são elementos essenciais, que contribuem para a vinculação dos precedentes futuramente.

2.1 ELEMENTOS ESSENCIAIS DO PRECEDENTE JUDICIAL

É importante ter ciência de alguns elementos do precedente judicial que são essenciais para sua correta utilização e que doravante falaremos sobre eles, as circunstâncias de fato, os fundamentos, razão de decidir e *obiter dictum*.

José Rogério Cruz e Tucci (2004), afirma que o precedente é composto por duas partes distintas, sendo elas, as circunstâncias que embasam a controvérsia; a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*).

Ressalta-se que estes conceitos são indispensáveis para a compreensão dos precedentes, ou seja, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, estas que merecem cuidado para sua distinção. Por este motivo que a aplicação do precedente deve se ter uma interpretação cuidadosa, essa interpretação exige conhecimento e se faz necessário saber diferenciar os fatos importantes que ensejaram aquela decisão (TARUFFO, 2011).

2.1.1 Fundamentos Determinantes ou *Ratio Decidendi*

Os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, são chamados de *ratio decidendi* e correspondem à opção hermenêutica adotada na sentença em que, de outra forma, a decisão não teria sido proferida como foi. Assim, a *ratio decidendi* do caso constitui tese jurídica que é suficiente para decidir o caso concreto (DIDIER JUNIOR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018).

A noção de *ratio decidendi*, também chamada de *holding*, é fundamental na argumentação jurídica e na formação de uma decisão baseada em precedentes,

⁴ O dispositivo da sentença ou acórdão é a conclusão, a decisão ou parte final; enfim, o desfecho da demanda, onde, aplicando a lei ao caso concreto, o julgador acolhe ou rejeita o pedido formulado pela parte (OLIVEIRA, 2008).

visto que sua aplicação criará vínculo para casos posteriores. Nas palavras de Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso, de forma breve e clara: “A *ratio decidendi* ou o *holding* correspondem justamente ao entendimento jurídico emergente de um precedente que vincula a decisão dos casos futuros” (MELLO; BARROSO, 2016, p. 25).

Conforme Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandra Oliveira (2018, p. 519): “extraí-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular) extraí-se uma regra de direito que pode ser generalizada”. Destarte, a *ratio decidendi* é o elemento do precedente judicial mais complexo, composto por alguns elementos: indicação dos fatos relevantes; o raciocínio lógico-jurídico da decisão; e o juízo decisório (TUCCI, 2004).

É possível descrever, ainda, a *ratio decidendi* ou a tese como um relato do entendimento jurídico que serviu de base à decisão (MELLO; BARROSO, 2016). Esta tese se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas, que por sua vez se assemelham àquela que foi originalmente construída (DIDIER JUNIOR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018). Mas é necessário enfatizar que o que pode ser invocado em julgamentos posteriores são os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão (DONIZETTI, 2015).

Destarte, conclui-se que a *ratio decidendi* é de suma importância, visto que é ela que irá vincular a decisão anterior a uma futura, sendo ela o elemento que deve ser analisado e aplicado em casos semelhantes posteriores.

2.1.2 *Obiter dictum*

A respeito do *obiter dictum*, verifica-se que são aquelas considerações jurídicas elaboradas pelo julgador que não estão relacionadas com o caso, por isso, consideradas desnecessárias para justificar a decisão proferida (SILVA, 2005). São pronunciamentos que se afastam do princípio justificador, por isso, não têm o efeito vinculante nas decisões posteriores, mas tão somente persuasivo (WAMBIER, 2009).

Entretanto, é importante ressaltar que a diferença entre *obiter dictum* e *ratio decidendi* pode ser difícil de traçar na prática, mas é fundamental para se fazer

entender como apenas por meio da referência direta aos fatos da causa é que se pode determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão, ou seja, a *ratio* que somente pode ter eficácia de precedente (TARUFFO, 2011).

Completa Daniel Mitidiero (2015) que aquilo que não se oferece como indispensável na solução da questão, não pode considerar-se integrante da *ratio decidendi*, e sim, cabendo na categoria do *obiter dictum*.

Segundo Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso, (2016), quando certo argumento não foi aprovado pela maioria da corte como justificativa para a solução dada a uma demanda, esses elementos não se prestam a compor a *ratio decidendi* e neste caso, não produzem efeitos vinculantes para julgados futuros.”

Conforme Marcus Vinícius Barreto Serra Júnior (2017) ao criar o precedente judicial, se está conferindo uma maior estabilidade e maior segurança das decisões, evitando que haja interpretações conflitantes.

2.2 HERMENÊUTICA JURÍDICA

A teoria dos precedentes judiciais pode ser um elemento de se evitar turbulências sociais causadas por contradições decisórias, pois, a decisão equilibrada entre efetividade e estabilidade, atinge seu alvo, resolvendo a controvérsia judicial e aperfeiçoando a interpretação do direito (DWORKIN, 2001)

As decisões judiciais devem alcançar uma posição de elemento racionalizador do direito, ou seja, os tribunais ao lidarem com princípios estabelecem os fundamentos para a hermenêutica do direito (LARENZ, 1985).

Nas palavras de Celso Bastos, a hermenêutica trata das regras jurídicas, de seu alcance e validade, investigando sua origem e seu desenvolvimento, preordenando-se a uma atividade ulterior de aplicação, existindo autonomamente do uso que depois se vai fazer delas. Ainda, afirma que a hermenêutica é a responsável pelo fornecimento de subsídios e de regramentos utilizados na atividade interpretativa.

Nas palavras de Carlos Maximiliano (2003), a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance da norma.

Renata Malta Vilas-Bôas (2003) afirma que a hermenêutica jurídica é uma ciência com um objeto específico, a sistematização e o estabelecimento das normas, regras e/ou processos que buscam tornar possível a interpretação e fixar o sentido e o alcance das normas jurídicas.

Segundo Reis Friede (2002) a hermenêutica é, por via de consequência, um processo dinâmico, vivo e cíclico, que alimenta, crescente e constantemente, os próprios métodos de interpretação, procedendo, em última instância, à sistematização dos processos aplicáveis para determinar, ao final, o sentido verdadeiro e o alcance real das expressões do Direito

A prática habitual de se decidir sobre o mesmo tema, eleva o nível da discussão jurídica e aprimora a solução aplicada sem que a decisão seja construída a partir do marco zero, ou seja, a decisão paradigma é o ponto de partida, mas não é a última palavra sobre o assunto. A construção argumentativa de um precedente, que é aplicado reiteradamente, petrifica e dá robustez à interpretação, de tal maneira que, para se derrubar um precedente posto e habitualmente aplicado, torna-se uma complexa tarefa hermenêutica. (FERRAZ JUNIOR, 2016,).

3 A TÉCNICA DE DISTINÇÃO DOS PRECEDENTES: DISTINGUISHING

O que justifica a aplicação de um entendimento anterior aos casos seguintes é o fato de estes serem efetivamente semelhantes àqueles em que o precedente se formou. Se forem diferentes, o precedente não incide e o juiz deve indicar o motivo da distinção (MELLO; BARROSO, 2016). Ou seja, as bases fáticas devem ser confrontadas, e para isto, utiliza-se a técnica da distinção (*distinguishing*), que veremos a seguir.

3.1 CONCEITO DE DISTINÇÃO

A distinção é um método de confronto dos precedentes pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma assim como é descrito por (TUCCI, 2004). Para Luiz Guilherme Marinoni (2016) o *distinguishing* revela as diferenças fáticas entre os casos ou a

demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso que está sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro não são os mesmos.

O *distinguishing*, possibilita que a parte venha a demonstrar que seu caso se diferencia dos precedentes ou de padrões decisórios da matéria nele tratada (NUNES; HORTA, 2015). Sendo assim, o que se destaca é a falta de coincidência entre os fatos do caso em análise e aqueles do caso que serviu de base para estabelecer a tese jurídica:

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 566; 567).

A técnica de distinção é de suma importância para o sistema, visto que a aplicação dos precedentes se dá por meio de associação ou distinção entre antigas e novas ações, e o que justifica essa aplicação é o fato dos casos serem efetivamente semelhantes. Na hipótese de serem diferentes, há de se fazer a distinção indicando o motivo (MELLO; BARROSO, 2016). Portanto, o sistema de precedentes possui uma maleabilidade em sua aplicação, em que a *ratio decidendi* poderá ser aplicada ou não em caso posterior, dependendo dos traços peculiares, aproximando ou afastando dos casos anteriores (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018).

Para a realização do *distinguishing*, o juiz deve argumentar para demonstrar que a distinção é material e justificar a não aplicação do precedente, não bastando apenas, apontar fatos que são diferentes (MARINONI, 2016). Consiste, portanto, numa forma de não aplicação do precedente em razão da particularidade do caso; ou seja, é possível afastar o precedente e o magistrado decidir de maneira diversa. Esse método possibilita à parte demonstrar que o caso em questão possui pontos relevantes, o que dá ensejo ao afastamento do precedente (FERRACINE, 2019).

É possível definir o *distinguishing* como é uma espécie de exceção à *ratio decidendi* de um precedente, em que primeiramente será analisado a semelhança entre as ações e posteriormente pode vir a demonstrar peculiaridades de fato ou

argumentos diferenciados que o levam a uma discussão distinta. Quatro elementos essenciais devem ser confrontados para avaliar as semelhanças dos casos, sendo estes: (i) os fatos relevantes; (ii) os valores e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; (iii) a questão de direito que suscitam; e (iv) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente (MELLO; BARROSO, 2016).

Nas palavras de Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira:

É preciso entender que, assim como o juiz precisa interpretar o texto legal para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*. Ao método de contraposição entre o caso concreto e o caso que ensejou o precedente dá-se o nome de distinção, *distinguishing* (ou *distinguish*), que deve ser realizado expressamente na fundamentação (DIDIER JUNIOR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 339)

Com a técnica da distinção, o jurista pode afastar ou aproximar o precedente do caso pretérito, seguindo um raciocínio por analogia ou diferenciação; ainda, tratando-se de um meio de flexibilização, pois permite o envolvimento ou mesmo a desvinculação do problema atual por meio das particularidades (BELMONTE, 2015).

Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente – se é a mesma questão ou semelhante, o precedente vai ser aplicado ao caso, agora se existirem questões não idênticas, será preciso distinguir o caso do precedente, recusando sua aplicação (MARINONI, 2015).

3.2 A RELAÇÃO ENTRE DISTINÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Os precedentes possuem aspectos que são basilares para sua utilização, ou seja, noções paradigmáticas que necessariamente devem ou deveriam acompanhar o raciocínio jurídico no julgamento. Desta forma, é preciso apresentar uma justificação autônoma e que seja própria do caso concreto, para que não se tenha apenas mera referência e não uma transcrição dos argumentos, tendo possibilidade de tornar a decisão nula (DIDIER JUNIOR *et al.*, 2016).

É importante a análise do artigo 489, §1º do CPC ao qual trata desta matéria, em seu inciso V aduz que o julgador não poderá “se limitar a invocar precedente ou

enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (BRASIL, 2015). Assim, segundo Fredie Didier Junior *et al.* (2016) este dispositivo é alvissareiro, isto pois introduz na dogmática brasileira o conceito do *ratio decidendi* quando se refere aos fundamentos determinantes, quando exige a identificação dos fundamentos que aplicam o precedente e dos fundamentos que originaram o enunciado da súmula.

O artigo 489, §1º do CPC em seus incisos V e VI, traz a necessidade de que a aplicação de determinado precedente seja realizada com a demonstração de que o entendimento neles consubstanciado se ajusta no caso concreto e também, a obrigatoriedade de fundamentação da não aplicação do precedente por ocasião de distinções que existem no caso concreto (NUNES; HORTA, 2015).

Se faz necessário compreender que o dever de fundamentação está vinculado a diversos princípios que pautam o exercício do poder jurisdicional. Destacam-se as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da busca da verdade material, permitindo assim que o Juiz forme o seu convencimento livremente, valorando os elementos de prova e dando a devida fundamentação (RODRIGUES, 2015).

A sentença que se limitar a invocar precedente ou súmula, sem a identificação dos fundamentos que foram determinantes, sua *ratio decidendi*, nem demonstrar que o caso que está sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, dá passo relevante no caminho para extinguir tal prática, sendo que este caminho, vem a passar de forma invariável pela utilização da técnica da distinção entre os casos (RODRIGUES; BARROS, 2017).

O § 1º do art. 489 indica as hipóteses em que qualquer decisão não é considerada como fundamentada, exigindo do julgador que individualize o caso julgado e a respectiva fundamentação conforme o que lhe foi apresentado (BUENO, 2016). Assim, a distinção deve ser realizada de forma cautelosa, e devidamente acompanhada de uma fundamentação, que seja consistente e voltada a demonstração das diferenças existentes dos suportes fáticos confrontados (DIDIER JUNIOR *et al.*, 2016).

Para a correta utilização da distinção, é necessário a identificação de fundamentos determinantes do caso-precedente e, posteriormente, realizar um juízo

de verificação sobre a pertinência da solução jurídica nele encontrada à moldura fática do caso em julgamento (DIDIER JUNIOR *et al.*, 2016).

A existência de distinção de um caso para justificar a não observância do precedente é um elemento inerente a uma verdadeira teoria dos precedentes a ser construída (BUENO, 2016).

3.3 APLICAÇÃO DA DISTINÇÃO EM CASOS CONCRETOS

A aplicação do *distinguishing* torna-se evidente quando o tribunal analisa o caso concreto e o caso paradigma e diante disso entende que não é cabível a aplicação do precedente. Assim podemos notar no julgado abaixo destacado, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 0300027-58.2017.8.24.0069:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA CUMULADA COM CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ABOLIÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 132 DO CPC/73. NOVO ORDENAMENTO PROCESSUAL QUE NÃO EXIGE A IDENTIDADE FÍSICA DO JULGADOR. ADEMAIS, PROCESSO EM QUE NÃO HOUE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO RÉU. INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 186 E 927, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL, E DO ARTIGO 14, 'CAPUT', DO CDC. DANO MORAL DECORRENTE DA INSCRIÇÃO INDEVIDA NO NOME DA AUTORA NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. OUTRAS NEGATIVAÇÕES TAMBÉM DESCONSTITUÍDAS POR SENTENÇAS PROLATADAS EM DEMANDAS AJUIZADAS CONTRA OS RESPECTIVOS CREDORES, O QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 385 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OPERACIONALIZAÇÃO DA TÉCNICA DE 'DISTINGUISHING' INDISPENSÁVEL NO CASO CONCRETO. DANO MORAL CARACTERIZADO 'IN RE IPSA'. DEVER DE INDENIZAR INAFASTÁVEL E NECESSIDADE DE CANCELAMENTO DEFINITIVO DA NEGATIVAÇÃO. QUANTO INDENIZATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE PARÂMETROS LEGAIS OBJETIVOS PARA FIXAÇÃO. PONDERAÇÃO DO CARÁTER REPARATÓRIO, EDUCATIVO E PUNITIVO, ATENTANDO-SE PARA AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. AINDA, DEVER DE OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E DA PREVENÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO OFENDIDO. 'A fixação do quantum devido a título de indenização pelo abalo moral sofrido, deflui do prudente arbítrio do julgador, ao examinar determinadas circunstâncias relevantes existentes nos autos, não podendo ser fixado em cifras extremamente elevadas, que importem enriquecimento sem causa por parte do lesado, nem ser irrisório, a ponto de não servir de inibição ao lesante' (AC n. 2002.009481-7, de Lages, rel. Des.

Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 17/06/2004). REDISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (SANTA CATARINA, 2017).

Inicialmente, tratava-se de uma ação com cunho indenizatório em que o autor visava a retirada da restrição de seu nome dos cadastros de inadimplentes e a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais (SANTA CATARINA, 2017).

O réu seguiu apresentando contestação com suas teses defensivas, demonstrando os dados apresentados no órgão de proteção de crédito e destacando que havia anotações cadastrais restritivas junto a outras instituições financeiras. Alegou também que seus serviços prestados não continham vícios e que não se configurou o dano moral visto que não ocorreu prática de ato ilícito (SANTA CATARINA, 2017).

O Magistrado de primeiro grau, julgou improcedente o pedido de dano moral, aplicando a Súmula nº 385, isso pois, foi ponderado na sentença que autor da ação possui 03 (três) outras negativações por débitos anteriores tendo esta circunstância o condão de elidir o abalo moral (SANTA CATARINA, 2017).

Inconformada, a parte autora interpôs o recurso de apelação com base, entre outros argumentos, no fato de que as negativações citadas também eram indevidas, pois se tratava de fraudes causadas por terceiro, utilizando certamente de documentos falsificados. Em seu entendimento todo esse acontecido causou transtornos e frustrações e que isso restou provado, sendo necessário a reparação pelos danos morais (SANTA CATARINA, 2017).

Ao analisar o caso, o Desembargador Relator, por sua vez, utilizou a hermenêutica jurídica, reconhecendo situação fática distinta do caso, aplicando o *distinguishing* para diferenciar o caso em comento da situação prevista na Súmula 385 do STJ, fundamentando conforme segue:

Logo, transitaram em julgado as questões relativas aos débitos que deram origem às três inscrições nos cadastros de inadimplentes, declarados inexistentes, razão pela qual não é possível aplicar, no presente caso, o enunciado nº 385 da súmula da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça para afastar a indenização por danos morais por se tratar de situação fática distinta (*distinguishing*), visto que não preexistem legítimas inscrições. Súmula 385: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando

preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento (SANTA CATARINA, 2017).

Desta forma, nota-se que a Súmula não foi aplicada ao caso pois existem peculiaridades que tornam o caso julgado distinto do caso paradigma, ou seja, do caso que veio a ensejar a Súmula nº 385 do Superior Tribunal de Justiça. Assim, foi manifesto o dever de indenizar por parte da ré, em virtude de comprovação da inscrição indevida.

Conforme indicado, é necessária uma fundamentação adequada para que não seja aplicado o precedente, assim podemos notar no julgado do Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1862077 DF, abaixo destacado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO ASSOCIATIVO. FINALIDADE DE AFASTAR COBRANÇA DE 'TAXAS CONDOMINIAIS' POR ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO (DISTINGUISHING). SIMILITUDE ENTRE A HIPÓTESE DOS AUTOS E A QUESTÃO DECIDIDA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE PAGAMENTO DAS TAXAS DE MANUTENÇÃO POR QUEM NÃO É ASSOCIADO OU A ELA NÃO ANUIU. 1. Ação declaratória de inexistência de vínculo associativo com a finalidade de afastar a cobrança de 'taxas condominiais' por associação de moradores. 2. Aplicabilidade do precedente firmado em sede de recurso especial repetitivo (REsp 1.280.871/SP, 2ª Seção, DJe 22/05/2015) à hipótese dos autos, por meio da aplicação da técnica da distinção (distinguishing). 3. As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram. Precedente julgado sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 882). 4. Agravo interno no recurso especial não provido (STJ - AgInt no REsp: 1862077 DF 2020/0036951-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 29/06/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2020) (BRASIL, 2020).

Trata-se de declaratória de inexistência de vínculo associativo, ajuizada pela parte com a finalidade de afastar a cobrança de "taxas condominiais" criadas por associação de moradores. A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido, decisão mantida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Assim, foi interposto Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020).

Ocorre que o tema já foi apreciado pelo STJ na sistemática de Recurso Especial Repetitivo, em que foi firmada tese no sentido de que as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados

ou que a elas não anuíram. Sendo assim, o Recurso Especial foi conhecido e provido por decisão monocrática da relatora, Ministra Nancy Andrighi, para adequar a decisão a jurisprudência do STJ, definindo pela não obrigatoriedade de pagamento das referidas taxas (BRASIL, 2020).

A parte vencida, inconformada, interpôs Agravo Interno, alegando a distinção entre o caso concreto em julgamento e o caso em que foi firmada a tese em recursos repetitivos (tema 882).

Destarte, no julgamento do Agravo Interno, foi analisada a possível distinção, para afastar a aplicação do precedente firmado no julgamento de casos repetitivos, contudo, decidiu-se pela inexistência de argumentos suficientes para a distinção:

Foi entendido que a situação submetida a julgamento no bojo do recurso, ressalta-se que o agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de demonstrar, de forma consistente, que o precedente indicado não se aplica à hipótese dos autos ou foi superado. Ademais, trata-se de entendimento firmado em sede de recurso repetitivo que não foi alterado, mantendo sua aplicabilidade (BRASIL, 2020).

Desta forma, foi mantida a decisão proferida no Recurso Especial, sem a necessidade de reforma, posto que não foi apresentado argumentos e/ou fundamentos suficientes para demonstrar a distinção ou superação do precedente que está sendo aplicado.

Portanto, denota-se que a técnica de distinção torna-se realmente funcional quanto a essa questão, pois eleva a hermenêutica jurídica buscando uma fundamentação mais completa nas decisões, sem que sobre lacunas para serem preenchidas com argumentos diversos. Assim, segue o ordenamento jurídico de forma a manter a justiça em seu verdadeiro significado e essência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o trabalho, estudamos as bases para a aplicação de um precedente judicial, de maneira que, após sua compreensão chegamos a técnica de distinção, demonstrando a sua importância no ordenamento jurídico, em complemento, analisamos casos concretos para que fique claro a real importância de uma

fundamentação completa e sem lacunas para só então decidir se um precedente deve ou não ser aceito.

Ainda, foi observado o quão necessário é a interpretação no meio jurídico, os precedentes judiciais e a técnica utilizada para a recusa de sua aplicação são subordinados a uma interpretação de maior complexidade e que eleva o pensamento de forma a evitar os entendimentos errôneos.

Visto que as interpretações e as aplicações de precedentes podem ocorrer de forma incorreta, o Código de Processo Civil, necessita de um controle dos precedentes, assim trazendo o *distinguishing* como ferramenta para concretizar este objetivo. Para isto, o *distinguishing* possui duas importantes funções, a primeira que consiste no efeito de manter a aplicação no caso concreto sob aspecto de entendimentos já pacificados, e a segunda, esteia-se em afastar os efeitos dos precedentes do caso paradigma ao caso que está sendo analisado.

Assim se mostra a verdadeira importância da técnica de confronto aos precedentes, o *distinguishing* emerge-se como um importante controle, impossibilitando a incorreta aplicação dos precedentes, viabilizando a segurança jurídica e impedindo a fragilização de nosso respectivo sistema legal.

Percebe-se então, que somente a aplicação dos precedentes, fundado em entendimentos anteriores como forma de paradigma, tão somente este, sem qualquer controle que vise manter o real objetivo de sua serventia, estaria em desarmonia com os preceitos de justiça.

Em aspectos gerais, é indeclinável a utilização do *distinguishing* como contenção de um precedente, para que o livre convencimento seja efetivamente motivado.

Por fim, o *distinguishing* é fundamental para a aplicabilidade ou inaplicabilidade de um precedente, podendo originar-se de sua utilização, uma nova *ratio decidendi* com sentido mais amplo ou restringir-se conforme a situação exposta. Valendo-se da incidência de um precedente ou não com base em similitudes fáticas entre casos, o *distinguishing* carrega importante característica de superação, visando a prevalência de uma justiça segura e não deixando que esta, torne-se frágil. Busca-se então, por um método de distinção, a direção ao sistema de precedentes, para que sua aplicabilidade seja realmente adequada, funcional e eficaz.

REFERÊNCIAS

- ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil brasileiro**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Celso Bastos, Editor, 2002.
- BELMONTE, Alexandre Agra. **A nova lei de recursos trabalhistas**: Lei n. 13.015/2014. São Paulo: LTr, 2015.
- BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 13 julho 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no recurso especial**: agint no resp 1862077 df 2020/0036951-0, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29 jun. 2020.
- BUENO, Cassio. **Novo código de processo civil anotado**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 13. ed. Salvador: Juspodium, 2018. 2. v.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. **Coleção novo CPC Doutrina selecionada**: procedimento comum. 2 ed. Salvador Juspodivm, 2016.
- DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. **Revista Direito UNIFACS Debate Virtual**, n. 175, 2015. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>. Acesso em: 22 out, 2019.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Trad. Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRACINE, Renato Augusto. **Os sistemas de precedentes**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/os-sistemas-de-precedentes/#:~:text=O%20distinguishing%20%C3%A9%20uma%20t%C3%A9cnica,magistrado%20decidir%20de%20maneira%20diversa>. Acesso em: 18 jul. 2020

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 154.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de la ética jurídica. Tradução de Luiz Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MACÊDO, Lucas Buriel. Afinal, o que é um precedente? **Justificando**: mentes inquietas pensam direito. 15 maio 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/05/15/afinal-o-que-e-um-precedente-2/>. Acesso em: 22 set. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo código de processo civil comentado**. 1.ed. São Paulo: RT, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes**: justificativa no novo CPC. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, v. 15, n. 03, 23 set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854>. Acesso em: 22 out, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). **Precedentes judiciais no NCP**. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015

OLIVEIRA, Lauro Laertes de. **Do dispositivo da sentença e acórdão**. Disponível em: http://www.fagundes Cunha.org.br/amapar/revista/artigos/artigo_lauro_laertes.doc. Acesso em: 17 jul. 2020.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A força das decisões judiciais. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 38, n. 216, p. 13-34, fev. 2013.

RODRIGUES, Raphael Silva. O novo código de processo civil e a exigência de fundamentação das decisões. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 153, p. 128-136, dez. 2015.

RODRIGUES, Raphael Silva; DE BARROS, Henrique Rodrigues. **O dever de fundamentação das decisões judiciais como mecanismo de *distinguishing* na lei nº 13.105/2015**. 20 fev. 2017. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/o-dever-de-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-como-mecanismo-de-distinguishing-na-lei-no-13-1052015-2/>. Acesso em: 3 jul, 2020

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 0300027-58.2017.8.24.0069**, de Sombrio, Relator Des. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, julgamento: 09 jun 2020.

SERRA JUNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p131.pdf. Acesso em: 4 nov. 2019.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, n. 199, v. 36, p. 139-155, set. 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Hermenêutica e interpretação jurídica: hermenêutica constitucional**. Brasília: Fundação Universa, 2003

Artigo recebido em: 20/10/2020

Artigo aceito em: 17/12/2020

Artigo publicado em: 31/08/2021