

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

WESLEY FRANCO RAMOS BARGUENA

A técnica da distinção no sistema de precedentes brasileiro: uma análise empírica de sua aplicação a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

RIBEIRÃO PRETO

2023

WESLEY FRANCO RAMOS BARGUENA

A técnica da distinção no sistema de precedentes brasileiro: uma análise empírica de sua aplicação a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Versão corrigida

A versão original se encontra disponível na FDRP

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Camilo Zufelato

Coorientador: Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni

RIBEIRÃO PRETO

2023

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP, gerada
automaticamente com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Ramos Barguena, Wesley Franco
RB251t A técnica da distinção no sistema de precedentes brasileiro:
uma análise empírica de sua aplicação a partir da
jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo /
Wesley Franco Ramos Barguena; orientador Camilo Zufelato;
co-orientador Fernando Da Fonseca Gajardoni . -- Ribeirão
Preto, 2023. 126 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade
de São Paulo, 2023.

1. PRECEDENTE JUDICIAL . 2. ACESSO À JUSTIÇA. 3.
TÉCNICA DA DISTINÇÃO . 4. PESQUISA EMPÍRICA . 5.
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. I. Zufelato, Camilo,
orient. II. Gajardoni , Fernando Da Fonseca, co-orient. III. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: BARGUENA, Wesley Franco Ramos

Título: A técnica da distinção no sistema de precedentes brasileiro: uma análise empírica de sua aplicação a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências – Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca examinadora:

Prof. Dr.....Instituição:.....

JulgamentoAssinatura:.....

Prof. Dr.....Instituição:.....

JulgamentoAssinatura:.....

Prof. Dr.....Instituição:.....

JulgamentoAssinatura:.....

Ribeirão Preto, ____ de _____ de 2023.

Aos meus pais, aos quais tudo devo e que jamais conseguirei retribuir na mesma intensidade, dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Uma pesquisa não se realiza individualmente. Apesar de ser o autor, tenho consciência de que não cheguei aqui sozinho, mas sou fruto de um esforço coletivo. Por isso, mencionarei brevemente as pessoas que são parte principal desse esforço.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer aos meus orientadores, o Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni e o Prof. Dr. Camilo Zufelato, pela orientação cuidadosa, conselhos e encorajamento durante todo o processo de pesquisa. Sua vasta experiência e conhecimento foram inestimáveis para o sucesso deste projeto.

Agradeço também aos membros da banca avaliadora, por dedicarem seu tempo e expertise para revisar e avaliar esta dissertação. Suas críticas construtivas e sugestões foram fundamentais para melhorar a qualidade deste trabalho.

Agradeço também aos funcionários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP, em especial à secretaria acadêmica, pelo suporte e assistência em todas as etapas deste processo. Suas habilidades organizacionais e disposição em ajudar foram fundamentais para superar os obstáculos burocráticos.

Agradeço aos meus amigos, que foram fonte constante de inspiração, apoio e troca de conhecimentos. Suas críticas construtivas e sugestões ajudaram-me a melhorar este trabalho.

Por fim, gostaria de agradecer à minha família, especialmente aos meus pais, por todo o amor, encorajamento e apoio que me deram. Seu apoio incondicional foi a força motriz que me levou a concluir mais uma etapa da minha jornada acadêmica

Meu mais sincero obrigado a todos...

Podemos fazer somente o que podemos: no entanto, temos que fazer, mesmo contra todas as dificuldades.

Isaiah Berlin

RESUMO

Título: A técnica da distinção no sistema de precedentes brasileiro: uma análise empírica de sua aplicação a partir da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2023. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2023.

A presente dissertação insere-se em uma linha de pesquisa que tem como um dos seus arcos o estudo do sistema normativo de precedentes judiciais em desenvolvimento no Brasil. Mais especificamente, o escopo desta investigação é analisar o papel desempenhado pela técnica da distinção em um sistema de precedentes, com foco principalmente no modelo brasileiro ainda em construção. Além da preocupação em revisar a literatura sobre o tema, a pesquisa também tem como objetivo investigar empiricamente como os julgadores estão empregando essa técnica ao afastar a aplicação de um precedente judicial sob um caso em julgamento. Para isso, foi construída uma amostragem com base em decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que utilizaram a técnica da distinção para afastar a aplicação de um precedente judicial. As decisões selecionadas foram analisadas qualitativamente, com base no referencial teórico apresentado previamente e em diálogo com a recomendação nº 134/2022 do CNJ, que visa instituir boas práticas na formação e aplicação dos precedentes judiciais. Dessa forma, por meio de uma abordagem que combina teoria e prática, propôs-se analisar como a técnica está sendo empregada e quais são os reflexos dessa aplicação para o desenvolvimento do sistema de precedentes brasileiro, especialmente no contexto da redução de litígios repetitivos e de ampliação do acesso à justiça.

Palavras-chave: Precedente Judicial; Acesso à Justiça; Técnica da distinção; Pesquisa Empírica; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

Title: The technique of distinction in the Brazilian precedent system: an empirical analysis of its application based on the case law of the Court of Justice of the State of São Paulo. 2023. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2023.

The present dissertation is part of a research line that includes the study of the normative system of judicial precedents under development in Brazil. More specifically, the scope of this investigation is to analyze the role played by the technique of distinction in a system of precedents, focusing mainly on the Brazilian model still under construction. In addition to reviewing the literature on the subject, the research also aims to empirically investigate how judges are employing this technique to depart from the application of a judicial precedent in a case under consideration. To achieve this, a sample was constructed based on decisions from the Court of Justice of the State of São Paulo that used the technique of distinction to depart from the application of a judicial precedent. The selected decisions were qualitatively analyzed, based on the previously presented theoretical framework and in dialogue with Recommendation No. 134/2022 of the National Council of Justice (CNJ), which seeks to establish best practices in the formation and application of judicial precedents. Therefore, through an approach that combines theory and practice, it was proposed to analyze how the technique is being employed and what the consequences of its application are for the development of the Brazilian system of precedents, especially in the context of reducing repetitive litigation and expanding access to justice.

Keywords: Judicial Precedent; Access to Justice; Technique of distinction; Empirical Research; Democratic State of Law.

LISTA DE ABREVIACÕES

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CPC/73 – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil de 1973

IAC – Incidente de Assunção de Competência

IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual

INSS – Instituto Nacional de Seguro Social

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Resp. – Recurso Especial

RR – Recurso Repetitivo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRF – Tribunal de Justiça Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
I. O SISTEMA NORMATIVO DE PRECEDENTES BRASILEIRO.....	16
1.1. Premissas conceituais.....	16
1.1.1. O desenvolvimento do <i>common law</i>	17
1.1.2. A doutrina do <i>stare decisis</i>	21
1.1.3. Precedente Judicial.....	25
1.1.3.1. A estrutura do precedente.....	28
1.1.3.2. Propostas de identificação da <i>ratio decidendi</i>	29
1.1.3.3. Técnicas de operacionalização de precedentes.....	32
1.2. O sistema de precedentes brasileiro.....	35
1.2.1. A força vinculante dos precedentes no Brasil.....	44
II. O RACIOCÍNIO JURÍDICO NA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO....	55
2.1. Considerações iniciais.....	55
2.2. A aplicação da técnica da distinção.....	56
2.2.1. A comparação entre casos e o uso do silogismo na aplicação de precedentes.....	57
2.3. A mutação do âmbito de incidência do precedente pelo uso da técnica da distinção.....	63
2.3.1. Distinção restritiva.....	66
2.3.2. Distinção ampliativa.....	67
2.4. Distinção enquanto técnica de desenvolvimento do sistema de precedentes.....	72
2.5. Distinção inconsistente.....	80
III. ANÁLISE EMPÍRICA DA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO.....	85
3.1. Notas metodológicas.....	85
3.2. Descrição dos casos selecionados.....	92
3.3. Análise geral dos casos descritos.....	106
CONCLUSÃO.....	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	116
APÊNDICE.....	126

INTRODUÇÃO

O sistema de justiça brasileiro costumeiramente é alvo de diversas críticas, especialmente quanto à sua lentidão, alto custo e imprevisibilidade. As demandas processuais levam anos para serem julgadas pelos tribunais superiores, o que resulta em um sistema lento e ineficiente. Além disso, litigar é muito custoso, o que pode ser um problema para as partes envolvidas, mas também uma preocupação para os cofres públicos, que precisam arcar com os custos processuais, especialmente quando os litigantes são hipossuficientes. Por fim, a imprevisibilidade é um problema crônico, fomentado pela existência de múltiplas decisões contraditórias sobre o mesmo tema gerando insegurança jurídica e tornando o sistema imprevisível.

Para corrigir essas vicissitudes, a principal resposta nas últimas décadas tem sido a expansão do número de pronunciamentos jurisdicionais que vinculam julgadores para que decidam no mesmo sentido das teses fixadas pelos tribunais superiores. Acredita-se que, dessa forma, é possível diminuir a insegurança jurídica e, como reflexo, obter maior celeridade e economia processual diante de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, baseando-se na autoridade dos precedentes judiciais.

Embora a incorporação dos precedentes e outros institutos originários do sistema do *common law* não seja recente na tradição jurídica brasileira, ainda pairam muitas dúvidas a respeito de como esses mecanismos devem ser operacionalizados e interpretados. Há uma preocupação por parte da doutrina de que essas teses fixadas pelos tribunais superiores sejam aplicadas de forma mecânica pelos juízes e os demais tribunais, sem que ocorra uma análise prévia das peculiaridades e singularidades de cada caso. Essa situação que poderia comprometer o acesso à justiça preocupa parcela da comunidade jurídica, visto que seria mais uma barreira a ser enfrentada pelos jurisdicionados.

Por outro lado, instituições como o Conselho Nacional da Justiça empenham-se em garantir que os precedentes judiciais conservem a sua autoridade. Para isso, recomendam que as distinções para o afastamento dos precedentes não sejam praticadas sem critérios, apenas como subterfúgio para escapar da aplicação dos padrões decisórios. A principal preocupação é garantir que os precedentes cumpram a sua função de manter a jurisprudência coesa e as decisões previsíveis, sem que haja grandes surpresas para aqueles que buscam o sistema de justiça.

Nessa relação entre afastar a aplicação do precedente ou manter sua autoridade sobre os futuros julgadores, a técnica da distinção assume grande importância como ponto de equilíbrio.

Isso ocorre porque a técnica do *distinguishing* permite afastar a incidência de um precedente judicial ao mesmo tempo que mantém a sua autoridade para vincular os demais casos futuros. Por meio de uma aplicação adequada, o julgador reafirma a autoridade do precedente, mas sinaliza que o caso em julgamento se distingue do paradigma fornecido, tornando-se um caso único e singular.

Nesse cenário, a referida técnica possui enquanto objetivo garantir um tratamento isonômico para casos que se diferenciam dos padrões estabelecidos pela corte, permitindo que as partes destaquem as diferenças do seu caso em relação ao caso paradigma que pretende ser aplicado. No entanto, em paralelo, possibilita que os julgadores subsequentes aperfeiçoem e delimitem o âmbito de incidência dessas teses, contribuindo qualitativamente para o sistema precedentalista, na medida que os precedentes passam por um processo de amadurecimento de suas razões.¹

Desse modo, a aplicação da técnica da distinção atua como ferramenta de abertura para um sistema de precedentes fechado, permitindo que as teses jurídicas se desenvolvam à medida que os julgadores subsequentes reinterpretam a *ratio decidendi* dos tribunais superiores. Nessa relação aparentemente paradoxal, os precedentes conservam a sua autoridade, vinculando os futuros julgadores, ao mesmo tempo em que a técnica da distinção garante um tratamento isonômico para casos distintos, oferecendo flexibilidade para evitar o engessamento da jurisprudência.

Diante dessas considerações teóricas, é nesse quadro que a presente pesquisa trafega, pretendendo, em linha gerais, compreender o papel da técnica da distinção quando inserida no sistema de precedentes brasileiro e analisar a maneira como vem sendo empregada no momento de determinar o afastamento de um precedente judicial. Destaca-se que a pesquisa não tem como objetivo afirmar qual seria a melhor forma de aplicar a referida técnica, mas concentra-se, na realidade, em descrever as suas possibilidades e limitações, ao mesmo tempo que analisa, à luz desses parâmetros, a forma como tem sido empregada pelos julgadores brasileiros.

Diante dessa problemática e para atender aos seus objetivos, a presente pesquisa teve a sua estrutura dividida em três capítulos, cada um deles com objetivos distintos, mas que se complementam para atingir a sua finalidade central. O primeiro deles parte da premissa que não seria possível, ou ao menos incompleto, compreender um determinado instituto jurídico, sem que antes seja realizado uma avaliação do sistema ao qual ele pertence - assim como a engrenagem de uma máquina que, para ser compreendida, necessita que antes se compreenda a

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. pp. 178-181.

função da máquina na qual ela está inserida. Por isso, promove-se uma breve incursão descritiva sobre o desenvolvimento do sistema normativo de precedentes brasileiro e suas particularidades em relação ao modelo originário do *common law*. Na oportunidade, é realizada uma revisão teórica, destacando os principais argumentos presentes na doutrina a respeito do tema.

Considerando que se trata de um tema de bastante dissenso, essa primeira parte permitiu analisar o estado da arte a respeito das principais críticas sobre a aplicação de precedentes no Brasil e os *modos* de interpretação de suas teses. Dessa forma, foi possível obter aportes teóricos que auxiliaram na seleção e análise crítica dos dados que são coletados na fase final dessa pesquisa, propiciando a construção de um diálogo entre a parte teórica com a investigação empírica.

No capítulo seguinte, a pesquisa aprofunda-se no seu objeto de estudo, realizando uma revisão bibliográfica para descrever a técnica da distinção e suas principais formas de aplicação. Durante esse capítulo, por meio de uma pesquisa exploratória, a referida técnica é apresentada, bem como as suas principais formas de manifestação. No decorrer do capítulo é destacado a importância da técnica para oxigenação do sistema de precedentes brasileiros, permitindo que os juízes e o tribunal prolator dá tese vinculante colaborem mutuamente para o bom desenvolvimento das teses vinculantes e corrijam eventuais equívocos cometidos durante a formação do precedente.

Destaca-se que os diferentes modos de emprego da técnica descritos ao longo do capítulo segundo têm o propósito de aprofundar os estudos a respeito de suas possibilidades e não necessariamente uma defesa de como deve ser realizado o seu manejo. Essa observação é importante para delimitar o propósito dessa pesquisa, que possui uma pretensão mais descritiva do que propriamente a criação de um discurso prescritivo normativo. Nesse capítulo, portanto, tem-se por escopo realizar uma descrição do seu objeto do estudo, sem desconsiderar os referenciais teóricos trabalhados no capítulo anterior, inclusive relacionando-os, na medida do possível, com as correntes de pensamento descritas anteriormente.

Como forma de abordagem, optou-se por realizar tanto ao longo dos dois primeiros capítulos, uma interseção do referencial teórico com a recomendação do CNJ nº 134/2022, que dispõe a respeito do tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Trata-se de uma resolução com 50 artigos que visa trazer uma séria de recomendações para os operadores do Direito de como elaborar e aplicar as teses de natureza vinculante. O objetivo foi criar uma zona de interpretação entre a doutrina e as expectativas do Conselho Nacional de Justiça sobre a aplicação dos precedentes. Assim, a recomendação do CNJ trouxe orientações práticas e específicas sobre a aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, ao mesmo

tempo que a interseção com o referencial teórico permitiu identificar as lacunas e os desafios da aplicação dos precedentes no Brasil. Dessa forma, foi possível realizar recomendações para aprimorar o uso da técnica.

O terceiro e último capítulo se concentra em realizar uma pesquisa empírica de cunho qualitativo, tendo como base a análise de decisões judiciais proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e que utilizaram a técnica da distinção para determinar o afastamento de um precedente judicial. Nessa parte final, o seu propósito é descrever e analisar algumas das razões que levam os julgadores a afastarem a aplicação de um precedente no momento que comparam o caso paradigma com o caso em julgamento. Esse capítulo final, portanto, possui uma abordagem menos normativa e mais pragmática, ocupando-se em descobrir e descrever como é, em vez de como deveria ser, o raciocínio desenvolvido pelos julgadores no momento de afastar os precedentes judiciais pelo uso da técnica da distinção.

Para atender essa premissa, amparando-se em critérios objetivos durante a seleção de casos, foi construída uma amostra diversificada e representativa do uso da técnica pelos julgadores, de modo que fosse possível, a partir de sua interpretação, produzir inferências e reflexões de como tem sido aplicado o *distinguishing*. As decisões analisadas nessa fase final da pesquisa tiveram como suporte o referencial teórico desenvolvido ao longo dos capítulos anteriores, permitindo uma relação entre teoria e prática. Os resultados podem ser visualizados na parte final do terceiro capítulo.

Em conclusão, com a exposição do contexto em que a presente pesquisa trafega e delineado os seus objetos e a suas premissas metodológicas, espera-se ao longo deste trabalho contribuir com respostas para as angústias que motivaram a sua investigação, ao mesmo tempo em que há a expectativa de que as suas conclusões possam, de alguma forma, contribuir para o aperfeiçoamento do sistema de precedentes que vem sendo desenvolvido no Brasil, além de auxiliar nos estudos a respeito do tema.

CAPÍTULO I. O SISTEMA NORMATIVO DE PRECEDENTES BRASILEIRO

1.1. Premissas Conceituais

Realizar uma investigação científica demanda necessariamente que se eleja um objeto de estudo a ser investigado, cabendo ao pesquisador apurar os estudos predecessores a respeito do tema que o guiarão durante a sua pesquisa.² Como descrito na introdução, a presente pesquisa se propõe a realizar um estudo a respeito da maneira como os julgadores vem operacionalizando a técnica do *distinguishing* no momento de afastar a aplicação de um precedente judicial. Seu objeto de estudo, portanto, é a técnica da distinção, não isolada em uma perspectiva puramente dogmática, mas sim a maneira que vem sendo empregada, por meio de uma visão mais pragmática. Dessa postura decorre sua natureza empírica.

Essa constatação inicial é importante para delimitação do seu objeto e esclarecer algumas das opções metodológicas. Isso porque, embora a pesquisa apresente uma natureza precipuamente empírica, a análise dos dados coletados deve ser guiada por um arcabouço teórico previamente estabelecido, que possibilite ao pesquisador a construção coerente do pensamento científico acerca do objeto de estudo. Diante disso, a presente investigação inicia descrevendo os principais conceitos que serão trabalhados durante o seu desenvolvimento. Essa postura possibilita evitar imprecisões terminológicas ou poluições semânticas que podem surgir durante o percurso adotado e, ao mesmo tempo, permite destacar as particularidades do sistema precedentalista brasileiro.

Nesse sentido, à medida que são descritos os principais conceitos, também se empenha em apresentar o estado da arte, descrevendo as principais correntes doutrinárias a respeito da incorporação de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e seus pontos de divergência sobre a sua aplicação. Essa construção teórica inicial permite estabelecer determinadas categorias de análise que serão utilizadas durante a coletado dos dados e sua investigação, bem como propiciar que os resultados obtidos dialoguem acerca da aplicação da técnica do *distinguishing* no sistema de precedentes brasileiros, a partir de suas possibilidades e limitações.

² GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª edição. São Paulo, Editora Atlas, 2022, p. 54.

1.1.1. O desenvolvimento do *common law*

Neste primeiro momento, embora o estudo de tradições jurídicas seja próprio de outros ramos do Direito e ultrapasse as pretensões desse trabalho, consideramos importante uma breve descrição da origem de alguns dos institutos aqui trabalhados, uma vez que necessitam ser contextualizados historicamente para serem melhor definidos. Adverte-se que a presente pesquisa não possui cunho metodológico de Direito Comparado, mas compreende como necessário, nesse primeiro momento, um olhar retrospectivo.

Em harmonia com esse posicionamento, destaca-se a origem do *common law* como marco inicial dessa exploração. Do ponto de vista histórico, sua formação inicia-se no ano de 1066, quando Guilherme de Normandia conquista a região onde hoje está localizada a Inglaterra. Essa região, antes de sua chegada, era povoada por grupos muito heterogêneos que possuíam diferentes línguas e costumes. A primeira tarefa, portanto, seria unificar esses diferentes povos a fim de centralizar o poder e o comando.³

Assim, surge a necessidade do desenvolvimento de um sistema justiça para a resolução dos conflitos desse novo reino. Inicialmente, a competência era compartilhada entre as cortes feudais e a justiça real. Entretanto, embora os assuntos de maior importância tivessem sido reservados para a justiça real, esse primeiro modelo de distribuição de justiça mostrou-se pouco eficaz em decorrência da grande insegurança jurídica provocada pela existência de diversas competências e uma multiplicidade de costumes da região.⁴ Situação que obrigou a justiça real a iniciar um processo de expansão da sua competência para abrigar a matéria que estava reservada às cortes feudais.⁵

Houve, então, um processo de centralização de todo o poder nas mãos do rei, que o exercia como ferramenta de poder e dominação sobre os seus súditos.⁶ Embora concentrasse toda essa autoridade, a justiça real era incapaz de criar um Direito uno e escrito, da mesma forma que aquele aplicado nos países de *civil law*. Dentre as razões que dificultavam a promoção desse Direito, estava o fato de a região apresentar uma multiplicidade de línguas e

³ VAN CREVELD, Martin L. **Ascensão e declínio do Estado**. Martins Fontes, 2004, p. 106.

⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Martins Fontes, 1998. p. 286.

⁵ MACEDO, Lucas Buriel de. **Precedentes jurídicos e o direito processual civil**. 3ª edição revisada, atual. e ampliada. Salvador: Editora juspodivm, 2019. p. 49.

⁶ GLENN, Patrick H. **Legal traditions of the world**. 4 th. ed. New York: Oxford University Press, 2010. pp. 238-239.

inúmeras crenças religiosas, impedindo a criação de leis escritas que se legitimassem em decorrência de uma vontade divina.⁷

Diante dessa situação, a coroa teve que se adaptar para criar um Direito uno e legítimo que pudesse governar os diferentes povos sem o risco de insurreições. Para atender essas necessidades, a forma encontrada foi pautar-se por um Direito consuetudinário, já sedimentado naquela sociedade em decorrência de sua tradição.⁸ É nesse contexto que se inicia um processo de criação de um sistema jurídico peculiar na época, diferente dos códigos que estavam começando a surgir no restante da Europa. A localização afastada também é outro aspecto que permitiu o desenvolvimento desse modelo sem grandes influências dos demais impérios em formação.

O termo *common law* surge nesse quadro em menção a um direito comum para todos os cidadãos do reino. Seu sucesso se deve, em parte, à capacidade da coroa de distribuir justiça até os lugares mais longínquos do reino, por meio de um grupo de juízes itinerantes responsáveis pela aplicação dessas regras.⁹ Além disso, outro ponto que justifica o seu sucesso é a capacidade de execução dos comandos proferidos pelos magistrados, que dispunham de uma espécie de delegado para cumprir as suas determinações.¹⁰

Entre as características desse modelo inglês está a sua natureza predominantemente processual. Isso se deve ao fato de que se baseava em autorizações que a corte real emitia para permitir que os tribunais julgassem um determinado litígio. Essa autorização (*writ*) descrevia um procedimento que deveria ser adotado para a resolução do conflito, cabendo aos tribunais seguir esse comando.¹¹

Dessa forma, o rei monopolizava em suas mãos a justiça, ao mesmo tempo que forçava a criação de um Direito uno por meio dos *writs*, uma vez que, sem a presença de normas de

⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o direito processual civil**. 3ª edição revisada, atual. e ampliada. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 49.

⁸ Emprega-se o termo tradição no sentido gadameriano. Para Hans-George Gadamer, a tradição é essencialmente conservação, sujeita às mudanças da história e do tempo. O filósofo reconhece que aquilo que é transmitido pela tradição possui validade ainda que desprovida de fundamentação. Estamos sempre inseridos em uma tradição, independentemente de querermos ou não, e, por consequência, aquilo que é construído no interior de uma cultura possui autoridade, ainda que não haja fundamentação racional para considerá-lo verdadeiro. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, pp. 372-374.

⁹ Na atualidade, ao contrário do período narrado, existem diversas leis de Direito Material no *common law*. Contudo, naquele período prevalecia um Direito voltado exclusivamente para regras processuais para solução de litígios. Devido a isso, historiadores apontam que naquele modelo se dava mais valor à solução dos processos do que propriamente dos litígios.

¹⁰ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2013., p. 243.

¹¹ NUNES, Dierle; Viana, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes – a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro; Ed, Forense, 2017. p. 46.

Direito material, cabia à sociedade a sua criação pelos costumes. Nesse sentido, os *writs* foram uma construção original do *common law* que o diferenciava dos demais sistemas.¹²

Nesse cenário, cabia aos juízes garantir que o procedimento fosse seguido como se previa no *writ*. Como as regras previstas eram apenas de natureza processual, o sistema do *common law* se desenvolveu carente de regras de Direito material (pelo menos ausente de regras escritas como no *civil law*).¹³ Naquela época, cabia ao júri a tarefa de decidir a lide e, a partir dos elementos presentes nos casos concretos, os juízes desenvolviam as regras jurídicas que seriam aplicadas (*judge made law e case law*). Não por outra razão, é possível afirmar que o sistema do *common law* se desenvolveu como um sistema jurídico-processual no qual os tribunais possuíam forte atuação na produção do Direito.¹⁴

A grande mudança deste cenário ocorreu a partir da aprovação do Statute of Westminster II, que limitou o alcance dos novos *writs* pela corte. Com a nova resolução, o rei somente poderia emitir novo *writs* nos casos que já os tivesse emitido para conflitos semelhantes. A nova resolução partiu de uma iniciativa dos senhores feudais em preservar o resto que poder que ainda detinham, mas tem como consequência o surgimento da necessidade de se observar as decisões anteriores no momento de proferir novo *writs*, procurando similaridades entre o caso anterior e o que está sendo julgando.¹⁵

Com a mudança, fortaleceu-se a necessidade de conhecer as decisões judiciais preexistentes para se proferir novas decisões. Alguns historiadores destacam que possivelmente esse seja o embrião do respeito ao que já foi decidido, presente na cultura do *commow law*. Embora tenha sido bem sucedido, Réne David destaca que o sistema de *writs* imprimiu um caráter extremamente formalista para o sistema jurídico inglês. Isso porque, cada *writ*

¹² CARNIO, Henrique Garbellini; ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**, op. cit., p. 243.

¹³ DAVID, Réne. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 363.

¹⁴ Rafael de Oliveira e Georges Abboud destacam que, diferentemente do sistema anglo-saxão, o *civil law* se desenvolveu a partir de uma visão academicista. Seu caráter professoral imprimiu um nível de racionalidade que não se visualizava até aquele período no modelo inglês. Razões políticas explicam em partes os motivos para esse fenômeno: enquanto na Inglaterra o rei possuía um grupo de juízes fiel à corte na aplicação e desenvolvimento do Direito, prevalecia na França uma insegurança por parte do corpo de juízes. O medo de que os magistrados não aplicassem os direitos recém-conquistados da revolução fez com que fosse proibida qualquer interpretação extensiva, exigindo-se somente uma aplicação por subsunção. Tal postura fundamentava-se na ideia de que a vontade do imperador já estaria contida no próprio texto legal. A aplicação mecânica do positivismo exegético prevaleceu por muitos anos na França e foi ampliada para grande parte da Europa, baseada no mito de que a lei abstrata já possuía todas as respostas para os casos futuros. Por razões geográficas e históricas, essa postura interpretativa não teve tanta influência no território inglês, apesar de o *stare decisis* ser contemporâneo ao positivismo científico. Para mais detalhes, consultar: CARNIO, Henrique Garbellini; ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**, op. cit., p. 243.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz, ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. pp. 24-25.

correspondia a um procedimento específico para determinado litígio, significando que caso não houvesse previsão para uma demanda específica, aquele direito não poderia ser tutelado pela justiça real.¹⁶ Isso fez com que jurisdicionados que não tivessem seu direito atendido buscassem diretamente a intervenção real para terem suas demandas julgadas.

Dessa busca dos jurisdicionados pela justiça real, inicia-se um novo período do *commow law* que tem como base o Tribunal da Chancelaria (*equity*). Tratava-se de um novo recurso ao rei ou ao seu Chanceler, em que estes não seguiam necessariamente o Direito positivado, podendo a fundamentação de suas decisões serem baseadas na consciência do julgador, que apelava para a equidade e aquilo que considerava mais justo no momento de decidir um litígio.¹⁷ Essa jurisdição paralela a do *common law* permitiu aos reis absolutistas da época exercerem seu poder sem as travas do sistema de justiça inglês.

Essa dupla jurisdição permaneceu em vigor até o ano de 1873, quando a Lei de Organização judiciária unificou o Tribunal de Chancelaria (*equity*) e os tribunais do *common law*, prevalecendo esse segundo para todo o país.¹⁸ Com a fusão do *commow law* com a *equity*, a jurisdição dos tribunais foi atribuída à *Supreme Court*. Em síntese, o *common law* pode ser descrito como um sistema de *case law* que se desenvolveu a partir do estudo dos casos pretéritos em razão de sua forte vocação jurídico-processual. Diferentemente dos países de *civil law*, desde o seu início houve uma valorização de sua jurisprudência para a resolução de casos futuros.¹⁹

Na atualidade, a doutrina destaca que os dois modelos vêm se aproximando de tal forma que não se visualizam tantas diferenças entre os dois sistemas, permitindo que muitos dos seus institutos sejam transplantados de uma tradição para a outra. Embora, no momento de sua aplicação, conhecer a origem dos institutos possibilite realizar um olhar reflexivo para as suas possibilidade e limitações, não se tratando de uma submissão acrítica e submissa às técnicas empregadas, como bem destaca Marco Felix Jobim e Zulmar Duarte de Oliveira.²⁰ Além disso, o direito inglês, na atualidade, apresenta diversas leis escritas positivadas, como o seu Código

¹⁶ DAVID, Réne. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, op. cit., pp. 295-298.

¹⁷ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**, op. cit., p. 243.

¹⁸ Ibidem. p. 243.

¹⁹ Apesar de alguns manuais apontarem diferenças entre o sistema do *common law* e do *civil law*, juristas como Marco Felix Jobim destacam que essas diferenças, atualmente, não são tão grandes assim. Para o professor, essas diferenças seriam residuais, para além delas, cabe aos juristas se preocuparem em importar institutos de uma tradição para a outra respeitando os aspectos culturais. JOBIM, Marco Félix. **A técnica da distinguishing a partir da análise do julgamento do caso Escola vs. Coca-Cola Bottling Co.** 2014.

²⁰ JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021

de Processo Civil (*procedural rules*). Apesar de não ter uma Constituição escrita nos moldes do modelo brasileiro.

Por último, destaca-se que embora atualmente seja um traço marcante da cultura do *commow law* o respeito às decisões pretéritas no momento de julgar casos do presente, durante grande parte do seu desenvolvimento não existia nada no sistema que obrigasse os juízes a seguirem as decisões passadas. Não havendo nenhum dever formal de vinculação entre casos semelhantes, seu surgimento deve-se em boa parte como uma espécie de arma de defesa da independência judicial na expectativa de limitar os poderes do rei.²¹ Nessa perspectiva, a doutrina dos precedentes se desenvolve ao longo dos séculos pelos tribunais que enxergavam alguma espécie de autoridade nas razões do passado e se apropriavam delas no presente como forma de se blindar das interferências da monarquia.

1.1.2. A doutrina do *stare decisis*

A doutrina do *stare decisis* apresenta como premissa o respeito ao que foi decidido, de modo que as decisões pretéritas possuam autoridade sobre o resultado dos casos semelhantes que ocorram no futuro.²² Sua ideia central é respeitar o que já foi decidido e evitar perturbar aquilo que já foi estabelecido “*stare decisis et non quieta movere*”. Embora seja comum associá-la ao sistema do *common law*, sua presença não é exclusiva nesse modelo. Na realidade, diversas tradições jurídicas consideram as decisões pretéritas no momento de decidir nos casos do presente, pois faz parte de um sistema jurídico que se preserve a coerência e segurança jurídica como forma de garantir um mínimo de previsibilidade para as pessoas.

No modelo inglês, a obrigação de respeitar as decisões passadas, como aponta Luiz Guilherme Marinoni, origina-se em razão da doutrina dos precedentes, com a diferença que a doutrina do *stare decisis* almeja demonstrar com maior clareza a forma como é construída a resposta para o caso durante o manejo das decisões anteriormente proferidas.²³ É por meio dela que se estabelece a importância de se identificar com maior nível de precisão o que de fato vincula da decisão pretérita e aquilo que é apenas esforço argumentativo.²⁴ Luiz Guilherme

²¹ ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 967.

²² MARQUES, Elmer da Silva. Os precedentes judiciais obrigatórios como fonte do direito no estado constitucional brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 55.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 18.

²⁴ Como parte desse esforço, começam a proliferar técnicas para auxiliar na identificação da *ratio decidendi* e *obter dictum*, como forma de garantir precisão e racionalidade. Algumas dessas propostas serão descritas. Contudo, outras questões também perpassam a natureza dos precedentes judiciais, como, por exemplo, por que seguir

Marinoni argumenta que foi a maneira que os ingleses encontraram para atribuir a mesma racionalidade formal do Direito legislado enquanto forma de contrabalancear a pouca racionalidade presente no *commow law*.²⁵

Embora a doutrina do *stare decisis* seja uma característica marcante do sistema inglês, sua consolidação só ocorre no final do século XIX.²⁶ Dentre os fatores que explicam a demora em sua adoção está o fato de que a doutrina necessitava de um sistema confiável de divulgação e publicação das decisões para consulta, que conseguisse garantir a fidedignidade do seu conteúdo. Além disso, destaca Georges Abboud que, até o ano de 1876, não existia no sistema jurídico inglês uma estrutura hierárquica organizada entre juízes e tribunais, o que dificultava um modelo de vinculação.²⁷ Por fim, um terceiro fator foi a prevalência, por parcela da comunidade jurídica da época, de que o Direito era algo transcendente à natureza humana, cabendo ao homem apenas o papel de declarar esse Direito.²⁸

Enquanto marco histórico, somente no ano de 1861 no julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, ocorreu a consolidação do precedente. A partir desse julgamento, ficou estabelecido que os casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento, não podendo os tribunais hierarquicamente inferiores rediscutir matérias que já tenham entendimento consolidado pelas instâncias superiores. Nesse sentido, houve um fortalecimento da autoridade das razões em sentido vertical (*bindig effect*), devendo aqueles que estão abaixo seguirem os mesmos fundamentos das teses definidas pela cúpula do sistema de justiça.

Embora essa autoridade vinculasse os tribunais inferiores, o próprio tribunal que firmou o entendimento não estava vinculado, podendo divergir dos seus próprios precedentes. Somente no ano de 1898, no julgamento do caso *London Tramways v. London County Council*, a *House of Lords* passa a entender que ela própria estaria vinculada as suas decisões pretéritas, não

precedentes judiciais? Não há nenhuma regra no Direito inglês que obrigue os magistrados a fazerem isso. No Brasil, apesar de a resposta a essa pergunta parecer ser mais simples de ser respondida, visto que a vinculatividade é *ex lege*, também é fruto de grandes discussões doutrinárias, que serão retomadas em momento oportuno.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. op. cit., p. 19.

²⁶ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 312.

²⁷ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. op cit, p. 95.

²⁸ A discussão sobre se o juiz, no momento de decidir, cria o direito ou apenas o declara perdurou por muitos séculos no sistema do *common law*, desdobrando-se em duas teorias: a teoria declarativa (ortodoxa), que afirma que o direito é preexistente ao precedente, e a teoria constitutiva, na qual se defende que a criação se dá por meio das decisões judiciais. Para os fins da presente pesquisa, prevalece o entendimento de que a criação não é do texto legal, mas da compreensão que se retira do texto, ou seja, a norma jurídica, conforme corrente majoritária da doutrina, como será exposto mais adiante. ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. 2015. pp. 121-122.

podendo rediscutir matérias já decididas no passado.²⁹ Essa nova posição adotada pela Câmara Alta em respeito à sua auto vinculação se consolida de tal forma que até no ano de 1966, a Corte não permitia que fossem superados os seus próprios precedentes. Essa postura acabou engessando sua jurisprudência, impedindo-a de ser adaptada às mudanças históricas da sociedade.

Na literatura, são descritos inúmeros argumentos tanto favoráveis como contrários à incorporação de um sistema de precedentes. Elmer da Silva Marques lista em sua tese de doutorado os principais pontos destacados pela doutrina, seja pela vinculação das decisões proferidas pelos tribunais superiores a todos os órgãos jurisdicionais inferiores ou em relação à auto vinculação do próprio tribunal superior que proferiu o precedente.³⁰ Listaremos a seguir os principais argumentos destacados pelo autor, bem como outros argumentos presentes na doutrina, visto que alguns servem de motivação para a formação de algumas correntes doutrinárias a respeito do tema que estudaremos mais adiante.

Em primeiro lugar, dentre as vantagens descritas pela doutrina, a principal delas é que o *stare decisis* garante a igualdade de tratamento entre aqueles jurisdicionados que possuem demandas semelhantes. Nesse sentido, existindo um precedente consolidado a respeito de um tema, evita-se que surjam decisões contraditórias que criam injustiças na prática, além de limitar o fenômeno do “efeito lotérica”, que premia os jurisdicionados sortudos de terem as suas causas julgadas por um magistrado favorável às suas teses.

Com a diminuição da insegurança jurídica, haveria ganhos para a população que depositaria maior confiança no seu sistema de justiça. Ademais, a longo prazo, contribuiria para diminuir o número de litígios que chegam até o Poder Judiciário, dado que uma pessoa pensaria duas vezes antes de litigar contra um precedente consolidado nesse sistema, por haver poucas chances de obter uma decisão favorável.³¹

Um segundo argumento favorável à força vinculante dos precedentes judiciais é a possibilidade deles substituírem a racionalidade do julgador pela regra jurídica contida no enunciado.³² Devido à redução do espaço para que os magistrados decidam de forma

²⁹ FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 67, p. 509-534, 2015.

³⁰ MARQUES, Elmer da Silva. Os precedentes judiciais obrigatórios como fonte do direito no estado constitucional brasileiro. **Tese (Doutorado em Direito)** – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 54 e segs.

³¹ FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 67, p. 509-534, 2015.

³² Esse argumento assemelha-se ao que predominava na França no período pós-revolucionário. Naquele momento, a burguesia desconfiava dos juízes na aplicação das leis e, em decorrência dessa desconfiança, iniciou-se um

discricionária, evita-se a ocorrência de práticas ativistas. Considerando que os precedentes possuem vinculação obrigatória, caso seja proferida decisões fora dos paradigmas previamente construídos pelos tribunais superiores, seria possível reformá-las para atender à racionalidade do precedente.³³

O terceiro argumento seria relativo à economia e celeridade processual, pois considera que havendo uma resolução vinculante sobre o tema, a discussão não precisa ser refeita a todo momento pelos tribunais. Isso resultaria em um menor custo de tempo e recursos para que o jurisdicionado obtenha uma resposta, evitando que o processo se estenda por anos até que chegue nos tribunais superiores para obter uma decisão definitiva. Nesse aspecto, há um reflexo na ampliação do acesso à justiça, visto que o parâmetro de mensuração não é apenas para aqueles que conseguem chegar até as portas do sistema de justiça, mas também o tempo despendido para obter uma resposta.³⁴

Por fim, a última vantagem relaciona-se com a capacidade de uniformização da interpretação do Direito em nível nacional. Diante de vários tribunais interpretando os enunciados jurídicos, é natural que ocorram divergências. Os tribunais superiores teriam então uma função nomofilática de uniformização da jurisprudência, dando a palavra final sobre a interpretação correta da lei. Com a estabilidade proporcionada pela segurança jurídica, seria possível garantir a previsibilidade nos acordos firmados, proporcionando estabilidade nas relações jurídicas e segurança para os atores processuais.³⁵

No entanto, esse modelo também é alvo de várias críticas, por apresentar algumas desvantagens, sendo que a principal delas é que há uma incompatibilização do instituto em um sistema de *civil law* que tem a lei como a sua principal fonte do Direito. Nessa tradição, a

processo para evitar que os juízes interpretassem os textos jurídicos. Essa postura fundamentava-se na ideia de que a vontade do legislador já estaria contida no próprio texto, o que é conhecido como o mito da completude da lei. Caberia aos magistrados somente aplicar o enunciado. O positivismo exegético, baseado nessa postura interpretativa, mostrou-se ineficaz em pouco tempo diante da impossibilidade de os textos preverem todas as situações do cotidiano.

³³ MARQUES, Elmer da Silva. Os precedentes judiciais obrigatórios como fonte do direito no estado constitucional brasileiro. **Tese (Doutorado em Direito)** – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 54 e segs.

³⁴ Na verdade, o *stare decisis* no sistema original do *common law* nunca foi pensado como uma ferramenta para lidar com litigiosidade repetitiva e descongestionar o sistema judiciário, ao contrário do que ocorre no Brasil. Defensores do sistema de precedentes no Brasil apontam que este pode ajudar a reduzir o acúmulo de processos e, consequentemente, contribuir para a celeridade processual. É importante destacar que a mensuração do acesso à justiça leva em consideração não apenas o número de jurisdicionados que buscam o Judiciário, mas também o tempo necessário para obter uma resposta definitiva. SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, n. 101, p. 55-66, 2014.

³⁵ Luiz Guilherme Marinoni argumenta em a ética dos precedentes que o *stare decisis* foi um elemento de suma importância para o alcance da previsibilidade e, por decorrência, do desenvolvimento do capitalismo inglês, pois baseava-se na “crença justificada e racional de que a administração da justiça não deixaria o empreendedor desamparado”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. op. cit. p. 18-19.

ausência de uma cultura jurídica a respeito dos precedentes faria com que os intérpretes os aplicassem de forma automática, como se fossem regras abstratas dissociada dos casos que lhe serviram de suporte e sem se atentar aos fundamentos subjacentes. Essa situação levaria a engessamento da jurisprudência, perdendo o Direito a sua capacidade de se desenvolver conforme o dever da sociedade.³⁶

Um segundo argumentos seria que precedentes podem simplificar demais casos complexos, significando um fechamento hermenêutico para problemas jurídicos que necessitariam de um nível de cognição mais profundo, principalmente naqueles casos em que envolvessem questões principiológicas. Além disso, caso o precedente criado seja equivocado, é possível que o erro seja ampliado para inúmeros outros casos, visto que a solução não ficaria restrita às partes envolvidas no caso originário.

Por fim, argumenta-se que a adoção de um sistema de precedentes não é capaz de garantir a diminuição do decisionismo judicial e arbitrariedades, uma vez que somente transferiria a discricionariedade para a cúpula do Judiciário responsável pela palavra final. Ademais, as próprias reinterpretações nos precedentes poderiam ser resultado de práticas ativistas, já que não há formas seguras de delimitar os fundamentos determinantes dos casos pretéritos.

Embora existam outros pontos, entendemos que, para as finalidades dessa pesquisa, esses seria os principais deles. No Brasil, embora na atualidade tenha se consolidado um sistema de precedentes que tem por objetivo vincular os julgadores para que decidam sempre no mesmo sentido que os tribunais superiores, há grandes divergências em relação à sua extensão e natureza jurídica. Essas divergências refletem na forma como os precedentes são interpretados e aplicados no sistema jurídico brasileiro. Mais adiante, essas divergências serão apresentadas de forma mais específica no que diz respeito ao sistema de precedentes brasileiro e suas peculiaridades.

1.1.3. Precedente Judicial

Descrito de forma breve o desenvolvimento do sistema do *commow law* e a construção da doutrina do *stare decisis* nessa tradição. Na sequência, é necessário definir o instituto central desse sistema, que seria o precedente judicial. Apesar disso, tal tarefa não é das mais simples,

³⁶ Remete-se o leitor para o subtópico 1.2.1., oportunidade em que é realizado uma classificação das correntes doutrinárias no Brasil a respeito desse tema.

pois o termo precedente pode assumir diferentes significados dependendo do contexto em que é empregado. No jargão do senso comum, precedente pode ser definido como algo que nunca ocorreu antes, como uma “crise inflacionária sem precedentes”. Contudo, no âmbito jurídico, o termo carece de uma maior precisão terminológica, considerando que o instrumento pode vir a vincular futuros julgadores quando tratarem de matéria semelhante. Nos próprios tribunais, frequentemente, o termo é empregado de maneira não técnica para se referir a qualquer decisão pretérita - até mesmo decisões proferidas por juízes de primeira instância, por vezes, são abrangidas pelo termo, questão que, como se verá a seguir, é incorreta quando utilizada no sistema brasileiro.

Na tentativa de combater essa imprecisão terminológica, a doutrina apresenta inúmeras definições a respeito do que seria um precedente. Para Diddier Jr, por exemplo, “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”³⁷ No mesmo sentido, Neil Maccormick descreve como as “decisões anteriores que servem como ponto de partida ou modelo para as decisões subsequentes”.³⁸ Em uma definição mais clássica, Júlio Fabbrini Mirabete defende que precedente é a orientação jurídica firmada por uma decisão judicial, que passa a ter força obrigatória para os tribunais de igual ou inferior hierarquia na solução de casos similares.

De forma mais ampla, Karl Larenz define precedente como a “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso”.³⁹ Para Cristiane Druve Tavares Fagundes “precedente pode ser conceituado como a decisão proferida em determinado caso concreto que poderá ter seus fundamentos determinantes aplicados em hipóteses posteriores desde que as circunstâncias fáticas da decisão anterior voltem a ocorrer”.⁴⁰ No mesmo sentido, embora sob outra perspectiva, Daniel Mitidiero define precedentes não como equivalentes a decisões judiciais, mas como razões generalizantes que podem ser identificadas ao analisar as decisões judiciais. Para o referido autor, os precedentes são formados a partir de decisões, mas com elas não se confundem.⁴¹

³⁷ DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, Salvador: Juspodivm, 2013. p. 43.

³⁸ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p.1

³⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 611

⁴⁰ FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Modelo brasileiro de precedentes: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista**. Editora Thoth, 2021.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 83-84.

Embora os autores convirjam em suas definições, o conceito de precedente pode sofrer pequenas alterações dependendo do sistema jurídico em que está inserido. Por exemplo, no sistema de precedentes originário do *common law*, uma decisão judicial pode levar muitos anos até que passe a vincular futuros julgadores. Essa característica permite até mesmo que uma decisão proferida em primeira instância se torne um precedente judicial, desde que passe a orientar outros tribunais no momento de decidir casos semelhantes. Nesse sentido, destaca Georges Abboud que no modelo inglês não é possível saber de antemão se determinada decisão judicial se tornará um precedente, pois esse é um processo que pode levar anos até os tribunais começarem a aceitar os fundamentos de uma decisão, reconhecendo a sua autoridade para influenciar futuros julgadores. Como exemplo, o autor descreve o caso *Marbury contra Madison*, momento em que foram construídas as premissas do controle de constitucionalidade difuso.⁴²

Em suas palavras, o jurista argumenta que não havia como o juiz que proferiu a referida decisão saber que anos mais tarde aquele julgado se tornaria um precedente. Em resumo, para concluir o raciocínio do referido autor, os precedentes no *common law* não possuem uma data de nascimento, as decisões judiciais adquirem essa qualificação na medida que começam a ser aceitas e replicadas pelas instâncias inferiores. Essa talvez seja a principal diferença dos precedentes brasileiros.

Isso ocorre porque, no sistema brasileiro, juízes de primeiro grau não estão aptos a produzirem precedentes. Estes, na realidade, são formados pelos tribunais superiores, por meio de procedimentos específicos, e são aplicados em cascata segundo a hierarquia do sistema jurídico brasileiro.⁴³ Em decorrência dessa característica, há divergências na doutrina a respeito de quais provimentos judiciais no Brasil teriam natureza de precedente judicial. Tais divergências serão exploradas nos próximos tópicos. Por ora, é possível concluir que, de modo geral, a doutrina descreve que todo precedente é uma decisão judicial, embora nem toda decisão judicial é um precedente.

O que caracteriza decisões judiciais como precedentes é a capacidade de sua existência vincular os julgadores no momento de decidirem a respeito de assuntos semelhantes. Nesse sentido, precedentes por meio de suas razões, vinculam os julgadores quando estão diante de casos análogos ao do precedente, de tal forma que, caso seja afastado sem uma fundamentação

⁴² ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, op. cit., 971.

⁴³ Destaca-se que o artigo 92, § 2º da Constituição faz distinção entre tribunais superiores e o STF, na medida que os diferencia ao descrever que “O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional”. Contudo, para os fins dessa pesquisa, o termo “tribunais superiores” também estará englobando a Suprema Corte, em um termo mais generalista.

convincente, a decisão que determinou o afastamento pode ser cassada pelos tribunais superiores por desrespeito ao precedente. Como consequência, a autoridade do precedente limita o poder de decisão do julgador em prol de prestigiar outros valores do ordenamento jurídico, como a isonomia e segurança jurídica.

Independentemente das divergências doutrinárias a respeito do que seria um precedente, o que todas elas possuem em comum é mencionarem que todo precedente judicial apresenta uma fundamentação que obrigatoriamente deve ser observada para na solução de casos futuros. A grande dificuldade está em justamente identificar quais foram os fundamentos das decisões anteriores capazes orientar no julgamento do caso em questão. Essa diferenciação é importante para trazer coerência para a jurisprudência e isonomia para os jurisdicionados. Tão importante que se faz necessário descrever algumas formas de identificar esses fundamentos.

1.1.3.1. A estrutura de um precedente judicial

Embora até aqui tenha sido afirmado que os precedentes judiciais possuem força para vincular futuros julgadores, trata-se de uma afirmação parcial. Isso ocorre porque essa capacidade é atribuída somente a uma parte da decisão judicial. De modo geral, o conteúdo de um precedente é dividido em duas partes: a primeira, com capacidade de vincular os futuros julgadores, é denominada de *ratio decidendi* (razões para decidir) ou *holding*, e representa os fundamentos jurídicos que levaram à conclusão do problema enfrentado no precedente. A segunda parte, que seria apenas um esforço argumentativo, é chamada de *obiter dictum* (ditos para morrer), e consiste em questões colaterais que não integram o fundamento jurídico e nem podem ser invocadas para persuadir futuros julgadores.

Embora seja simples definir essas duas partes, diferenciar a matéria vinculante daquela apenas argumentativa ainda é um desafio para os operadores do Direito, visto que, à luz do caso concreto, tais elementos podem se tornar nebulosos. Por vezes, algo que em um caso é *obiter dictum*, a depender das circunstâncias do caso futuro, pode se tornar *ratio decidendi*. Essa dificuldade de trazer maior racionalidade ao sistema de aplicação de precedentes tem sido uma das principais preocupações daqueles que operam com precedentes, que, ao longo dos séculos vem formulando teorias que poderiam, em tese, auxiliar o julgador no momento de identificar qual é a regra contida no precedente que vincula os casos futuros.

Identificar com precisão quais seriam os fundamentos determinantes que estão sendo replicados para a conclusão dos casos futuros é de fundamental importância em um sistema de

precedentes que preza pela coerência e integratividade do Direito. Na realidade, trata-se de um princípio de justiça que os jurisdicionados possam, por meio do contraditório, influenciar o julgamento, ao defenderem que o seu caso não se enquadra no padrão decisório oferecido pelo tribunal. Eles podem inclusive recorrer às instâncias superiores, quando se sentirem prejudicados pela aplicação errônea de um precedente.

1.1.3.2. Propostas de identificação da *ratio decidendi*

Ao perguntar pela *ratio decidendi* de um precedente judicial, busca-se descrever os fundamentos jurídicos que conduziram à conclusão do caso. Para compreender qual a parte vinculante de um precedente, é preciso observar os fundamentos determinantes na decisão, em vez da conclusão do julgador. Enquanto o dispositivo apresenta a resposta para o caso, que normalmente afeta as partes envolvidas e sofre os efeitos da coisa julgada, os fundamentos determinantes têm uma natureza transindividual e podem influenciar os julgamentos subsequentes sobre o mesmo tema.

Sabendo-se que nesses casos o mais importante são os fundamentos, várias foram as tentativas de se criar um método capaz de diferenciar as razões essenciais para a solução do caso, daquelas que são meramente retóricas. Muitos juristas ao longo da história se empenharam em criar teorias ou métodos que auxiliassem os operadores do Direito na tarefa de distinguir a *ratio decidendi* do *obter dictum*. Embora algumas dessas tentativas tenham sido mais bem-sucedidas que outras, não se pode afirmar que uma delas tenha conseguido criar com total sucesso um método que indique com segurança quais seriam os fundamentos decisivos do precedente judicial.⁴⁴

Entre essas tentativas, algumas se destacam. A primeira é fruto da colaboração do professor da faculdade de Eugene Wambaugh, que elaborou um teste com seu nome. Para o jurista, a maneira mais simples de identificar a *ratio decidendi* seria selecionar uma palavra ou trecho de uma decisão e criar sua antítese, invertendo seu sentido. Ao fazer isso, se chegasse à mesma conclusão, então aquela frase seria *obter dictum*, mas se a conclusão fosse modificada, então aquela proposição seria *ratio decidendi*.⁴⁵

⁴⁴ Além dos autores aqui apresentados, também é possível citar as contribuições de Herman Oliphant, James Louis Montrose, Arthur Lehman Goodhart, Julius Stone, Alfred Willian Simpson, Neil Maccomick, Melvin Aron Elsenberg, Michael Stuart Moore, dentre tantos outros juristas que se debruçaram na tentativa de criar uma teoria ou método que permitisse delimitar com segurança a *ratio decidendi* de um precedente judicial.

⁴⁵ WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894. P. 8-14.

O teste de Wambaugh é útil para aquelas decisões que apresentam apenas um fundamento, no entanto, quando houver mais um fundamento que leve à conclusão do caso, o teste sempre será falho. Isso porque, ao inverter um fundamento, o outro possibilita que se chegue à mesma conclusão, fazendo com que a preposição invertida sempre seja *obter dictum*. Ravi Peixoto, para ilustrar essa afirmação no modelo brasileiro, traz como exemplo de uma decisão que envolva tanto fundamento constitucional como infraconstitucional. Invertendo cada um deles, a outra proposição sempre será *obter dictum*, apesar de ambas serem fundamentais para a conclusão.⁴⁶

O modelo proposto por Wambaugh pode ser descrito como um método abstrato-normativo, pois para se chegar a *ratio decidendi* conserva as preposições contidas nas fundamentações e o sentido que o intérprete lhe atribuiu. Contudo, para o jurista Goodhart a forma mais adequada seria por meio de um método fático-concreto. O mais importante para essa teoria é identificar quais fatos foram considerados relevantes durante a fundamentação do precedente, dessa forma torna-se mais fácil delimitar a *ratio decidendi*.

Para alcançar esse objetivo, o autor descreve que é necessário diferenciar os fatos imateriais dos materiais. Os primeiros são aqueles ligados à pessoa, tempo, lugar, gênero e quantidade, que presumivelmente não são importantes para a conclusão do caso.⁴⁷ Os fatos materiais seriam aqueles levados em consideração pelo julgador no momento de proferir a decisão. Por exemplo, o autor descreve um precedente em que se pune um comerciante por vender bebida alcoólica ilegalmente em seu estabelecimento, local que era alvo frequente de confusões. O fato de ocorrer tumultos no local pouco importa em relação à proibição de vender bebidas, a incidência do precedente ocorrerá ainda que se trate um estabelecimento sem tumultos, já que isso seria um fato imaterial e de pouca importância.⁴⁸

Em outra situação, Patrícia Perrone descreve o caso de um pai que proíbe o seu filho de sair à noite para não comprometer o seu sono durante o período escolar. No caso citado pela professora, considerando que esta proibição seja um precedente, pouco importa para a sua aplicação o gênero do filho, uma vez que se trata de um fato material irrelevante para a situação, considerando que o precedente visa proteger o bom desempenho escolar independente do gênero.⁴⁹

⁴⁶ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.p. 174.

⁴⁷ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. op cit, p.

⁴⁸ GOODHART, Arthur I. **Determining the Ratio Decidendi of a Case**. In: The Yale Law Journal, Vol. 40, Número 2, p. 161-183, dez. 1930.

⁴⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; DE ANDRADE BAQUEIRO, Paula. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 667-688, 2018.

Embora a teoria de Goodhart tenha contribuído muito para a doutrina dos precedentes, ela foi duramente criticada, principalmente por subestimar a argumentação jurídica. Segundo Neil Duxbury, o erro de Goodhart estaria em desconsiderar a complexidade dialética que vai além dos fatos. Para o autor, o erro do seu método é supervalorizar os fatos em detrimento da interpretação que o tribunal realizou sobre eles, ignorando a fundamentação jurídica subjacente as questões materiais, que pode ter atribuído uma interpretação diferente para o mesmo fato.⁵⁰

Nesse sentido, Ricardo Chamon argumenta que cada fato material de um caso pode ser declarado em diferentes níveis de generalidade e cada um desses níveis teria aptidão para gerar uma decisão diferente que dificilmente o intérprete subsequente conseguiria determinar o nível de generalidade empregado pelo juiz do caso-precedente.⁵¹ Sem saber o sentido atribuído ao fato, possivelmente o intérprete subsequente incorrerá em erro ao tentar delimitar a *ratio decidendi* do precedente, e pensar intuindo qual é o nível de generalidade empregado.⁵²

Para ilustrar essa afirmação, o principal crítico dessa teoria, Júlio Stone Monstrose utilizou um caso que se tornou famoso envolvendo um caracol em uma garrafa de cerveja, sendo citado na obra de Georges Abboud, o autor narra seguinte situação:

Brevemente, tratou o citado caso do consumo de cerveja de gengibre, condicionada em garrafa opaca cujo interior havia corpo de molusco em decomposição. Reconhecida judicialmente a negligência do responsável pela empresa fabricante, Sr. David Stevenson, a vítima, Sra. May Donoghue, fora indenizada. Stone questionou se a prognose deste caso para futuras indenizações cingir-se-ia a casos envolvendo: garrafa opaca de cerveja de gengibre? Garrafa opaca de bebida? Garrafa de bebida? Recipiente de um bem de consumo humano? Um bem? Uma coisa? Outrossim, o eventual dano poderia ser caracterizado como físico? Físico e psicológico? Ou, simplesmente, um dano?⁵³

Observa-se que no caso acima é necessário não somente identificar os fatos relevantes do caso-precedente, mas também identificar qual foi a interpretação que o tribunal realizou sobre eles. O argumento de Júlio Stone é no sentido de que somente analisando os fatos, não é possível identificar a abrangência do precedente, permitindo que este seja generalizado para

⁵⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press, 2008.

⁵¹ RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O distinguishing no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes**. Curitiba: Juruá Editora, 2021. p. 154.

⁵² Ibidem. p. 154.

⁵³ ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. apud

muitos casos que nada têm a ver com a circunstância original que lhe serviu de suporte, bastando aos intérpretes subsequentes aplicarem um nível maior de generalidade.

Depois das críticas realizadas, Goodhart revista o seu método na tentativa de realizar correções nas deficiências e ponderar que a argumentação jurídica utilizada possui importante no momento de definir quais seriam os elementos essenciais. Por isso, não seria possível privilegiar somente o enunciado descritivo do teste de Wambaugh, mas também não é recomendável ignorá-los, como em Goodhart, que atribui toda a importância para os fatos do caso-precedente. Patrícia Perrone destaca que uma teoria adequada talvez fosse aquela que conseguisse equilibrar essas duas posições.⁵⁴

1.1.3.3. Técnicas de operacionalização de precedentes

Durante o desenvolvimento do *common law* surgiu a necessidade de se criar mecanismos que auxiliassem os operadores do Direito a manusear de forma satisfatória os inúmeros precedentes que estavam surgindo naquele momento. A reunião dessas diversas técnicas, que têm como premissa operar precedentes, posteriormente foi reconhecida como Teoria dos Precedentes Judiciais, ou seja, são técnicas de aplicação de precedentes desenvolvidas de acordo com as necessidades desse sistema jurídico.

Em primeiro lugar, retoma-se aquilo que foi exposto quando se descreveu o princípio *do stare decisis*, que consiste em respeitar a autoridade das decisões passadas de tal forma que influenciem os julgadores do futuro quando as razões forem as mesmas. Nesse sentido, é naturalmente um sistema que prestigia a segurança jurídica por meio da conservação de suas razões, entretanto, isso não significa que seja um sistema refém do passado, alheio às mudanças que ocorram na sociedade ou que as partes não tenham a oportunidade de apontar divergências entre o seu caso e o precedente que será aplicado.

Isso porque se percebeu a necessidade de criação de mecanismos de abertura, que possibilitasse um processo de controle e revisão dos seus precedentes. Diante de tal necessidade, dois mecanismos de oxigenação desse sistema são de máxima importância, que são o *distinguishing* e o *overruling*. Por questões de organização e estratégia expositiva, o primeiro deles, objeto da presente pesquisa, que consiste na técnica de distinguir o caso

⁵⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos; DE ANDRADE BAQUEIRO, Paula. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. Revista **Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 667-688, 2018.

paradigma do caso em julgamento, será melhor explorado no capítulo seguinte. Ficamos, por enquanto, com a descrição da segunda técnica.

O *overruling* é a técnica que permite que o tribunal que formulou o precedente, determine que ele não está mais em conformidade com o Direito e promova a sua superação, deixando de vincular os casos futuros. Por ser uma atitude drástica, o tribunal, para demonstrar a superação do precedente, deve expor de forma muito fundamentada as razões históricas, culturais, políticas, econômicas e sociais que justificam o por que aquele precedente perdeu a sua autoridade e não deve ser mais seguido.

Nesse sentido, a aplicação da técnica da superação sempre foi algo permitido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, prevendo a possibilidade de rever os seus posicionamentos. Contudo, a *House of Lords* demorou muitos anos até admitir a possibilidade de aplicar o *overruling*, estando sujeita à vinculação dos seus precedentes *ad aeternum*. Essa postura somente foi alterada quando notaram o risco do engessamento da jurisprudência ao proibir que ela acompanhe as mudanças sociais.⁵⁵

Diante disso, passou-se a permitir que o tribunal revisasse a qualquer momento suas teses quando demonstrado sua obsolescência, podendo ocorrer de forma implícita (*implied overruling*), quando o tribunal profere uma decisão no sentido antagônico do precedente, ou de forma expressa (*express overruling*), quando faz menção direta que está superando um precedente.

Embora atualmente o tribunal possa rever os seus precedentes, não significa que isso seja algo frequente, principalmente em virtude do grande impacto para a segurança jurídica que essa prática pode gerar. Como forma de diminuir os efeitos, há a necessidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes, algumas derivações do *overruling*, como o *prospective overruling*; *retrospective overruling (overruling ex tunc)* e *anticipatory overruling* podem ser aplicados em determinadas circunstâncias. Como destaca André Murilo Parente Nogueira, a diferença entre cada uma dessas técnicas vai depender do nível de consolidação que apresenta o precedente, como forma de evitar mudanças drásticas que possam colocar em risco a segurança jurídica.⁵⁶

⁵⁵ Destaca-se que, na atualidade, o ato de reforma constitucional de 2005 alterou a estrutura judicial, perdendo a *House of Lords* sua função judicial e substituída pela Suprema Corte do Reino Unido. A Suprema Corte do Reino Unido foi estabelecida em 2009 como um tribunal independente do Parlamento e assumiu a função de mais alto tribunal de apelação no país.

⁵⁶ NOGUEIRA, André Murilo Parente. **Precedents judiciais na contemporaneidade**: eficácia vinculante à luz da teoria tradicional do Direito. Editora Juruá, 2017. p. 233

O primeiro caso, por exemplo, que trata do *prospective overruling*, é a forma que o tribunal determina que a revogação do precedente somente vale para o caso em análise e naqueles que ocorrerem a partir daquela data, não podendo a decisão que determinar a superação do precedente retroagir para outros casos anteriores à superação. No sentido oposto está o *retrospective overruling*, para as hipóteses em que a decisão que determina a superação do precedente retroage para atingir outros casos anteriores a superação. Essa última forma é mais recomendada para as hipóteses em que o precedente a ser revogado não causará um grande impacto na sociedade. Como destacado, cada um desses efeitos dependerá do nível de consolidação que o precedente apresenta.⁵⁷

Destaca Ruy Alvez Henrique que, em geral, o *overruling* não acontece de forma repentina. Antes que aconteça, há vários sinais indicando que isso pode ocorrer, como, por exemplo, o autor descreve o precedente ser muito criticado pela doutrina ou mesmo pelas instâncias inferiores.⁵⁸ Em decorrência disso, há outro mecanismo que permite sinalizar quando um precedente será revogado, que é o caso do *signaling ou techinc of signaling*. Diferentemente do *overruling*, com o *signaling*, o tribunal reconhece que o precedente não está mais em conformidade com o Direito, entretanto, em razão da segurança jurídica, entende ser melhor manter a sua vigência por enquanto.

Com essa técnica, o tribunal emite um aviso que o precedente possivelmente deixará de ser aplicado, permitindo que a comunidade jurídica se antecipe antes que este perca a sua força vinculante. Dessa forma, evita-se que ocorra surpresas para a sociedade que age conforme os precedentes fixados pelo sistema de justiça ou, deixando a conta em risco daqueles que mesmo após o *signaling* continuam agindo conforme preceitua o precedente. É interessante notar que, como destaca Ruy Alvez Henrique, é possível que o tribunal determine o *retrospective overruling* até a data do *signaling*.⁵⁹

⁵⁷ Destaca Ruy Alvez Henrique que no Brasil a Lei nº 9.868/99 possibilita de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade após o trânsito em julgado ou determinada data estabelecida pela corte. Para o autor isso fez com que fosse implementado o *prospective overruling*, *prospective prospective overruling* e até o *pure prospective overruling*. Cada um deles é descrito na obra de Marinoni que são: *Prospective overruling* – aplicada nos casos em análise e nos fatos que ocorrer a partir daquela data, o precedente não terá seus efeitos retroagidos em acontecimentos anterior a superação. *Prospective prospective overruling* – entende por superar o precedente, mas não será aplicável ao caso em exame, os efeitos são aplicados a fatos posteriores a decisão Corte. *Pure prospective overruling* – a Corte Suprema revoga o precedente, mas não aplica ao caso em análise, decidindo uma data futura para começar a valer. Resp nº 738.689. HENRIQUE FILHO, Ruy Alves. **Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão**. Editora Thoth, 2021, p. 286 e segs.

⁵⁸ HENRIQUE FILHO, Ruy Alves. **Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão**. Editora Thoth, 2021, p. 283.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 295.

Entre as variações do *overruling*, destaca-se o *anticipatory overruling* que é utilizada para antecipar uma futura superação do precedente que está por vir devido ao precedente já ter sido demonstrado um profundo desgaste. Ao contrário das técnicas anteriores, até mesmo os tribunais ordinários poder aplicar o *anticipatory overruling*, desde que esteja claro a probabilidade de que ele em breve será superado pela corte responsável. Contudo, por ser dentre as técnicas apontadas até aqui a mais drástica, deve ser utilizada com parcimônia e acompanhada de profunda fundamentação das razões que levaram à superação daquele precedente.

Destaca Luiz Guilherme Marinoni que este pode ser o primeiro passo para uma superação total do precedente, demonstrando que este não está mais apto a resolver os casos que chegam até o sistema de justiça.⁶⁰ Nesse sentido, as cortes inferiores podem estar melhor preparadas para dizer quando um precedente está enfraquecido, pois têm mais contato com a sociedade por meio dos casos que surgem diariamente.

Por fim, as duas últimas técnicas são do a *transformation* e *overriding*. Na primeira, diferentemente do *overruling* não há uma superação do precedente, mas ocorre uma reconfiguração do seu sentido pela transformação da *ratio decidendi*, os mesmos fatos dão azo a uma nova interpretação. Nessas hipóteses, podem coexistir dois entendimentos a respeito do mesmo precedente até que a corte decida qual é o adequado. Por ocorrer muitas vezes de forma implícita, costuma ser alvo de críticas por ofender a segurança jurídica, já que há uma superação implícita do precedente.

O segundo é o *overriding*, que se assemelha à *transformation* no sentido que a corte também realiza uma espécie de revogação implícita. Nessas hipóteses, ocorre uma modificação parcial de um precedente decorrente de uma reinterpretação, sem que os fatos sejam alterados, podendo se afirmar também que é uma espécie de *overruling* implícito.⁶¹

1.2. O sistema de precedentes brasileiro

O presente estudo, até aqui, preocupou-se em descrever os principais conceitos do modelo clássico de precedentes judiciais. Nas próximas páginas, o foco se volta para o sistema de precedentes que vem sendo delineado no Brasil, com atenção voltada para suas

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p, 403.

⁶¹ HENRIQUE FILHO, Ruy Alves. **Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão**. Editora Thoth, 2021, pp. 296-297.

particularidades e desafios. O objetivo central desta segunda parte é descrever o atual estágio de desenvolvimento do nosso sistema de precedentes e as principais correntes doutrinárias a seu respeito, para então aprofundarmos a técnica da distinção.

Nesse sentido, destaca-se que não é de hoje que ocorre no Brasil um fenômeno de valorização da jurisdição e da jurisprudência, que reposiciona o Poder Judiciário como o grande vetor de promoção dos direitos e garantias fundamentais. Esse fenômeno é fruto de um longo processo de transformações acerca do papel que o Estado deve desempenhar na vida dos cidadãos. Passou-se de um modelo de Estado liberal, tipicamente ausente, cuja função era exercer direitos negativos de não intervenção, para um Estado social que busca promover direitos com forte cunho intervencionista. Esse processo culmina no Estado Democrático de Direito, que se consolida na contemporaneidade.⁶²

Nesse novo paradigma, diferente dos modelos anteriores, o Judiciário assume um protagonismo na concretização dos direitos previstos no texto constitucional e proteção da democracia. Como destaca Humberto Theodoro Júnior, a Constituição assume um papel jurídico cada vez maior e passa a ser o documento jurídico do Estado, consolidando os princípios básicos que regerão o Estado e a sociedade.⁶³ Diante de um texto constitucional compromissário, as tensões políticas deslocam-se para a esfera judicial, visualizada por parcela da população como a esperança de ter suas pretensões atendidas por meio de decisões judiciais.⁶⁴

No Brasil, esse fenômeno possui uma agravante, pois nessa transição de paradigmas, o modelo de Estado Social nunca chegou a ser de fato implementado, deixando camadas da população carentes de direitos sociais básicos. Como resultado, há um crescimento exponencial do número de jurisdicionados em busca das promessas de modernidade não cumpridas,

⁶² ISAÍÁ, Cristiano Becker. Notas sobre a evolução do estado contemporâneo e os (novos) desafios do poder jurisdicional: da resistência positivista à integridade do direito. **Captura Críptica: direito, política, atualidade**, v. 1, n. 2, p. 102-161, 2009.

⁶³ JÚNIOR, Humberto Theodoro, Érico Andrade. **Precedentes no Processo Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁶⁴ Uma breve nota sobre a Judicialização da Política: frequentemente, o termo é empregado como sinônimo de Ativismo Judicial. No entanto, são fenômenos distintos que não devem ser confundidos. A Judicialização da Política ocorre independentemente da vontade do Poder Judiciário e refere-se a um conjunto de questões originárias da arena política que são levadas ao Judiciário em busca de justiça, devido à (in)efetividade dos direitos fundamentais diante da inação dos demais poderes. Por sua vez, o Ativismo Judicial se caracteriza pela atuação do Judiciário além de suas atribuições constitucionais, usurpando competências exclusivas dos demais poderes e atuando de acordo com suas próprias convicções. Assim, enquanto a Judicialização da Política pode ser benéfica ou prejudicial para uma democracia, posturas ativistas do Judiciário são sempre prejudiciais. DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Vinte anos de Constituição: uma exploração hermenêutica dos dilemas para a concretização do texto constitucional. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, 2008.

sobretudo devido à ineficiência do Estado em garantir a concretização desses direitos.⁶⁵ O resultado é um Judiciário sobrecarregado, incapaz de atender a todos de forma eficaz em tempo razoável.⁶⁶

Por outro lado, a sociedade brasileira passou rapidamente por intensas mudanças, deixando de ser predominantemente rural para o surgimento de grandes centros urbanos. Com uma sociedade hiperindustrializada, surgem demandas transindividuais, além de litigiosidade repetitiva, como as consumeristas e previdenciárias, em que um mesmo problema pode afetar milhares de pessoas, levando a inúmeras demandas idênticas. Contudo, com um arcabouço normativo ainda construído para a resolução de demandas individuais, coube ao legislador criar mecanismos que auxiliassem os operadores do Direito a lidarem com esses novos desafios da contemporaneidade, de modo a permitir um descongestionamento do sistema de justiça.⁶⁷

Ademais, diante de uma Constituição principiológica, típica do modelo “pós-bélico” surgido na Europa, que apresenta uma textura aberta com conceitos indeterminados, surge a necessidade de promover uma uniformização a respeito de sua interpretação, garantindo que casos semelhantes recebessem o mesmo tratamento. É nesse cenário que ainda na década de 60 inicia-se um processo natural de valorização da jurisprudência, por meio de técnica processuais com o propósito de uniformizar o Direito. Como lembra Humberto Teodoro Junior, já em 1963 houve uma alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que passou a prever

⁶⁵ O CNJ vem acompanhando os maiores litigantes do país, responsáveis pela movimentação de grande parte dos processos no Judiciário. Em seu último levantamento, no ano de 2022, realizado por meio da ferramenta eletrônica Painel Grandes Litigantes, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) foi o primeiro colocado, correspondendo a quase 4% dos processos que atualmente tramitam na justiça. Em seguida, aparecem os bancos públicos e privados, que juntos somam mais 4%. A lista continua com a presença de entes da federação e órgãos públicos. A lista completa pode ser consultada na íntegra. BRASIL. **Grandes Litigantes**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br>>. Acesso em: 01 de fev. 2023.

⁶⁶ Segundo dados do Relatório da Justiça em Números do CNJ, no ano de 2022 o tempo médio de tramitação do processo de conhecimento, do ajuizamento até a baixa, é de 2 anos e 3 meses. Na Justiça Estadual, que acumula o maior número de processos, o tempo médio é de 2 anos e 7 meses. O resultado é um total de 77,3 milhões de processos em tramitação, aguardando uma solução definitiva. Os dados completos podem ser consultados acessando: BRASIL. **Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em: 01 de fev. 2023

⁶⁷ No período entre 1985 e 1990, iniciou-se um processo de formação de um microsistema de processos coletivos. Como destaca Heitor Vitor Mendonça Sica ao apontar, as Leis nº 7.347 e 8.078 de 1990 criaram a "ação civil pública" para proteção dos direitos transindividuais e o estabelecimento da coisa julgada *erga omnes*. Em 1990, foi editado o CDC com normatização da tutela coletiva relativa não apenas aos conflitos consumeristas de massa, mas também em todos os conflitos envolvendo quaisquer outros direitos transindividuais. Para o autor, os objetivos dessas técnicas, no primeiro caso, eram ampliar o acesso à justiça para trazer litígios que não poderiam ser tratados por meio de técnicas de tutela individual e, no segundo, reduzir o acesso individual à justiça, substituindo-o pela tutela coletiva. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015. In: **Revista de Processo**. 2016. p. 269-281.

o procedimento para a edição de súmulas, iniciando a caminhada rumo a valorização dos precedentes judiciais.⁶⁸

No ano de 1973 surge um novo Código de Processo Civil, que nos seus artigos 476 a 479 já previa a necessidade de uniformização da jurisprudência: “Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.⁶⁹ Com a promulgação da Constituição de 1988, intensifica-se o processo de atribuição de força vinculante à jurisprudência, como exemplo, a Lei 8.038/1990 e a Lei nº 9.756/1998 passaram a prever que o relator pode negar seguimento a recurso que contrarie súmula de tribunal, com isso, na década de 90, o Superior Tribunal de Justiça passa a editar as suas próprias súmulas.⁷⁰ Em 2004, com a edição da EC 45/2004, é incluído o artigo 103-A de Constituição que institui a súmula vinculante.

No ano de 2006, com a Lei nº 11.418/2006, são incluídos os artigos 543-A, 543-B e 543-C no CPC/73, que passam a regular a repercussão geral para os recursos extraordinários, bem como os recursos extraordinários e especial repetitivos, com a possibilidade da decisão se expandir para outros casos.⁷¹ Passando o sistema processual brasileiro a apostar cada vez mais nos precedentes judiciais. Tanto que, em outubro de 2009, o Senado Federal designou uma Comissão de Juristas para elaboração do Anteprojeto do atual CPC/2015, que foi convertido no Código em junho de 2010, ocorrendo um aprofundamento da jurisprudência de caráter vinculante.⁷²

Nesse sentido, o CPC de 2015, em seu art. 927, passou a estabelecer um rol de pronunciamentos vinculantes que devem ser observados pelos juízes e tribunais no momento de proferir as suas decisões.⁷³ No inciso I, o dispositivo cita os pronunciamentos do STF em

⁶⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro, Érico Andrade. **Precedentes no Processo Brasileiro**. op. cit., p. 59.

⁶⁹ BRASIL. Lei n. 5.869, 11 de janeiro de 1973. Institui o **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 03 fev. 2023.

⁷⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro, Érico Andrade. **Precedentes no Processo Brasileiro**. 1 op. cit., p. 60

⁷¹ Ibidem. p. 60.

⁷² SICA, Heitor Vitor Mendonça. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015. In: **Revista de Processo**. 2016. p. 269-281.

⁷³ Em seu artigo, Juliane Gloria e Elmar Marques destacam que há diferenças entre a força vinculante e a eficácia *erga omnes*. Para os autores, o primeiro tem como papel garantir a segurança jurídica e impedir que o mesmo litígio seja rediscutido, gerando estabilidade às partes envolvidas e à sociedade. Além disso, impede que o exame de constitucionalidade de um texto legislativo seja rediscutido várias vezes: declarada a sua inconstitucionalidade, somente com alterações relevantes do conjunto fático-jurídico que constituam nova causa de pedir é que se autoriza a abertura de nova discussão. O efeito vinculante, por sua vez, promove a transcendência dos motivos determinantes da decisão, ou seja, as decisões sobre questões de direito (validade, interpretação e consequências jurídicas) que decorrem da interpretação da lei durante o processo de sua aplicação ao caso concreto. Os motivos determinantes do caso-precedente apresentam-se como guia de conduta da sociedade, permitindo que esta possa prever as consequências jurídicas de seus atos, concretizando a segurança jurídica, bem como critério de

controle concentrado de constitucionalidade, cujo efeito vinculante e *erga omnes*, esses tipos de pronunciamento já se encontravam estabelecidos no artigo 102, § 2º da Constituição, portanto, a sua previsão possui muito mais a função de inserir textualmente a referência a esses pronunciamentos.⁷⁴ Para Cristiane Druve Tavares Fagundes esses não seriam tecnicamente precedentes, apesar de reconhecer a sua autoridade.⁷⁵

A previsão do inciso II do art. 927 diz respeito aos enunciados de súmulas vinculantes, como no artigo anterior, não há novidade, uma vez que já havia previsão no texto constitucional (art. 103-A), desde a edição de emenda 45/2004. O inciso III prevê a observância obrigatória dos acórdãos proferidos em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Incidente de Assunção de Competência e Recursos Extraordinários e Especial Repetitivos. Como aponta Marcelo Pereira de Almeida, essa hipótese é novidade no modelo brasileiro, pois cria um mecanismo para solução de causas repetitivas (IRDR) e fortalece o IAC e os recursos repetitivos, ao atribuir força vinculante expressa a esses precedentes. Nesse sentido, há uma inovação, por colocar os acórdãos proferidos por Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais com força normativa.⁷⁶

Em relação ao inciso IV, trata-se da observância das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Assim, as súmulas do STF e STJ, que até então, apresentavam caráter meramente persuasivo, passam a ter força vinculante. Por último, no artigo V prevê a orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados, abrangendo, portanto, o Plenário do STF, o Plenário e Corte Especial do STJ e ainda os órgãos colegiados mais largos dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Destaca Fábio Victor da Fonte Monnerat que caso os pronunciamentos vinculantes fossem classificados segundo a sua natureza jurídica, seriam divididos em: a) julgamentos de ações em controle de constitucionalidade concentrado; b) súmulas; c) precedentes qualificados.⁷⁷ Apesar dessa classificação do autor ser importante, em realidade ela deriva muito da corrente doutrinária que se adota no momento de interpretar o rol do artigo 927,

julgamento para futuros casos juridicamente iguais, concretizando a igualdade jurídica. SULZBACH, Juliane Gloria; DA SILVA MARQUES, Elmer. Efeito vinculante e eficácia erga omnes em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. *Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law*, v. 23, n. 1, p. 167-189, 2022.

⁷⁴ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados**: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 127

⁷⁵ FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Modelo brasileiro de precedentes**: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista. op. cit., p. 230.

⁷⁶ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes Judiciais**: Análise Crítica dos Métodos Empregados no Brasil para a Solução de Demandas de Massa. Editora Juruá, 2022, p. 164

⁷⁷ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados**: técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 128.

podendo ser classificado alguns de seus provimentos como precedente ou não, dependendo do referencial teórico que se adote, tais divergências doutrinárias serão exploradas no tópico seguinte.

Por ora, destaca-se juntamente com um rol de precedentes, outros conceitos originários da cultura da *common law* foram incorporados pelo CPC de 2015. Dentre eles, evidencia-se as técnicas do *distinguishing* (art. 489, VI, 1ª parte) e do *overruling* (art. 489, VI, 2ª parte c/c o art. 927, § 4º).⁷⁸ Ademais, a influência dos precedentes judiciais não se restringe apenas aos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, mas há um completo sistema de integratividade da doutrina dos precedentes. Sua influência é observada em todas as fases do processo.⁷⁹

Nesse sentido, outros dispositivos também determinam a observância dos precedentes, tais como: “a tutela de evidência com base em precedente dos tribunais superiores (art. 311, II); a improcedência liminar do pedido, segundo certos precedentes ou súmulas (art. 332, I a III); a dispensa de remessa necessária em casos decididos pelos precedentes (art. 496, § 4.º, I a III); a dispensa de caução e execução provisória de decisão pautada em precedentes (art. 521, IV); a possibilidade de decisão pelo relator em atenção a precedentes e súmulas (art. 932, IV e V, e art. 955, I e II); a vinculação à tese em assunção de competência (art. 947, § 3.º); a vinculação à tese do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985, I e II); a repercussão geral presumida com a negativa de jurisprudência firmada pelo STF (art. 1.035, § 3.º, I e II), e a aplicação da tese firmada em repetitivo nos recursos sobrestados (art. 1.039)”.⁸⁰

Todos esses dispositivos evidenciam a importância dos precedentes em todas as fases do processo, nas palavras de Ricardo Chamon:

A doutrina dos precedentes foi valorizada em todo o arco processual, privilegiado a sua subjacência desde as fases mais incipientes até as últimas. É justamente essa integratividade que se pode chamar de sistema normativo de precedentes, a força vinculante está pulverizada em todas as fases do manejo, demandando uma inteligência argumentativa mais apurada dos profissionais jurídicos.⁸¹

⁷⁸ Apesar de sua previsão legal ser recente, o uso da técnica do *distinguishing* já era bem conhecida pelos tribunais brasileiros. No STF, por exemplo, há acórdãos de 2003 em que o Ministro Gilmar Mendes já utilizou a referida técnica.

⁷⁹ RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O *distinguishing* no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes**. op. cit, p. 185.

⁸⁰ BERTÃO, Rafael Calheiros. **Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da Stare Decisis e o modelo de Corte Suprema brasileiro**. In: **Revista de processo**. 2016. p. 347-385.

⁸¹ RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O *distinguishing* no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes**. op. cit, p. 185.

Diante de grande relevância que os precedentes assumem nessa quadra da história no Direito brasileiro, surge uma preocupação com os procedimentos que regulam a sua formação. Nesse sentido, durante a formação dos precedentes no Brasil, a figura do *amicus curiae* ganha relevo, haja vista a sua previsão no CPC de 2015 como uma modalidade de intervenção de terceiros.

O seu papel é possibilitar que pessoas naturais ou jurídicas, ou mesmo órgão de entidade especializada, possam intervir no debate para enriquecer os fundamentos apresentados pelas partes. Em casos que a matéria é relevante, que é a situação de formação de precedentes, pessoas especializadas em determinada área podem contribuir para a qualidade da fundamentação dos procedimentos judiciais, cuja função é pluralizar o debate e permitir que a norma resultante tenha passado por um procedimento efetivamente democrático. Como destaca Cristiane Druve, não basta que a conclusão seja integra e coerente, a própria fundamentação também deve ser para garantir a qualidade do precedente.⁸²

Para garantir ainda a estabilidade da aplicação dos precedentes judiciais, o sistema prevê a possibilidade de ação rescisória (art. 966, § 5º) nas hipóteses em que a decisão judicial estiver em desconformidade com o precedente fixado, cuja observância é obrigatória. Isso demonstra o controle que os tribunais superiores possuem para garantir a autoridade dos seus precedentes. Todas essas mudanças, nas palavras do legislador, visam trazer celeridade e segurança jurídica. Em sua exposição de motivos, a Comissão responsável pela elaboração do Anteprojeto do CPC/2015 destacou a seguinte consideração em relação à segurança jurídica:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.⁸³

⁸² FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Modelo brasileiro de precedentes: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista**. op. cit., p. 241.

⁸³ Cf. BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. **Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Exposição de motivos**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>. Acesso em 26.jan.23.

Para atender tal premissa, aposta-se alto no fortalecimento de um sistema de precedentes. Como descrito, o CPC de 2015 nada mais é do que o ápice de um processo que já estava em curso há muitos anos, resultando atualmente em um sistema próprio de precedentes brasileiro. Mas, se sua existência a essa altura é indiscutível, a sua eficácia ainda é questionável. Predomina ainda na doutrina dúvidas se os precedentes garantem mais celeridade processual com o descongestionamento do sistema de justiça e, principalmente, se combatem a insegurança jurídica e a que custo está ocorrendo essa batalha.⁸⁴ Uma das grandes críticas é que o legislador acaba se preocupando mais em lidar com os efeitos do que com as causas dos problemas. Isso porque, se há um grande número de conflitos, é porque há um grande número de direitos sendo violados. Seria mais inteligente, portanto, evitar que as demandas cheguem até as portas do sistema de justiça.⁸⁵

Mesmo diante de tais crítica, é cada vez é maior o número de precedentes criados pelos tribunais. Atualmente, segundo dados do CNJ, existem cerca de três mil teses com caráter vinculante, com potencial de muitas outras serem criadas. Por exemplo, no ano de 2021, 71% das demandas do STJ correspondiam a recursos especiais e agravos contra despachos denegatórios. Obviamente, “nem todos os recursos especiais que integram tal percentual são repetitivos e apenas uma minoria de agravos contra despachos denegatórios será convertida em recurso especial”.⁸⁶ No entanto, os números sugerem que essas classes de processos têm potencial para produzir um quantitativo relevante de teses vinculantes.⁸⁷

Para lidar com o grande de volume de precedentes já criados e que ainda vão ser produzidos, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da resolução nº 444/2021, elaborou um

⁸⁴ Entre aqueles que buscam alternativas que possibilitem maior celeridade processual, o CPC trouxe opções para descongestionar o sistema de justiça por meio da integração de diversas formas de resolução de litígios, em um modelo que ficou conhecido como Sistema Multiporta. Dentre os meios extrajudiciais, estão a mediação, a conciliação, a arbitragem e a negociação. No entanto, as principais mudanças que têm refletido melhorias significativas no tempo de duração de um processo estão relacionadas aos meios eletrônicos. Dados do CNJ apontam que um processo digital pode ser até três vezes mais rápido do que um processo físico. Mais recentemente, a pandemia de Covid-19 obrigou o sistema de justiça a se adaptar rapidamente e mostrou que a realização de audiências no modelo virtual pode contribuir significativamente para a duração do processo.

⁸⁵ Embora simplificado, este tema não é simples, pois a solução de levar justiça para todos aqueles que não a possuem não é uma solução estática. A esfera do que é considerado injusto se expande dinamicamente à medida que o conhecimento humano avança. O que antes poderia ser considerado uma demanda frívola, com o passar do tempo pode se tornar uma demanda séria e legítima. As demandas básicas de acesso à justiça se multiplicam à medida que novos territórios de demandas complexas são incorporados em um ritmo cada vez mais acelerado. GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 2, n. 1, 2015.

⁸⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos; DE ANDRADE BAQUEIRO, Paula. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 667-688, 2018.

⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça, Relatório Estatístico de 2021**. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/Processo/Boletim/verpagina.asp? =371> >. Acesso em: 06 julho. 2022.

Banco Nacional de Precedentes (BNP) com o propósito possibilitar o gerenciamento do grande fluxo de teses produzida, além de ser o principal meio de consulta da população. O Banco atualmente está em processo de produção e será alimentado por todos os tribunais do país. Ademais, o CNJ frequentemente produz resoluções para auxiliar na aplicação dos precedentes judiciais.

Em mais uma dessas recomendações, no mês setembro de 2022, foi aprovado a recomendação nº 134/2022, que dispõe a respeito do tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Trata-se de uma resolução com 50 artigos que visa trazer uma série de recomendações para os operadores do Direito no momento de interpretar e aplicar as teses elaborados pelos tribunais superiores. Devido à sua maior relevância, o conteúdo dessa recomendação será utilizado ao longo das próximas páginas durante o estudo do sistema de precedentes brasileiro.

A referida resolução destaca, por exemplo, no seu artigo 1º, a nova concepção de jurisdição que se preocupa em resolver às controvérsias atuais ao mesmo tempo que propicia segurança jurídica, como destaca a seguir:

Art. 1º 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.

Ademais, a recomendação ainda menciona o papel dos tribunais e dos magistrados no processo de identificação das questões controversas que ocorram em um número razoável de processos, para que seja uniformizado mediante o uso dos precedentes judiciais como previstos nos artigos 3º e 5º:

Art. 3º Recomenda-se aos tribunais, mediante os seus respectivos órgãos, administrativos ou judiciais, e aos magistrados que realizem um trabalho permanente de identificação das questões de direito controversas, que sejam comuns, em uma quantidade razoável de processos, ou de repercussão geral, para que possam ser objeto de uniformização.

Art. 5º Recomenda-se que a uniformização da jurisprudência seja realizada, preferencialmente, mediante a formulação de precedentes vinculativos (qualificados), previstos no art. 927 do CPC/2015.

No mesmo sentido que as intenções do legislador durante a elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil, no seu art. 8º, a recomendação destaca a importância de respeito aos precedentes que garante a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Art. 8º 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.

As recomendações do CNJ vão no sentido de fortalecer uma cultura precedentalista no Brasil, buscando fazer com que os precedentes sejam levados a sério e evitando que sejam desrespeitados durante a racionalidade jurídica.

Descrevendo o sistema normativo brasileiro Ricardo Chamon Ribeiro aponta que no Brasil acontece uma trajetória invertida do sistema do *common law*, pois enquanto lá busca-se flexibilizar uma estabilidade decisória, aqui se busca adquirir essa estabilidade.⁸⁸ No entanto, essa cultura precedentalista ainda não foi alcançada. Em uma pesquisa realizada pela Associação dos Magistrado Brasileiros (AMB) a respeito dos precedentes judiciais, foi revelado que cerca de 52%, dos magistrados de primeiro grau entendem que não devem se pautar pela jurisprudência.⁸⁹

Os dados revelam que ainda é necessário fazer muito para que realmente haja uma cultura precedentalista no Brasil. Embora tenhamos um sistema de precedentes para chamar de nosso, com um *stare decisis* em vigor e várias ferramentas para operacionalizar os inúmeros provimentos vinculantes, os hábitos não são criados na mesma velocidade. Nesse sentido, as diretrizes do CNJ buscam fomentar essa cultura entre os juízes e tribunais, as recomendações que estão sendo publicadas têm como objetivo estimular essa nova concepção de jurisdição. No entanto, só o futuro dirá se uma nova cultura será construída a partir disso.

1.2.1. A força vinculante dos precedentes no Brasil

A doutrina brasileira é ampla quando se trata do tema dos precedentes judiciais, contando com inúmeras obras que frequentemente apresentam posições divergentes sobre o

⁸⁸ RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O *distinguishing* no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes.** op. cit, p. 196.

⁸⁹ CONJUR. **Quem somos: a magistratura que queremos.**: AMB, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

assunto. Embora seja rico esse debate realizado pelos doutrinadores - sob risco de simplificação dos seus posicionamentos - é possível classificá-los de acordo com o que entendem a respeito da força vinculante dos precedentes no Brasil. A maneira como cada uma das correntes fundamenta: quais, como e o porquê precedentes judiciais devem vincular os futuros julgadores, permite delimitar paradigmas teóricos e descrevê-los para auxiliar na interpretação do sistema brasileiro de precedentes.

Em uma classificação realizado por Nauni Shades Benevides, bem como por parte da doutrina, as correntes doutrinárias são divididas de acordo com a fundamentação que utilizam para justificar o dever de seguir os provimentos jurisdicionais. Podendo serem classificadas em três grandes grupos: i) vinculação pelo viés nomofilático; ii) vinculação pela técnica processual; e iii) vinculação hermenêutico crítico. Por questões didáticas, passa-se a seguir a descrever essas correntes definidas pela autora.⁹⁰

Sendo que a primeira corrente descrita pela autora é aquela que apresenta uma vinculação por um viés nomofilático. Isso porque, em decorrência de uma textura aberta com à presença de conceitos abstratos de difícil definição, um mesmo texto jurídico pode apresentar múltiplas interpretações, gerando várias respostas no caso concreto para um mesmo problema jurídico. Situações como essas podem criar insegurança jurídica, haja vistas a presença de inúmeros julgadores emitindo decisões divergentes sobre um mesmo assunto. Para os adeptos do viés nomofilático, os tribunais superiores teriam a função de garantir que não haja decisões divergentes sobre a mesma matéria, proferindo a interpretação correta em momentos de dissensos entre os intérpretes.⁹¹

Diante da interpretação firmada pelo tribunal superior, todos os casos subsequentes devem apresentar a mesma conclusão, a fim de garantir que o Direito seja íntegro, estável e coerente para todos os jurisdicionados em respeito à segurança jurídica e à igualdade de tratamento. A autoridade dos precedentes, portanto, decorreria da própria estrutura do sistema jurídico, com os tribunais superiores emitindo decisões que vinculariam todos os julgadores desde o momento de sua publicação.

⁹⁰ Para mais detalhes Cf. BENEVIDES. Nuani Schades. Técnicas de identificação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo: uma análise sobre a sua insuficiência. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019. Em sua dissertação de mestrado a autora realiza a classificação aqui descrita, bem como faz uma profunda análise dessas correntes de pensamento, no entanto, para os fins dessa pesquisa, descrevemos de forma resumida, acrescentando alguns autores além dos já citados na pesquisa da autora.

⁹¹ BENEVIDES. Nuani Schades. Técnicas de identificação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo: uma análise sobre a sua insuficiência. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019

Como conclusão lógica, essa natureza vinculativa das decisões proferidas pelos tribunais superiores não seria fruto de uma imposição legal ou constitucional, mas da própria função dos tribunais superiores, também denominados cortes de vértice ou de cortes supremas.⁹² Os padrões decisórios seriam, portanto, o sentido conferido ao texto por esses tribunais, atribuindo a estes o protagonismo de um sistema de precedentes por meio da estrutura judicial hierarquizada como a brasileira.⁹³

Nesse sentido, autores dessa corrente destacam que, como a função das Cortes Supremas é de interpretar a lei, é natural que se incorpore em uma teoria dos precedentes a tarefa de garantir a unidade do Direito por meio da vinculatividade normativa das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes e, a partir disso, a vinculação desta interpretação para os órgãos hierarquicamente inferiores.

Devido ao caráter vinculante das decisões decorrer da estrutura hierarquizada, em que os tribunais superiores são fontes de autoridade, defensores dessa corrente como Luiz Guilherme Marinoni criticam o rol de observância obrigatória prevista no artigo 927 do CPC. Para o autor, as *rationes decidendi* de todas as decisões proferidas pelas Cortes Supremas são de observância obrigatória, independentemente de haver previsão legal.⁹⁴ Nessa linha de raciocínio, caso hipoteticamente o artigo 927 fosse revogado, o sistema de precedentes ainda se manteria em razão da hierarquia do sistema de justiça brasileiro. No mesmo sentido, Ravi Peixoto destaca que o rol do artigo 927, além de ser em sua íntegra obrigatório, é também meramente exemplificativo.

Apesar disso, os simpatizantes dessa corrente criticam o rol do artigo 927. Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, critica tanto as súmulas vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quanto as ordinárias do Superior Tribunal de Justiça. Suas críticas derivam do fato de que essas súmulas não representam a racionalidade da tese em face de determinada moldura fática, servindo unicamente como função catalográfica de teses, muitas vezes dissociadas dos fatos subjacentes. Para Marinoni, o legislador teria tido muita mais sorte se, em vez de ter criado um rol exemplificativo de provimentos vinculantes, tivesse

⁹² Apesar da corrente dos precedentes como viés nomofilático concentrar sua atenção para os tribunais superiores, diga-se o, STJ e STF. Importante destacar que os tribunais inferiores como os TJ's e os TRFs também estão aptos pela Constituição Federal a produzirem provimentos que vinculam os futuros julgadores, no entanto, nesse caso a autoridade do precedente fica limitada ao âmbito do próprio tribunal que criou o precedente. Crítica essa que é exposta na corrente de pensamento de viés hermenêutico crítico, que faz uma interpretação constitucionalmente adequada do artigo 926 do Código de Processo Civil.

⁹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recomendação n. 134, de 09 de setembro de 2022**. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em: 03 fev. 2023

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** op. cit., p. 286.

simplesmente descrito que os fundamentos determinantes das decisões proferidas pelos tribunais superiores vinculam os juízes e os demais tribunais.⁹⁵

Ademais, para alguns autores, há uma confusão nos exemplos descritos pelo legislador, misturando fenômenos com funções distintas, como técnicas de uniformização da jurisprudência e ferramentas de enfrentamento de litigiosidade repetitiva. Por meio dessa classificação, mecanismos como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência não seriam precedentes, mas ferramentas de gerenciamento de litígios em massa, podendo, inclusive, serem utilizados fora do âmbito das Cortes Supremas. Portanto, no rol descrito pelo legislador, somente seriam precedentes: a) as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade (art. 927, I); b) decisões de recursos extraordinários e especial repetitivos (art. 927, III).⁹⁶

No mesmo sentido, Daniel Mitidiero afirma que o rol do artigo 927 seria meramente exemplificativo, servindo para evidenciar a adoção do *stare decisis* no Brasil. Filiando-se ao viés nomofilático, o autor destaca que há diversas outras hipóteses não previstas pelo legislador, como os recursos especiais e extraordinários não repetitivos.⁹⁷ Adotando a posição dos dois primeiros.

Em um sentido um pouco diferente, Hermes Zaneti Jr defende que os pronunciamentos proferidos pelos tribunais superiores sejam observados em seus fundamentos determinantes pelas instâncias inferiores, podendo ainda incluir pronunciamentos fora do rol daqueles previstos no Art. 927. Devido aos precedentes brasileiros terem sido incluídos mediante uma norma lei, o autor utiliza o termo 'precedentes brasileiros formalmente vinculantes'. No entanto, os julgadores devem valer-se de mecanismos como a *ratio decidendi* e *obiter dictum* para determinar a vinculação desses pronunciamentos no caso concreto.⁹⁸

A segunda corrente apresenta uma vinculação pelo viés da técnica processual, que diferentemente da primeira corrente, que baseia sua autoridade nos tribunais superiores, para os adeptos dessa corrente doutrinária, a obrigação de seguir precedentes decorre de técnicas processuais. Embora reconheçam a existência da função nomofilática dos tribunais superiores, a força vinculante dos precedentes decorre da própria lei ou da própria previsão constitucional.⁹⁹ Compreendem que a origem da autoridade do precedente é da própria vontade do legislador, e,

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios** op. cit., p. 285.

⁹⁶ Ibidem. p. 286.

⁹⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. op. cit., p. 121.

⁹⁸ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: op. cit.

⁹⁹ BENEVIDES. Nuani Schades. Técnicas de identificação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo: uma análise sobre a sua insuficiência. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019

por isso, há mudanças na leitura que se realiza em relação ao rol de provimentos previsto no artigo 927.

Para os defensores dessa corrente, os precedentes brasileiros não seriam inspirações dos genuínos precedentes do *common law*. Como descreve Luiz Rodrigues Wambier, o processo de alargamento da matéria de natureza vinculante no Brasil é o desenvolvimento natural do seu sistema jurídico, embora não impeça que institutos oriundos de outras tradições como *distinguishing* e *overruling*, sejam incorporados para auxiliar na operacionalização desses provimentos vinculantes.

Em outras palavras, para uma parcela dos adeptos dessa corrente, basta que um provimento esteja previsto no rol do art. 927 para adquirir a sua força vinculante. Nesse sentido, destaca Arruda Alvim que não é o conteúdo das decisões que dá a elas a sua normatividade elevada, mas a sua própria imperatividade.¹⁰⁰ No mesmo sentido, aponta Daniel Amorim Assumpção neves que o artigo 927 é suficiente para consagrar a eficácia vinculante.¹⁰¹ José Miguel Garcia Medina destaca, por exemplo, que é a partir da lei que se deve extrair o precedente vinculante. Concluindo, que a vinculatidade formal de tais decisões é confirmada em outros dispositivos, que deixam claro que a tese firmada deverá ser observada (927 § 3º, 985 e 1040).¹⁰²

Em realidade, de modo geral, os adeptos dessa corrente criticam fortemente o caráter predominantemente formalista esculpido pelo legislador na matéria vinculante.¹⁰³ Dentre os argumentos, está o fato de que toda decisão judicial é potencialmente um precedente, mas são as decisões posteriores que serão capazes de qualificar essa decisão originária como precedente ou não. Embora critiquem o rol do artigo 927, defendem que possuam a autoridade de vincular os futuros julgadores, considerando que há um comando legal prescrevendo isso. Apesar de compreenderem a tentativa do legislador em criar mecanismos para a uniformização da jurisprudência e combate à litigiosidade de massa, discordam em relação à capacidade dessas

¹⁰⁰ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 23-24, 2016. p. 525.

¹⁰¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**: artigo por artigo. Editora JusPodium, 2018.

¹⁰² MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. **Revista dos Tribunais**, v. 974, p. 129-154, 2016.

¹⁰³ BENEVIDES. Nuani Schades. Técnicas de identificação da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo: uma análise sobre a sua insuficiência. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019

técnicas para atingir tais objetivos. Dentre os principais argumentos, há a predominância de que tais conceitos seriam redutores de complexidades por meio de simplificações decisórias.¹⁰⁴

Na tentativa de trazer mais racionalidade ao modelo, autores como Cristine Druve Tavares Fagundes, buscam ainda apontar quais os critérios que determinam quando um provimento terá força vinculante. Apesar de a autora não reconhecer todos os dispositivos do 927 como precedentes, aduz a jurista que deve haver requisitos formais (como a previsão no artigo 927 e a integração do provimento no sistema de observância obrigatória) e materiais (que sejam provimentos fundamentados conforme a coerência e integridade do Direito devendo ser observado a robustez de seus fundamentos).¹⁰⁵

No seu artigo titulado o precedente à brasileira: vinculação sem persuasão, Ulisses Schwarz Viana destaca que o caráter vinculativo (autoritativo) dos precedentes no Brasil resulta em teses jurídicas que funcionam como vetor aplicativo obrigatório para casos semelhantes, cujo descumprimento autoriza medida corretiva, a reclamação. Para o autor, as características dos precedentes denominados por ele de “à brasileira” são: (I) a eficácia vinculante está fundada em comandos legais; (II) a tese jurídica é um enunciado que se converte em lei para o caso; (III) há uma predominância da questão jurídica sobre os fatos.¹⁰⁶

Em geral, autores dessa corrente são contrários à aplicação dos enunciados por meio da técnica do cotejo, como fossem normas gerais e abstratas. Para evitar essa situação, eles defendem a incorporação e aplicação de conceitos como *ratio decidendi*, cabendo ao aplicador interpretar o precedente e operacionaliza-los por meio de institutos como o *distinguishing* e *overruling*.

A última corrente doutrinária apresenta um viés hermenêutico crítico para justificar a vinculação e busca diferenciar as hipóteses de vinculação previstas no artigo 927 do CPC dos precedentes originários do *common law*, que para eles seriam frutos do desenvolvimento histórico daquele povo. Como forma de separar esses institutos, evita-se utilizar o termo

¹⁰⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angustias e desconfianças. **Revista de Processo**, v. 259, p. 307-332, 2016. Versão digital. n.p.

¹⁰⁵ Cristiane Tavares não considera que haja um rol homogêneo que possa ser inserido completamente no contexto preferencialista e ainda rotulado como vinculante. Para a autora, os provimentos originários de controle constitucional são tecnicamente precedentes, pois se trata de um processo objetivo no qual não há fatos a serem analisados pela Corte, e, portanto, não é possível dissociar a figura do precedente da hipótese fática do caso em que ele foi gerado. Já os previstos nos incisos II, III e IV são precedentes e súmulas. Por fim, os do inciso V são precedentes persuasivos. FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Modelo brasileiro de precedentes: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista**. op. cit., p. 229 e segs.

¹⁰⁶ VIANA, Ulisses SCHWARZ. O precedente à brasileira: vinculação sem persuasão. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 23, n. 129, p. 149-172, 2021.

precedentes, adotando-se o termo “provimentos vinculantes”. Seriam, portanto, mecanismos próprios da cultura brasileira fruto de opções político-legislativas.

Dentre os argumentos para defender essa posição, autores como Georges Abboud destacam que diferentemente dos precedentes originários que adquirem autoridade na medida que vão sendo aceitos pelos juízes, os provimentos vinculantes brasileiros possuem uma data de nascimento que lhes confere a necessidade de observância obrigatória desde a data de sua publicação.¹⁰⁷ Em geral, se baseiam em uma interpretação pós-positivista dos provimentos jurisdicionais criados pelos tribunais superiores.¹⁰⁸

A principal crítica a essa postura é que o legislador, ao prever a observância das teses proferidas pelos tribunais superiores como forma de diminuir a discricionariedade judicial, acaba por reprimatizar o antigo positivismo exegético baseado na aplicação da lei de forma dedutiva-substantiva.¹⁰⁹ Para autores como Lenio Streck, os enunciados proferidos pelos tribunais superiores atuam como normas gerais e abstratas como se fossem leis, o que cria o risco de engessamento hermenêutico.

O problema dessa postura estaria na substituição da racionalidade jurídica pela discricionariedade dos tribunais superiores com base na crença que se estaria combatendo o decisionismo judicial. Esse fenômeno somente substituiria o antigo juiz-boca-da-lei pelo juiz-boca-da-súmula, cabendo a replicação acrítica dos enunciados sendo aplicados de cima para baixo na estrutura do sistema jurídico brasileiro. Ademais, esses enunciados não garantiriam o controle da subjetividade, visto que se estaria no máximo caminhando para um positivismo normativista kelseniano, que é caracterizado pela discricionariedade judicial como sua principal deficiência.¹¹⁰

Para os seguidores dessa corrente de pensamento, o artigo 927 busca criar mecanismo de gerenciamento de demandas repetitivas,¹¹¹ mas também pode contribuir para um fenômeno

¹⁰⁷ ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, op cit, p. 960.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, sob o risco de simplificações por colocarem todos na mesma corrente é possível citar Rafael Tomas de Oliveira, André Karam Trindade, Juraci Mourão Lopes Filho, Emilio Vianna, Alexandre Sá e Marcelo Cattoni, que de alguma forma perfilham essa corrente interpretativa hermenêutica de aplicados dos precedentes judiciais.

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre as Cegueiras Positivista*. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, v. 97, p. 33, 2008.

¹¹⁰ Nesse sentido, o ato de vontade do intérprete que possibilita o voluntarismo judicial é a base do normativismo kelsiano. Isso porque, este autor faz uma separação entre ato de conhecimento e ato de vontade, em que este segundo produz a norma no momento que o intérprete escolhe uma alternativa dentro da moldura normativa previamente construída, possuindo a liberdade de escolha. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 367).

¹¹¹ Para mais detalhes consultar o livro: ABBOUD, Georges. **O Que é Isto?: O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes**. Livraria do Advogado Editora, 2018.

perigoso em que as respostas já estariam prontas antes mesmo das perguntas serem feitas, visto que a resposta encapsulada no precedente seria replicada para inúmeros outros casos, postura inadequada para um paradigma hermenêutico-filosófico.¹¹² Em suma, para essa corrente, devido ao fato de que o Direito brasileiro ainda se baseia em posturas hermenêutico-filosóficas baseadas no positivismo - seja o exegético ou o realismo filosófico - é necessário realizar uma leitura constitucionalmente adequada dos provimentos vinculantes previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil.¹¹³

Considerando que aplicação mecânica desses enunciados seria redutora de complexidade, essa corrente doutrinária busca apresentar formas de contornar esses problemas por ela evidenciados por meio da hermenêutica. Eles enfatizam que a observância dos precedentes previstos na lei não significa uma vinculação mecânica sem que ocorra interpretações pelos juízes e tribunais. Na realidade, os precedentes brasileiros são apenas mais um diploma jurídico que deveria ser considerado pelo magistrado no momento de construir a sua resposta, sem estar necessariamente preso à conclusão descrita.

Para fundamentar essa postura, eles utilizam o artigo 926 do CPC, que prevê a necessidade de manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. O pensamento dworkiniano tem forte influência nos adeptos dessa corrente, conforme a sua metáfora do romance em cadeia.¹¹⁴

(...) Há duas coisas que o juiz contemporâneo não pode fazer: a primeira, desconhecer o todo das práticas e decisões, escrevendo (para utilizar a linguagem metafórica do

¹¹² Adeptos dessa corrente, como Lenio Streck, apontam que a dogmática jurídica no Brasil sobrevive em seu interior com paradigmas interpretativos muito contraditórios, em que ora é defendida uma interpretação com base na vontade da norma (objetiva), e ora com base na vontade do legislador (subjéctiva). Embora, na atualidade, ambos os paradigmas interpretativos estejam ultrapassados pelo que os adeptos dessa corrente chamam de "giro linguístico ontológico", cuja norma é construída na intersubjetividade possibilitada pela linguagem compartilhada entre os indivíduos. A aplicação mecânica dos precedentes seria, portanto, represtinar uma posição interpretativa de que a vontade do legislador (no caso Judiciário) estaria contida no enunciado linguístico do precedente.

¹¹³ Nesse sentido, juristas pertencentes a correntes pensamentos distintas discutem as diferenças sobre os seus pontos de vista a respeito da aplicação dos precedentes no Brasil. Uma dessas discussões podem ser visualizadas no artigo: PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; JUNIOR, Hermes Zaneti. Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck. **RIHJ**, 2019. No qual, Hermes Zaneti busca demonstrar que a sua forma de interpretação e precedentes chamada operativa, não está muito distante do posicionamento adotado por Lenio Streck.

¹¹⁴ Em relação ao artigo 926, Flávio Quinaud e José Emílio destacam a diferença entre integridade e coerência. Para os autores, a integridade exige o compromisso com a busca dos princípios corretos que regem a vida em sociedade, enquanto a coerência é apenas manter o mesmo padrão decisório sempre, o que significa que é possível ser coerente no erro. Para explicar, eles descrevem que um juiz coerente é aquele que decide da mesma forma que decidiu casos passados semelhantes ou que segue decisões passadas semelhantes de Tribunais Superiores sem questionar se essas decisões foram as que melhor realizaram os princípios que regem nosso Direito. Esse juiz coerente, portanto, segue a decisão pelo simples fato de que foi tomada no passado. PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 19, n. 119, p. 645-668, 2018.

romance em cadeia) o seu “capítulo” como se tivesse total discricionariedade; a segunda, copiar o capítulo antecedente, o que representaria uma quebra de continuidade – a integridade, portanto, representa um ônus argumentativo adicional no exercício da atividade jurisdicional.¹¹⁵

Nas palavras de Georges Abboud, os provimentos vinculantes não seriam a linha de chegada da interpretação judicial, mas o ponto de partida.¹¹⁶ Assim, embora os precedentes não controlem a decisão do intérprete, eles possuem influência sobre a decisão, a sua força gravitacional exige que sejam enfrentados pelo juiz no momento de construir a sua resposta para o caso. Mesmo que discordem dos precedentes, os juízes devem fundamentar suas razões para sua não aplicação.¹¹⁷

Para os defensores dessa corrente, a força vinculante desses provimentos não viria em função de um viés nomofilático dos tribunais superiores ou mesmo em decorrência de um procedimento formal previsto em lei que lhe conferiria autoridade, mas sim da racionalidade empregada pelo intérprete e a sua capacidade de convencer os futuros julgadores que os seus fundamentos foram os mais adequados para justificar a aplicação daquela tese. Seria o respeito à cadeia decisória que vem sendo construída por meio da tradição que conferiria a esses provimentos jurisdicionais a capacidade de constranger os futuros julgadores.¹¹⁸

Nesse sentido, autores como Tainá Junquilha e Geovany Jevaux discordam de Mitidiero e Marinoni no sentido que as decisões que não são proferidas pelos tribunais de vértice seriam apenas jurisprudência, sem vincular os futuros julgadores em sentido forte, tendo apenas valor persuasivo. Isso ocorre porque, segundo os referidos autores, as Cortes Supremas têm como atividade formar precedentes, mas até que determinada circunstância seja analisada pelas Cortes Superiores, os demais tribunais formam precedentes que devem vincular as respectivas jurisdições. Caso contrário, se estaria ignorando o que determina o art. 926 do CPC, permitindo um caos interpretativo no âmbito dos estados nas questões que não chegassem às Cortes de Vértice.¹¹⁹

¹¹⁵ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. op cit, p. 962

¹¹⁶ Ibidem. p. 963.

¹¹⁷ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. op cit, p. 963.

¹¹⁸ O precedente à brasileira: vinculação sem persuasão – qual a natureza dessa força obrigatória. Abboud comenta que é o mais próximo que chegamos a *ratio decidendi* da cultura do common law. ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. op cit, 964.

¹¹⁹ JUNQUILHO, Tainá Aguiar; JEVEAUX, Geovany Cardoso. “Tupi, or not tupi”: a necessária e definitiva adaptação da teoria dos precedentes ao brasil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 19, n. 38, p. 130-130, 2016.

Em decorrência dessa postura, adeptos dessa corrente defendem que o artigo 927 deve passar por uma leitura constitucionalmente adequada para evitar que seja inconstitucional devido a uma vinculação mecânica. Nesse sentido, no rol do referido artigo, os provimentos previstos nos incisos I e II, além dos acórdãos de Repercussão Geral, não há discussão a respeito de sua constitucionalidade, devido à sua previsão constitucional (art. 102. §2º, e 103-A). Todavia, os provimentos previstos nos incisos III a V devem vincular somente o tribunal prolator do ato, não irradiando seus efeitos para os demais juízos, havendo, portanto, apenas uma vinculação em sentido horizontal.¹²⁰

Em relação aos demais institutos provenientes da teoria dos precedentes, como a distinção, Georges Abboud é favorável à sua operacionalização como forma de garantir que o jurisdicionado tenha a oportunidade de apontar que a sua demanda diverge da tese criada para o enfrentamento da litigiosidade repetitiva. Destacando mais uma vez o referido autor que a vinculação ocorre no nível argumentativo, sendo esse o mais próximo do conceito de *ratio decidendi* que o sistema de provimentos jurisdicionais brasileiro pode chegar.¹²¹

Em conclusão, é possível observar que essas três correntes doutrinárias apresentam posições muito divergentes a respeito da natureza das teses vinculatórias previstas no artigo 927 do CPC. A maneira como cada uma delas compreende os precedentes brasileiros influencia na forma como defendem que essas teses devem ser interpretadas e aplicadas, sobretudo no que diz respeito à sua força vinculante. Em outras palavras, cada paradigma teórico influencia a maneira como se operacionaliza os precedentes judiciais brasileiros e, como decorrência lógica, reflete na maneira de se aplica a técnica da distinção, objeto dessa pesquisa.

Há, portanto, uma relação intrínseca entre a autoridade de um precedente judicial e o poder dos julgadores subsequentes de distinguir para afastar a incidência da tese, podendo ser maior ou menor. Nessa relação de forças, modelos teóricos são construídos para classificar um sistema de precedentes a partir desse nível de vinculação, todos esses modelos buscam justificativas do porque os precedentes judiciais devem vincular.

Para além da doutrina, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) recomenda em sua resolução nº 134, art. 32, que o sistema de precedentes tenha um efeito vinculante, mas que essa vinculação ocorra com a participação e influência das partes.:

¹²⁰ ABBoud, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A (in) constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. In: **Revista de Processo**. 2021.

¹²¹ Ibidem.

Art. 32. No sistema de processos paralelos adotado no Brasil, trabalha-se, por um lado, dentro de uma lógica de precedente, com o respectivo efeito vinculativo, e, por outro, com a possibilidade de participação e influência por parte dos interessados, bem como ainda com a intervenção necessária do Ministério Público. (grifos nosso)

Parágrafo único. A oportunidade de manifestação das partes e interessados, especialmente considerados os titulares de direitos que possam ser afetados pelo efeito vinculativo do precedente, deve ser considerado ponto fundamental para a legitimação do procedimento modelo estabelecido no ordenamento brasileiro. (grifos nosso)

A resolução busca equilibrar uma vinculação dos precedentes previsto na lei com uma vinculação pela argumentação, permitindo que as partes possuam influência a respeito da regra que irá incidir em seu caso, a fim obter legitimação dos agentes envolvidos. Isto é, busca-se privilegiar a racionalidade por meio do papel dialético do contraditório, evitando-se que os jurisdicionados obtenham uma resposta construída previamente pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, como descrito, parte da doutrina atribui diferentes graus de vinculatividade aos precedentes judiciais no Direito brasileiro, podendo ainda se desdobrarem em obrigatórios ou meramente persuasivos. Em relação a intensidade dessa força vinculante, há uma intrínseca relação com a aplicação do *distinguishing*, enquanto precedentes vinculam, a distinção é uma forma de escapar da vinculação, quanto mais forte for a vinculação, menor é o espaço para se realizar distinções.

No entanto, a intensidade da força vinculante depende do modelo de precedentes que se adota. A preferência por cada um deles dependerá do que se espera obter de um sistema de precedentes, priorizando por exemplo, segurança jurídica, ou maior o grau de liberdade para os intérpretes subsequentes discordarem das teses proferidas pelos tribunais superiores. Naturalmente, a técnica da distinção será influenciada pelo modelo de precedentes que está sendo construído.

CAPÍTULO II. O RACIOCÍNIO JURÍDICO NA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO

2.1. Considerações iniciais

O capítulo anterior teve como objetivo primeiro examinar o sistema de precedentes brasileiro e a maneira como ele se apresenta atualmente, destacando que não se trata de um sistema estático, pelo contrário, é um modelo que se encontra em estado de constante aperfeiçoamento e correções de suas vicissitudes. Optamos por apresentá-lo, mesmo correndo-se o risco de deixar alguns pontos pouco explorados, por entendermos que não seria possível analisar a técnica da distinção sem antes apresentar de modo geral alguns conceitos mínimos do nosso sistema de precedentes.

Além disso, como ficará mais claro a partir desse capítulo, as características de um sistema de precedentes – como a forma com que foi desenhado e os propósitos que visa atender – influenciarão diretamente a maneira de se empregar a técnica da distinção. Há, portanto, uma relação intrínseca entre o todo e o particular, como a engrenagem de uma máquina da qual, para ser compreendida, é necessário entender primeiro para qual função a máquina foi criada.¹²² Uma vez realizada a apresentação do todo, os capítulos subsequentes concentram-se seus esforços no particular, analisando a maneira como a técnica da distinção pode ser operacionalizada em um sistema de precedentes.

Destaca-se que os diferentes modos de emprego da técnica descritos ao longo do capítulo têm o propósito de aprofundar os estudos a respeito de suas possibilidades e não necessariamente defender como a técnica deve ser manejada. Essa observação é importante para delimitar o propósito dessa pesquisa, que apesar de ser enriquecida com as experiências do *commow law*, sua análise é pensada a partir de nossa tradição jurídica e para ela, como importante lição de Cristiane Druve em suas obras sobre precedentes ao citar Evaristo Aragão Santos.¹²³ O presente capítulo, portanto, busca realizar uma descrição do seu objeto do estudo, sem desconsiderar os referencias teóricos trabalhados no capítulo anterior.

¹²² A ideia aqui descrita de caminhar do todo para o particular e, no sentido inverso, do particular para o todo, remete ao processo do círculo hermenêutico da compreensão. Baseado em uma abordagem reflexiva a respeito de como compreendermos algo de forma circular, a partir de novas informações que modificam a nossa compreensão inicial provisória. Há, portanto, entre o primeiro e segundo capítulo, esse movimento circular, como forma de compreender melhor o objeto de estudo. SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica**: a arte e técnica da interpretação, 2000, p. 43.

¹²³ FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Modelo brasileiro de precedentes**: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista. op. cit., p. 84.

2.2. A aplicação da técnica da distinção

Conforme descrito até aqui, o princípio do *stare decisis* preconiza o respeito às decisões já tomadas no passado. Para efetivar tal princípio, os fundamentos das decisões passadas são dotados de autoridade sobre os futuros julgadores, os vinculando em casos análogos ao paradigma estabelecido. Esse sistema assegura que casos semelhantes sejam tratados de forma igualitária, promovendo a isonomia entre os jurisdicionados e buscando uniformidade e estabilização da jurisprudência.

Naturalmente, um sistema que prestigia tanto o passado apresenta enquanto consequência um maior grau de inflexão para às mudanças que ocorram na sociedade, inclinando-se a conservar o que já foi decidido ao invés de promover rupturas nos padrões decisórios. Contudo, embora haja esse reconhecimento e valorização ao passado, isso não significa que os tribunais estão cegamente submetidos aos fundamentos das decisões pretéritas, delas não podendo discordar com o passar do tempo.

Para se evitar um excessivo fechamento de um sistema como esse, a ponto de torná-lo alheio as mudanças sociais, são previstos mecanismos que permitem a sua abertura e oxigenação. Conforme aponta Zulmar Duarte de Oliveira Jr., um sistema de precedentes exige indispensavelmente aberturas sistêmicas que garantam a sua própria manutenção, uma vez que a sua desmedida rigidez levaria à sua ruptura, porquanto se mostraria incapaz de absorver e moldar as novas exigências do devir. Segundo o doutrinador, os precedentes não devem servir de obstáculos ao desenvolvimento do Direito, tornando o presente refém perpétuo do passado.¹²⁴

Nesse sentido, mecanismos como o *distinguishing* possuem enquanto finalidade promover uma abertura hermenêutica desse sistema rígido, permitindo o desenvolvimento do Direito jurisprudencial pelos tribunais e a correção de injustiças ou equívocos cometidos pelas instâncias superiores durante a formação de seus precedentes. Esse mecanismo deve atuar em uma difícil relação de equilíbrio, que busca preservar o passado, mas, ao mesmo tempo, pavimentar o caminho para o futuro.

Em geral, essa relação significa que, se por um lado pouca abertura pode produzir uma demasiada rigidez da jurisprudência, por outro, abertura demais pode acarretar um enfraquecimento do *stare decisis*. Nesse sentido, Castanheira Neves destaca que a vinculação advinda dos precedentes não é fixa, permitindo equilíbrio entre a estabilidade e a

¹²⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015**, 2018, p. 483.

continuidade.¹²⁵ Acrescenta-se ao raciocínio do referido autor que boa parte desse equilíbrio é obtido por meio do bom uso que se faz das técnicas de operacionalização dos precedentes judiciais.

Entre a estabilidade e a continuidade, a aplicação de forma adequada da técnica da distinção garante, paradoxalmente, que a jurisprudência seja desenvolvida, ao mesmo tempo em que é preservada. Como será explicado nas próximas páginas, sua importância é essencial para um sistema de precedentes. Em outras palavras, ao contrário do que possa parecer, não se trata somente de uma técnica de afastamento de precedentes, mas condição para a própria sobrevivência do sistema. Suas formas de aplicação, possibilidades e limites serão analisados a seguir.

2.2.1. A comparação entre casos e o uso do silogismo na aplicação de precedentes

A primeira e a mais comum forma de ser visualizada a aplicação da técnica da distinção é quando o operador do Direito realiza uma confrontação entre o caso-paradigma e o caso-concreto. Nessa modalidade, cabe ao intérprete procurar por discrepâncias entre dois casos e, havendo diferenças substanciais, deixar de aplicar o precedente em razão dessas diferenças. Devido essa condição, essa técnica de cotejamento é aplicada nos casos em que tanto o caso paradigma quanto o caso atual, que está sob julgamento, derivam de contextos fáticos muito semelhantes.

Essa característica de buscar diferenças entre casos quando comparados se assemelha ao raciocínio que se realiza durante a aplicação de precedentes, na qual busca encontrar determinado pontos de aproximação – só que no sentido contrário. Ao invés de intérprete verificar se os fatos materiais se enquadram a tese paradigma, procura-se elementos que em tese justificariam o seu afastamento. O *distinguishing* acontece, portanto, no sentido inverso, por contra-analogias, na qual se identifica padrões de distanciamento.¹²⁶

Nessa modalidade, a aplicação do *distinguishing* pode ser comparado com o raciocínio empregado para verificar a incidência de uma norma penal no caso concreto. Um enunciado descrevendo uma proposição abstrata é analisado pelo intérprete para verificar se, diante dos fatos materiais, ocorreria o fenômeno da tipicidade. Por exemplo, o crime de furto, que consiste

¹²⁵ NEVES, António Castanheira. **O instituto dos " assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais**. 1983. p, 669

¹²⁶ Cf. NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: **Revista de Processo**. 2017. p. 335-396.

em “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, supondo-se no caso concreto a coisa alheia não tenha sido subtraída, mas sim entregue pelo proprietário, o crime de furto não estaria configurado, portanto, a incidência da norma penal estaria afastada.¹²⁷

O mesmo acontece no raciocínio de confrontação de casos. Se não houver similitude fática entre o caso-paradigma (premissa maior) e o caso-concreto (premissa menor), o precedente deve ser afastado da solução do litígio, pois a causa em exame é diferente do precedente invocado. Com a óbvia diferença de que os precedentes são regras criadas pelos tribunais superiores a partir do julgamento de casos concretos, enquanto as normas penais são gerais e abstratas, fruto da vontade do legislador.

Por causa dessa característica, essa modalidade de aplicação pode caracterizar o *distinguishing* como uma regra de não-incidência ou mesmo de não subsunção do precedente ao caso em exame.¹²⁸ Seu principal papel seria o de assegurar que casos dessemelhantes fiquem de fora do paradigma formado pelos tribunais superiores.¹²⁹ Com a previsão do *distinguishing*, garante-se o contraditório, permitindo que a parte interessada apresente as razões que justificariam que o seu caso é distinto do caso paradigma que se visa incidir, e por isso não deve receber o mesmo tratamento que os demais casos análogos.¹³⁰

Para ilustrar esse raciocínio, imagine o seguinte exemplo: após o falecimento e sepultamento de sua matriarca em razão de sua longa idade, uma família decide modificar o local de sua jazida, tendo em vista que agora todos os parentes estão sendo velados no mesmo cemitério. Para isso, fazem um pedido junto à prefeitura para exumar o corpo, mas a solicitação é negada, pois se exige um tempo mínimo de quinze anos do óbito por questões sanitárias para realizar a substituição do local. Inconformada, a família ajuíza uma ação pedindo autorização para fazer a modificação do túmulo, tendo seu pedido deferido.

¹²⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 de dez. 2022.

¹²⁸ Essa característica da regra da distinção ser visualizada como uma regra de não incidência é trabalhada por Ramon Gresteski em sua dissertação de mestrado, oportunidade que o autor destaca que esse fenômeno aproxima o sistema de precedentes brasileiro do *rule model* (modelo de regras). O autor realiza a distinção com outros dois modelos, como o modelo natural e o modelo de resultado, todos trabalhados por Larry Alexander no seu livro de 1989. Para mais detalhes, conferir: SANTOS, Ramon Gresteski Ouais. A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

¹²⁹ Nesse ponto, a aplicação por meio de silogismos se aproxima na principal técnicas de sistemas com o de modelo de regras. Isso porque, sua principal característica é garantir que não haja desvios interpretativos por parte dos aplicadores dos precedentes, prevalecendo uma regra do tudo o ou nada, mantendo sem modificações as teses fixadas pelos tribunais superiores. SANTOS, Ramon Gresteski Ouais. A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

¹³⁰ Questão interessante no Brasil é a possibilidade de aplicar a distinção antes mesmo do precedente vir a ser formado, devendo o jurisdicionado demonstrar que o seu caso diverge com a caso selecionado para julgamento a fim de fixar tese vinculante, conforme parágrafo 9º, do artigo 1.037 do Código de Processo Civil.

Com base nesse precedente, uma segunda família, após ter seu pedido de modificação da jazida negado pela prefeitura, decide ajuizar ação judicial com pedido semelhante para ter o direito de substituir o local do túmulo de um de seus familiares. A prefeitura, visando manter sua decisão inicial, alega em sua defesa que há uma distinção importante nesse segundo caso, tendo em vista que o familiar não faleceu em razão de longevidade como a matriarca do caso paradigma, mas sim em razão de uma doença desconhecida que se provou altamente contagiosa e, caso seja exumado, colocaria em risco a saúde pública.

Observe que entre os dois casos, apesar de à primeira vista parecerem semelhantes, quando confrontados, o fato diferenciador "*causa mortis*" é um elemento fático juridicamente relevante que pode alterar a resposta que foi dada ao primeiro caso. Na hipótese de ser indeferido o pedido da segunda família, o tribunal terá afastado a resposta oferecida pelo precedente, por ela não ser adequada para o caso atual, devendo então ser construída nova resposta diante dos novos elementos trazidos pelo novo caso.¹³¹ Nesta situação, a não aplicação do precedente terá como fundamento a proteção da saúde pública.

Situações que apresentam esse mesmo raciocínio podem ser visualizadas em um caso recente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do recurso de apelação nº 1003967-58.2018.8.26.0114, em que a 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) teve que decidir se determinada operadora de plano de saúde deveria cobrir medicamento sem registro da Anvisa. Sob o tema, já existem precedentes do STJ, oriundos do julgamento dos REsp. 1712163/SP e REsp. 1726563/SP, em que foi fixado o Tema 990, com a seguinte redação: "As operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA". Em sua *ratio decidendi*, há uma preocupação decorrente do risco sanitário em permitir que as pessoas se mediquem por drogas ainda sem o selo de aprovação da agência reguladora.

Embora o precedente do STJ preveja que os planos de saúde não são obrigados a custear esses remédios, o TJSP, no recurso citado, realizou a técnica de *distinguishing* para determinar que o plano de saúde deve custear o medicamento de uma usuária. Isso porque, no presente caso, trata-se do único tratamento disponível para a doença que acomete a paciente e, em razão de sua enfermidade ser rara, as chances de o medicamento ser submetido ao registro da Anvisa

¹³¹ Como é possível visualizar no exemplo descrito, uma característica marcante da técnica da distinção é a capacidade de criação de uma exceção implícita para a regra formulada pela Corte que criou o precedente. Ao decidir que determinado caso não se aplica o precedente, o tribunal estará, como consequência, afirmando que nessas circunstâncias o precedente não se aplica. Esse caso é um dos analisados no último capítulo dessa pesquisa a respeito de como os julgadores tem aplicado a técnica da distinção, para mais detalhes conferir o subcapítulo 3.2.

são ínfimas devido ao pouco interesse comercial.¹³² Diante dessas circunstâncias excepcionais, o Tribunal entendeu que o caso em julgamento deveria receber tratamento diferente do estabelecido no caso paradigma.

Nessas circunstâncias, deve-se observar os elementos do precedente para realizar uma técnica de cotejo com os elementos fáticos do caso e, na hipótese de haver diferenças entre os casos, o precedente é afastado. Como consequência, cria-se uma regra de exceção para o paradigma criado pelo tribunal superior. No caso citado, a exceção poderia ser descrita da seguinte forma: “o plano de saúde está obrigado a custear o tratamento não registrado na Anvisa quando este for o único meio disponível para o tratamento de doença rara”.

Essa forma de aplicação da técnica da distinção com método de comparação entre caso-precedente e caso-paradigma é classificada por Ricardo Chamon como declaratória.¹³³ Para o autor, trata-se de uma distinção em sentido estrito que ocorre pela simples falta de similitude fática entre os dois casos. Diante da constatação de divergências significativas, o tribunal afasta a solução proposta pelo precedente mediante uma efetiva fundamentação, destacando o porquê aquele caso deve receber tratamento diferente.

Essa maneira de aplicação da técnica da distinção em que busca divergências é uma das formas mais simples de sua aplicação, momento que o tribunal decide sobre a não incidência do precedente. Nesse sentido, o papel dos tribunais superiores seriam de apenas identificar se há ou não distinções relevantes entre o caso paradigma e o caso em julgamento e, havendo distinções, afastar a sua aplicação no caso concreto. Não havendo nenhuma forma de reinterpretações nas razões proferidas pelos tribunais superiores.

Em relação ao que foi apresentado anteriormente, o emprego do silogismo jurídico na aplicação de precedentes relaciona-se com as críticas realizadas pela corrente hermenêutica crítica. Isso ocorre porque, em um sistema de precedente dessa natureza, acaba-se aplicado os precedentes de forma automática, já que as teses dos tribunais são visualizadas como regras para o caso, que podem ou não incidir, não havendo espaço para os juízes e tribunais hierarquicamente inferiores reinterpretarem os precedentes criados. Dentre as consequências, a principal delas é a manutenção de um *stare decisis* de intensidade forte, diante da maior dificuldade de afastar as teses proferidas pelos tribunais superiores.¹³⁴

¹³² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1003967-58.2018.8.26.0114**, Relator: Des. Alexandre Coelho. São Paulo, 26 maio. 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=15705467&cdForo=0>. Acesso em: 03 fev. 2023.

¹³³ RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O *distinguishing* no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes**. op. cit, p. 183.

¹³⁴ Há uma crítica por parte da doutrina que aponta que se durante a aplicação dos precedentes, se preocupar somente com a função nomofilática dos tribunais superiores, permitindo aplicar as teses fixadas de maneira

Parte da doutrina descreve que essa é atualmente a forma mais comum de se visualizar os precedentes sendo aplicados no modelo brasileiro, sobretudo quando se trata das súmulas vinculantes.¹³⁵ Com dito, a principal corrente doutrinária oposta a essa forma de aplicação é a de viés hermenêutico crítico. Para ela, o perigo que pode existir na técnica do cotejamento decorre do fato de estimular o uso das “ementas”, que nada mais são do que os enunciados jurídicos para facilitar a visualização dos precedentes, os quais podem não conter a *ratio decidendi* da decisão, levando o aplicador, por vezes, a confundir aquilo que é *obiter dictum* com algo determinante para a resolução do caso.¹³⁶

Diante desse quadro, juristas como Juraci Mourão Lopes Filho defende que a aplicação de precedentes no Brasil não seja algo mecânico, mas orientada por um conjunto programático de considerações que precisam ser ponderadas pelo aplicador no momento de raciocinar por precedentes, nas palavras do autor:

O precedente não encerra discussões, porque sempre será possível interpretá-lo, reavaliá-lo, afastá-lo, incrementá-lo, ou seja, operar-lhe uma nova *application* sempre a depender de uma série de outros fatores. O precedente não encerra discussões, mas sem dúvidas, traz uma economia argumentativa porque, precisamente por trazer um ganho, torna desnecessário reavaliar e considerar aquilo que já foi avaliado e considerado em um jogo de-e-para já realizado. Para isso ocorrer, no entanto, também é necessária a adequada fundamentação.¹³⁷

Ocorre que na própria lógica desenhada pelo sistema brasileiro, os advogados precisam atuar por meio desse raciocínio silogístico para argumentar que um precedente não deve ser

irrefletida, estará se reprimando o antigo positivismo exegético que se baseava no mito de que a resposta para o caso já estaria contida na lei. No entanto, com a diferença de que no modelo contemporâneo, a resposta para o caso já estaria contida no precedente judicial, cabendo aos magistrados o papel de replicar o entendimento dos tribunais superiores. Essa é uma das razões que justificam, para os adeptos dessa corrente, que não é possível aplicar precedentes por silogismo, uma vez que a norma é construída por meio da interpretação que se realiza de acordo com os elementos do caso concreto, não podendo existir norma em abstrato.

¹³⁵ Há uma forte corrente na doutrina que aponta que as súmulas vinculantes não seriam propriamente precedentes como os típicos do *common law*. Na realidade, esse instituto se aproxima mais dos assentos portugueses, apesar de se tratar de um instituto único no mundo criado no Brasil como forma de estabilização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, sendo ampliado para outros tribunais.

¹³⁶ Esse fenômeno, denominado na doutrina por “ementização” do Direito jurisprudencial, pode trazer sérias consequências para o acesso à justiça, uma vez que jurisdicionados que deveriam obter uma resposta adequada para a sua demanda acabam sofrendo o efeito de uma ementa com conceitos muito amplos, ocorrendo uma aplicação indevida de um precedente vinculante. Para contornar questões como essa, o próprio sistema oportuniza à parte a possibilidade de apontar as divergências de sua demanda com o precedente que será aplicado, e nesse processo ganha relevo a técnica da distinção.

¹³⁷ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 338.

aplicado ao seu caso. Por meio desse raciocínio, o advogado deve procurar elementos diferenciadores no caso em julgamento e sustentar, por meio de uma fundamentação convincente, que o seu caso se distingue do caso paradigma. Por outro lado, a parte contrária, em contraditório, que deseja que o precedente seja aplicado por lhe ser mais favorável, buscará defender que a dessemelhança apresentada é muito pequena para autorizar o afastamento do precedente.¹³⁸ Sendo que é ônus da parte identificar o fundamento determinante e demonstrar que o seu caso é distinto, como destaca o enunciado nº 9 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) a respeito do ônus da parte em demonstrar a distinção:

Enunciado nº 9 da ENFAM: “É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.”¹³⁹

Embora o ônus de demonstrar a existência de distinção seja da parte, cabe também ao juízo fazer menção expressa em sua decisão sobre as razões que o levaram a acolher ou afastar o precedente. É recomendado pelo CNJ em sua resolução que isso seja feito como forma de garantir que o jurisdicionado possa entender a *ratio decidendi* e, inclusive, recorrer caso não concorde com a decisão.

Art. 10. Recomenda-se que haja menção expressa, na decisão, sobre as razões que levam à necessidade de afastamento ou ao acolhimento dos precedentes trazidos pelas partes

Dentre as razões que explicam que o sistema brasileiro supervalorize o raciocínio silogístico, está a preocupação de trazer maior segurança jurídica, por meio de uma estabilidade na jurisprudência. Com isso, acaba trazendo a ideia de que precedentes atuam como regras,¹⁴⁰

¹³⁸ Dierle Nunes destaca que nesse ambiente comparatístico, deve o advogado manusear por meio de analogias e contra-analogias, para a individualização do seu caso, impedindo que a decisão seja construída por meio de critérios muito generalíssimos que não guardam efetiva correspondência com as questões judiciais debatidas. NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. Precedentes: a mutação no ônus argumentativo. **Revista CEJ**, v. 23, n. 77, 2019. p. 100

¹³⁹ Escola Nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados (Enfam). Enunciados, de 28 de agosto de 2015. **O Poder Judiciário e o novo CPC**, Brasília. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2023

¹⁴⁰ SANTOS, Ramon Grenteski Ouais. A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 118.

fortalecendo a função nomofilática dos tribunais superiores, ao garantir que todos sigam os seus entendimentos, concentrando a palavra final na cúpula do Judiciário.¹⁴¹

Embora a técnica do cotejamento possivelmente seja a mais usual nos tribunais brasileiros e esta pesquisa tenha como objetivo analisar a sua aplicação, há outras formas de raciocinar durante a operação de afastamento dos precedentes judiciais. Ricardo Chamon destaca que, embora os tribunais realizem o *distinguishing* com facilidade para afastar a incidência do precedente, concluindo que os fatos do caso atual são diversos, a técnica nem sempre será empregada de forma direta.¹⁴² Na realidade, a forma mais sofisticada de aplicação deriva da própria natureza dos precedentes judiciais, permitindo adaptações à medida que a *ratio decidendi* contida no precedente é reinterpretada e distinguida nos casos subsequentes que surgem no dia a dia.¹⁴³

2.3. A mutação do âmbito de incidência do precedente pelo uso da técnica da distinção

A doutrina é uníssona em afirmar que precedente judiciais não são – ou não deveriam ser – regras canônicas enrijecidas no tempo e espaço. Diversos autores declaram que algo inerente à sua natureza é a capacidade de se adaptar para contextos fáticos distintos, seja pela ampliação ou restrição de sua *ratio decidendi*. Essa capacidade de se moldar de acordo com as novas circunstâncias decorrem das reinterpretações que vão sendo realizadas pelos tribunais no momento de aplicação dos precedentes.

Este é um processo natural e até mesmo recomendado em um sistema de precedentes judiciais. É por meio dessas novas interpretações realizadas pela tribunais inferiores que ocorre um enriquecimento do sistema. Como destaca Lucas Buril ao afirmar que o sentido de um precedente não se esgota com o sentido que lhe imprimou o julgador que decidiu,¹⁴⁴ essa é a oportunidade em que os precedentes passam a ser testados na resolução de casos futuros,

¹⁴¹ Como descrito no primeiro capítulo, no modelo clássico do *common law* há uma grande preocupação em identificar com precisão as razões contidas nas decisões anteriores que vinculam os futuros julgadores, existindo para isso diversas teorias e métodos para auxiliar o intérprete durante a aplicação do precedente. No entanto, essa questão acaba sendo simplificada no modelo brasileiro, o que acaba por deixar o nosso modelo carente de uma racionalidade durante a aplicação dos precedentes.

¹⁴² RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O *distinguishing* no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes**. op. cit, p. 192.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 193.

¹⁴⁴ MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes jurídicos e o direito processual civil**. op. cit. p. 290.

havendo um período de adaptação por parte dos julgadores no momento que precisam aplicá-los a situações não previstas.¹⁴⁵

Na realidade, essas adaptações são inevitáveis, como aponta Ricardo Chamon Ribeiro quando esclarece que, por mais que ocorram debates entre especialistas e a sociedade durante a elaboração de um precedente – momento que se busca levantar o maior número de argumentos – dificilmente todas as idiosincrasias da realidade serão debatidas durante a sua elaboração, por essa razão o precedente judicial é incapaz prever toda a realidade.¹⁴⁶ Quando for aplicado em um caso futuro, é bem possível que surja um novo argumento que deixou de ser debatido durante a elaboração do precedente e que precisa ser apreciado no momento de sua reinterpretação.¹⁴⁷¹⁴⁸

Em razão disso, quando a parte traz um argumento novo que não foi debatido durante a elaboração do precedente, cabe ao julgador se debruçar sobre a matéria e compreender quais são as razões de decidir que estão contidas naquele padrão decisório. A partir disso, o julgador deve decidir se aplica ou não aquele padrão anteriormente estabelecido. Se decidir pela não aplicação, é preciso apresentar uma argumentação sólida e consistente para explicar as razões pelas quais o precedente está sendo afastado naquele caso.

Nesse sentido a resolução do CNJ é clara ao recomendar, em seu artigo nº 41, que, caso surja um argumento novo durante o processo que não tenha sido debatido durante a formação do precedente, o julgador está autorizado a afastar a aplicação da tese paradigma. Nessas hipóteses, o precedente deixa de ter efeito vinculativo, mas continua com o seu efeito persuasivo, podendo ainda ser utilizado como fundamento para se seguir a tese, apesar de não ser obrigatório.

Art. 41. Recomenda-se que não haja enquadramento e, portanto, efeito vinculativo, se o tribunal que julgar a questão, no precedente firmado, não houver enfrentado e se pronunciado sobre fundamento existente no caso concreto futuro.

¹⁴⁵ Caso um precedente seja muito distinguido, por exemplo, pode significar que não está havendo uma boa aceitação dos tribunais inferiores, ou mesmo que o precedente foi mal formulado, indicando que o tribunal terá que futuramente se pronunciar novamente a respeito do precedente.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz, ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** op. cit.

¹⁴⁷ RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O distinguishing no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes.** op. cit, p. 194

¹⁴⁸ Nesse sentido, ganha importância a figura do *amicus curiae* na formação do precedente, pois é responsável por dar pluralidade ao debate, permitindo que sejam explorados novos argumentos que provavelmente não seriam apresentados caso a discussão fosse reduzida somente aos fundamentos das partes. Considerando que os fundamentos transcendem as partes, quanto mais plural for o debate, em tese, melhor será o precedente estabelecido. FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Modelo brasileiro de precedentes: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista.** op. cit., p. 230.

Parágrafo único. O magistrado poderá se afastar da tese fixada se adotar fundamento não analisado no precedente, que, na hipótese, terá somente o efeito persuasivo.¹⁴⁹

Diante de um novo fundamento, o julgador poderá criar uma exceção para a tese estabelecida pelo tribunal, conforme descrito anteriormente. Luiz Guilherme Marinoni destaca que com essas novas interpretações ocorre uma formação paulatina da *ratio decidendi*, sendo um processo de amadurecimento das razões iniciais, no sentido de que são interpretações subsequentes que permitirão o desenvolvimento do direito jurisprudencial¹⁵⁰ Quando se afasta a aplicação de um precedente, o julgador em suas razões contribui para o aprimoramento do precedente, garantindo um salto qualitativo do padrão decisório que está sendo construído.

Em decorrência dessas reinterpretações que vão sendo realizadas na *ratio decidendi* à luz dos novos casos, o âmbito inicial de sua incidência pode sofrer modificações, podendo ser ampliado para abranger novos casos não previstos originalmente, ou mesmo ser restringido para diminuir o número de circunstâncias em que o precedente pode ser aplicado. Isso pode ser feito com o propósito de corrigir eventuais erros cometidos durante a elaboração do precedente, como, por exemplo, o tribunal ter estabelecido um precedente mais amplo do que a sua real intenção.

Essa forma mais sofisticada de aplicação da técnica da distinção, que não se limita a ser apenas uma regra de não-incidência, mas ferramenta de desenvolvimento jurisprudencial, sendo denominada por Ricardo Chamon Ribeiro de distinção constitutiva.¹⁵¹ Isso porque, no momento de raciocinar para distinguir, o julgador enriquece a *ratio decidendi* contida do precedente por meio dos novos elementos trazidos pelas partes, bem como pelo uso de sua própria experiência como julgador e sua capacidade criativa-constitutiva do Direito. Nesse sentido, Lucas Buril destaca que o processo de distinção é um processo de reconstrução criativo, no qual as decisões posteriores adicionam elementos juridicamente relevantes que contribuem para a especificação e delimitação da *ratio decidendi* reconhecida no precedente originário.¹⁵²

¹⁴⁹ Caso um argumento que já tenha sido debatido e destacado durante a formação do precedente seja utilizado no futuro para justificar o afastamento do precedente, estará diante de uma distinção inconsistente. Por esse motivo, é importante que, ao redigir um voto, constem todas as teses que foram debatidas, inclusive aquelas que não foram consideradas para a formação do precedente, pois podem ser utilizadas no futuro para evitar que o precedente seja afastado por alguma delas. Quanto mais claro ficarem as teses que foram debatidas e desconsideradas, mais difícil será afastar o precedente no futuro.

¹⁵⁰ MARINONI. **Precedentes obrigatórios**, op. cit., p.178-181.

¹⁵¹ RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O *distinguishing* no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes**. op. cit, p. 192

¹⁵² MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes jurídicos e o direito processual civil**. pp. cit. p. 288

Sabendo dessa capacidade de desenvolvimento e flexibilidade da *ratio decidendi*, a doutrina subdivide a sua mutação em duas modalidades. Trata-se de uma classificação que leva em consideração se o tribunal, quando reinterpreto a *ratio decidendi*, restringiu ou ampliou o seu alcance em comparação com o precedente originário, ou mesmo se atribuiu outro significado aos elementos dos precedentes com o objetivo de corrigir eventuais erros (*fact adjusting*).

2.3.1. Distinção restritiva

A primeira classificação é a distinção restritiva, quando ocorre uma redução do âmbito de aplicação da *ratio decidendi* que havia sido prevista originariamente. Nesses casos, o tribunal deixa de lado um precedente para, em razão de um número maior de fatos materiais, criar uma nova regra para o caso. Como destaca Luiz Guilherme Marinoni, a técnica da distinção, nesses casos, exerce a função de aprimorar a *ratio decidendi* prevista pelo tribunal original, uma vez que pode ter o tribunal criado uma regra muito genérica, permitindo que o precedente fosse ampliado até mesmo para casos que não estavam em discussão no momento de sua criação.¹⁵³

Com a distinção restritiva, é possível estabelecer as hipóteses às quais o precedente pode ser aplicado e, assim, delimitar o âmbito de incidência criado originalmente pelo tribunal superior. Para isso, os intérpretes subsequentes reinterpreto a *ratio decidendi* à luz de novos fatos e adicionam outro fator não previsto inicialmente. Ao se exigir a presença de outros fatos materiais, a nova *ratio decidendi* passa a ser aplicada em um número menor de casos. Assim, embora surja um novo caso em que estejam presentes todos os elementos fáticos correspondentes ao do caso paradigma, por não estar presente o elemento adicional do tribunal que reinterpreto a *ratio*, o precedente não será aplicado.

Para ilustrar essa descrição, considere um exemplo de um tribunal vinculante que, a partir de um julgamento de um caso concreto de uma pessoa que teve seu pedido de auxílio doença concedido, estabelece um precedente prevendo que todo e qualquer cidadão que apresente algum problema de saúde tenha o direito ao auxílio previdenciário fornecido pelo governo. Contudo, os tribunais vinculados percebem que o precedente criado está sendo invocado de forma abusiva, para justificar pedidos de auxílio para qualquer doença, o que pode acabar comprometendo o orçamento.

¹⁵³ MARINONI. **Precedentes obrigatórios**, op. cit., p.178-181.

Diante da amplitude do termo utilizado, os intérpretes subsequentes podem reinterpretar a *ratio decidendi* para prever que somente as doenças que impossibilitam a pessoa de exercer sua atividade laborativa garantem o direito ao auxílio previdenciário. Note que, ao restringir o alcance da *ratio decidendi*, os tribunais vinculados diminuem o número de casos nos quais o precedente será aplicado em relação ao contexto original. É importante ressaltar que as reinterpretações não possuem necessariamente fins econômicos, podendo ser usadas para ajustar o precedente aos princípios constitucionais, às vezes não observados durante sua elaboração.

No sistema do *common law*, podemos extrair o exemplo do caso *Anns v. Merton London Borough*, ocorrido em 1978. Nesse caso, a *House of Lords* determinou a extensão da responsabilidade do município por ter sido negligente durante a fiscalização de uma obra de um morador, considerando que o município deveria cobrir os danos materiais. Contudo, seis anos depois, no julgamento do caso *Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson Ltd*, realizou-se uma interpretação restritiva do precedente, determinando que o município somente seria responsabilizado quando houvesse danos à saúde ou à segurança, diminuindo o seu âmbito de aplicação ao determinar que não seria mais para qualquer dano.¹⁵⁴

Nesse sentido, com a distinção restritiva, é possível corrigir eventuais equívocos realizados durante a elaboração de um precedente, como ter elaborado para um número maior de casos do que de fato gostaria. Destaca-se que, diferentemente de mudanças legislativas, que obtêm maior atenção dos veículos de comunicação, distinções restritivas realizadas pelos tribunais são mais silenciosas, apesar de seus efeitos, muitas vezes, terem o mesmo, ou maior impacto que alterações na própria lei.

2.3.2. Distinção ampliativa

Na distinção ampliativa, ocorre o oposto: há uma ampliação da *ratio decidendi* para incluir hipóteses fáticas que não haviam sido contempladas originalmente na produção do precedente. Nessas hipóteses, não há afastamento do precedente judicial, mas sim uma reinterpretação que permite que os mesmos fundamentos determinantes sejam considerados na resolução de outros casos, ampliando o seu contexto inicial de aplicação, inclusive para hipóteses narrativamente distintas.¹⁵⁵

¹⁵⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004, p. 172.

¹⁵⁵ ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. op cit, p. 975.

Ao descrever esse fenômeno, Patrícia Perrone destaca que a norma construída a partir da reinterpretção do precedente tende a se estender até o seu limite lógico, ocupando campos para os quais ela não foi dirigida inicialmente e corrigindo comandos originais que se revelaram inadequadamente restritivos.¹⁵⁶ Segundo a autora, é possível que a regra de direito prevista no precedente passe a abranger outras circunstâncias diferentes daquelas originárias, desde que essas hipóteses estejam relacionadas e racionalmente justificadas.

No sistema do *common law*, há diversos exemplos que ilustram esse fenômeno, como o caso *Barwick v. The English Stock Bank*, ocorrido no ano de 1886. Nesse caso, a *House of Lords* reconheceu a responsabilidade de uma instituição financeira por causar prejuízo a um de seus clientes, que foi induzido por um funcionário a aceitar uma operação financeira de risco. Em 1912, diante do caso *Lloyd v. Grace, Smith & Co*, sob outras circunstâncias, a *House of Lords* se deparou com uma situação semelhante, mas dessa vez o principal beneficiado pela fraude era o próprio funcionário, não havendo relação com o banco. Diante dos novos fatos, a *House of Lords* entendeu pela ampliação do precedente formado no primeiro caso para também responsabilizar a instituição financeira nas hipóteses em que seus funcionários induzem os clientes fraudulentamente em benefício próprio.¹⁵⁷

Agora, suponha que um precedente estabeleça que um empregador é responsável por acidentes de trabalho ocorridos dentro das instalações da empresa. Em um caso subsequente, os fatos são semelhantes, mas há uma diferença: o acidente ocorreu durante uma viagem de negócios de um funcionário, fora das instalações da empresa. Nesse caso, o tribunal pode fazer uma distinção ampliativa e argumentar que o precedente se aplica, mesmo que o acidente tenha ocorrido fora das instalações da empresa, pois a viagem de negócios estava relacionada ao trabalho e a responsabilidade do empregador se estende a essas.

Destaca-se que nos casos acima, os contextos fáticos são muito próximos, ambos tratam da extensão da responsabilidade das instituições bancárias quando envolve ou não fraudes cometidas por seus funcionários ou responsabilidade do empregador pelos acidentes de trabalho. No Brasil, há precedentes semelhantes a respeito de questões envolvendo responsabilidades,¹⁵⁸ como o Tema Repetitivo 466 do STJ, resultando na súmula nº 479 que possuía a seguinte redação:

¹⁵⁶MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁵⁷ CASE, Anglo-Norwegian Fisheries. *Barwick v. English Joint Stock Bank* 137. *City*, v. 406, n. 07, p. 408.

¹⁵⁸ Mais exemplo como esse são tratados durante a análise de casos no último capítulo dessa pesquisa, especificamente os Casos “A” e “B”, que demandam analisar a extensão da responsabilidade e, a partir disso, verificar a incidência ou não do precedente.

“As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno”.¹⁵⁹

Notem que o enunciado acima descreve um amplo âmbito de incidência do precedente, podendo ocorrer de ser aplicado para situações fáticas não muito semelhantes, uma vez que o que as une é a responsabilidade objetiva das instituições bancárias, que decorre do risco da atividade. Isso permite que se chegue à mesma conclusão, mesmo que o delito causado por terceiros seja narrativamente distinto, bastando a sua caracterização. Não é à toa que o próprio enunciado traz alguns exemplos de fraudes que poderiam ser cometidas, sem, no entanto, esgotar outras possibilidades.

Embora as hipóteses que envolvem a responsabilidade da instituição financeira sejam narrativamente próximas, isso não impede que a expansão da *ratio decidendi* seja aplicada a hipóteses fáticas menos similares como as descritas anteriormente. Por exemplo, um passageiro de um avião que está em queda e precisa lutar pela última máscara de oxigênio, ou um nadador que em uma correnteza forte precisa cortar a corda de seu parceiro para sobreviver.¹⁶⁰¹⁶¹

Apesar de parecerem fatos distintos à primeira vista, ambos têm em comum a necessidade de se fazer uma difícil escolha diante de um estado iminente de perigo. Embora os elementos fáticos sejam diferentes, é possível chegar à conclusão de que todos merecem o mesmo tratamento, uma vez que podem ser fundamentados na mesma razão que é injusto exigir conduta diferente de quem está correndo risco de vida. Embora o estado de necessidade seja previsto no Direito brasileiro (art. 24 do CP), nada impede que institutos como esse venham a ser criados em um sistema de precedentes.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 479**. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 18 ago. 2011. Seção 1, p. 2.

¹⁶⁰ Nessa linha de raciocínio Neil Maccormick cita exemplos semelhantes em seu livro. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Elsevier Brasil, 2008., p. 269, bem como SANTOS, Ramon SANTOS, Ramon Grenteski Ouais. A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

¹⁶¹ No mesmo sentido Ramos Grenteski destaca em sua pesquisa a possibilidade do precedente se estender para situação narrativamente distintas. SANTOS, Ramon Grenteski Ouais. A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

Na doutrina, Ricardo Chamon destaca que a pedra de toque nessas hipóteses é a argumentação e a sua capacidade de convencer os intérpretes subsequentes a respeito da aplicação do precedente.¹⁶² Nessas hipóteses descritas envolvendo estado de necessidade, o que possibilita que o mesmo precedente seja aplicado em circunstâncias tão distintas é a presença de princípios que são extraídos de tais situações. A racionalidade jurídica de fundo que os une com base em um mesmo fundamento.

Assim como os princípios, o uso de analogias como argumento pode ser utilizado para justificar a ampliação do âmbito de incidência do precedente para contextos distintos. Para ilustrar essa afirmação, a doutrina recorre a um exemplo clássico presente nos manuais de Direito, que é o caso da placa na frente de um restaurante escrita "proibido a entrada de cães". Imagine, por um momento, que esse enunciado diz respeito a um precedente judicial. Embora a leitura rápida possa sugerir que se trata de um enunciado simples de ser interpretado, é necessário compreender os fundamentos jurídicos que levaram a sua conclusão.

Se durante a leitura, fica claro que as razões que levaram à proibição da entrada de cães no restaurante foram o fato de que esses animais podem apresentar um comportamento imprevisível, inclusive atacando os clientes do local. Cães adestrados estariam fora da *ratio decidendi*, visto que não apresentariam o mesmo risco. Agora, se os fundamentos contiverem que a razão da proibição é o fato de que cães possuem pelos e, portanto, não são higiênicos em um restaurante, a regra jurídica contida no precedente pode ser estendida por analogia para abranger outros animais que também possuem pelos, como os gatos, que também seriam proibidos. Ou ainda, pode-se argumentar que todo e qualquer animal estaria proibido de frequentar o local.

Nesse sentido, o uso de analogia será aceito na medida que faça sentido segundo os fundamentos determinantes do precedente. Como destaca Ramon Grenteski Ouais Santos, “não basta comparar dois casos, sendo necessários estabelecer previamente sob qual critério esses dois casos estão sendo comparados”.¹⁶³ Imagine o primeiro caso em que a proibição de cães seja em razão do risco de morder um cliente. Certamente, o cliente quer quiser entrar com um urso no local será barrado pelas mesmas razões, e o critério “risco” pode ser utilizado como analogia para equiparar ambos os animais. Todavia, não seria possível estender o precedente

¹⁶² RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O distinguishing no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes**. op. cit, p. 188.

¹⁶³ SANTOS, Ramon Grenteski Ouais. A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 118.

com base nesse mesmo critério para um terceiro cliente que quisesse entrar no local com seu peixinho de aquário.

Como a vinculação do precedente nessas hipóteses ocorre no nível argumentativo, “aquele que busca que o precedente seja aplicado ao seu caso deve não somente convencer que o caso paradigma e o caso em discussão são semelhantes e, portanto, merecem o mesmo tratamento, mas também deve convencer que o critério por ele elegido é o mais adequado para se comparar os dois casos”.¹⁶⁴ Nessa hipótese, a autoridade do precedente decorre da racionalidade empregada para convencer o julgador.¹⁶⁵

Importante observar que, nas hipóteses descritas, são os intérpretes subsequentes que definirão a ampliação ou restrição dos precedentes criados pelos tribunais superiores. Essa é outra característica do uso da técnica da distinção, uma vez que a sua aplicação possibilita a oportunidade de enriquecer o sistema precedente e permitir o desenvolvimento do Direito jurisprudencial.

Cada forma de interpretar e aplicar precedentes depende do contexto em que estão sendo operacionalizados e do modelo de sistema de precedentes em que se está operando.¹⁶⁶ No sistema de precedentes brasileiro, por exemplo, é possível tanto emprego do raciocínio silogístico para a aplicação de precedentes que possuam contextos idênticos quanto o raciocínio por analogia, para contextos não tão próximos, embora essa segunda modalidade seja exceção, como destaca parte da doutrina.

Essa constatação pode ser observada na recomendação nº. 134 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro, que destaca, no artigo 9º, a diferença entre casos idênticos e casos análogos:

Art. 9º Recomenda-se que a observância dos precedentes dos tribunais superiores ocorra quando houver, subsequentemente, casos idênticos, ou análogos, que devem ser decididos à luz da mesma razão determinante.

¹⁶⁴ SANTOS, Ramon Grenteski Ouais. A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 118. Nessa mesma passagem o autor descreve como a flexibilidade dos precedentes podem ocorrer pelo uso de analogias e princípios gerais do direito.

¹⁶⁵ Nesse sentido, a sua força vinculante não decorre necessariamente do perfil nomofilático dos tribunais superiores ou de um procedimento formal previsto em lei. É a racionalidade que permite convencer os futuros julgadores que aquela é a melhor resposta para a solução do caso, decorrendo a sua força vinculante da capacidade argumentativa. Como descrito anteriormente, o uso da técnica da distinção dessa forma, que tem por base a racionalidade.

¹⁶⁶ Em um modelo que trata precedentes como regras, por exemplo, não é comum o uso de analogias para ampliar o âmbito de incidência do precedente judicial. Ademais, nem mesmo a técnica do *distinguishing* é utilizada para permitir que o julgador afaste o precedente. Tudo isso para garantir a autoridade máxima dos padrões decisórios.

Pela leitura do artigo, observa-se que é a razão determinante contido nos precedentes que indica a sua vinculação ou não, podendo, como mencionado, que precedentes não tão próximos sejam ampliados para contextos distintos, desde que a sua *ratio decidendi* faça sentido para aquele novo contexto.

Nesse sentido, para afastar quaisquer dúvidas, a I Jornada de Direito Processual Civil, realizada ainda no ano de 2017, aprovou o enunciado nº 59, que prevê que não é necessário que casos sejam completamente idênticos para a aplicação de um precedente:

Enunciado nº 59 da I Jornada de DPC do CJF: Não é exigível identidade absoluta entre casos para a aplicação de um precedente, seja ele vinculante ou não, bastando que ambos possam compartilhar os mesmos fundamentos determinantes.¹⁶⁷

Logo, é no nível argumentativo que mudanças como essas ocorrem, dependendo muito da participação de outros intérpretes para o seu desenvolvimento. Como destaca Patrícia Perrone, a técnica da distinção pode atuar dessa forma como uma ferramenta de interação entre os juízes e o tribunal que proferiu o precedente, e nessa interação há o desenvolvimento do sistema precedentalista.¹⁶⁸

2.4. Distinção enquanto técnica de desenvolvimento do sistema de precedentes

Nesse sentido, conforme Patrícia Perrone, um sistema de precedentes requerer uma interação constante entre os tribunais superiores e as demais cortes, sendo que o Direito resulta dessa interação.¹⁶⁹ Segundo a autora, o desenvolvimento dos precedentes ocorre em "rodadas", à medida que as decisões proferidas pelas instâncias inferiores são questionadas por meio de recursos, levando novamente a matéria à corte vinculante, que proferirá um novo precedente explicitando seu alcance. Assim, ocorre uma colaboração entre os intérpretes para o desenvolvimento do sistema de precedentes.¹⁷⁰

¹⁶⁷ CONSELHO, DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Processual Civil**: enunciados aprovados. Brasília/DF, v. 24, 2020, p. 20.

¹⁶⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos; DE ANDRADE BAQUEIRO, Paula. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 667-688, 2018.

¹⁶⁹ Ibidem.pgs. 667-688.

¹⁷⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; DE ANDRADE BAQUEIRO, Paula. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 667-688, 2018

Essa interação contínua é fundamental, pois os precedentes não se esgotam em seu enunciado linguístico. Quando tratamos da mutação do âmbito de aplicação da *ratio decidendi* destacamos o valor das reinterpretações que vão sendo realizadas. Georges Abboud observa que os tribunais superiores não podem ser os donos da última palavra sobre suas teses, o que seria totalmente totalitário e anti-hermenêutico.¹⁷¹ Ravi Peixoto destaca que o tribunal que emitiu o precedente originário não detém domínio completo sobre ele, e os julgadores posteriores que o interpretam não têm liberdade absoluta, realçando o desenvolvimento natural dessas teses.¹⁷²

As reinterpretações dos enunciados linguísticos são naturais, considerando que sempre há uma indeterminação natural no conteúdo do precedente, por mais que se busque definir seu alcance. A linguagem, por conter uma textura aberta, permite novas interpretações que escapam das intenções pretendidas pelo tribunal que o redigiu. Nesse aspecto, é importante o papel realizado pelos intérpretes subsequentes no aprimoramento das teses fixadas pelos tribunais superiores.

Um ponto importante que deve ser destacado é a maneira como um tribunal redige o precedente, a escolha de sua estrutura, a descrição das teses debatidas e as palavras empregadas na descrição dos fatos. Isso porque essas escolhas influenciarão a maneira como os futuros julgadores reinterpretarão o precedente, possibilitando abrir margem para desdobramentos que não foram previstos durante sua elaboração. Além disso, ao redigir o texto, o tribunal pode deliberadamente escolher quais palavras empregar, na expectativa de garantir que seja maior ou menor o âmbito de incidência da *ratio decidendi*, influenciando as futuras reinterpretações.¹⁷³

Isso ocorre porque, ao se empregar expressões mais generalizantes, que naturalmente abarcam um número maior de elementos, é mais difícil para os intérpretes subsequentes realizarem distinções para diminuir o âmbito de incidência da *ratio decidendi*. Em sentido inverso, caso o tribunal utilize expressões muito específicas do caso em questão, há mais facilidade para justificar alguma distinção, no entanto, sempre será possível realizar generalizações em algum nível.¹⁷⁴

¹⁷¹ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. op cit, p. 984.

¹⁷² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. op. cit., p. 185

¹⁷³ A influência de como os precedentes são redigidos para favorecer determinados grupos de interesse escapa da intenção da presente pesquisa. No entanto, há pesquisas que buscam analisar se os litigantes mais fortes são capazes de influenciar tribunais no momento em que precisam fixar suas teses com força vinculante.

¹⁷⁴ Ricardo Chamon destaca, nesse sentido, que sempre haverá um grau de generalidade, no entanto, isso não deve servir de desculpa para permitir a utilização de distinções ser critérios. RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O distinguishing no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes**. op. cit, p. 1.

Para ilustrar essa afirmação, imagine o seguinte exemplo: uma pessoa, após ler em um jornal de grande repercussão uma matéria ofensiva a seu respeito, decide ajuizar ação requerendo direito de resposta. O caso chega até a Suprema Corte, que decide que o jornal deve conceder o mesmo espaço que utilizou para a matéria considerada ofensiva como direito de resposta ao ofendido. No momento de descrever os elementos do caso, se o tribunal optar por descrever o objeto como i) “jornal de grande circulação”; ii) “imprensa” ou iii) “veículo de comunicação”, a aplicação do precedente se estenderia para contextos mais amplos, dificultando cada vez mais a realização de distinções no futuro.

Na primeira expressão, a aplicação do precedente ficaria restrita a objetos muito próximos, como jornais impressos, por exemplo. Na segunda, o setor da mídia poderia ser obrigado a fornecer direito de resposta, como programas de rádio e TV. Por fim, na última hipótese, o termo poderia ser ainda mais amplo, como uma rede social privada de alguém que publicou um texto ofensivo, tendo que se retratar da publicação. Nessa última hipótese, seria mais difícil para o usuário da rede privada requerer a distinção do seu caso, uma vez que sua rede social também é um veículo de comunicação.

Outro ponto é a utilização de conceitos indeterminados. Ao redigir as decisões, os tribunais podem utilizar expressões muito abstratas de textura aberta, sendo que os intérpretes subsequentes possuem a tarefa de calibrar esses conceitos conforme os casos que venham decidir no futuro. Imagine, por exemplo, que a Suprema Corte precise de posicionar a respeito de um caso envolvendo a criminalização dos discursos de ódio proferidos em meio digitais e, após deliberação dos Ministros, o tribunal entenda que tal conduta deve ser coibida criminalmente. Embora nesse caso hipotético o tribunal tenha deliberado com base em um caso concreto, são os julgadores subsequentes que irão definir com melhor precisão aquilo que seria “discurso de ódio”, daquilo que é liberdade de expressão, bem como os seus limites, na medida que os conceitos antes abstratos vão adquirindo concretude.

Nesse sentido, Dierle Nunes e André Frederico Horta destacam que, com o passar do tempo, pode ocorrer de uma nova linha de precedentes se forme a partir daquele primeiro precedente, sendo que a técnica da distinção desempenha um importante papel nesse processo de maturação do Direito jurisprudencial.¹⁷⁵ Isso porque, ao se afastar um precedente judicial, o tribunal afirma que aquela resposta não é adequada para aquelas hipóteses. No caso do exemplo descrito, ao afastar o precedente, o tribunal estaria afirmando que determinada circunstância

¹⁷⁵ DIDIER JR, Fredie et al. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Editora Jus Podivm. Salvador–Bahia, 2016, 308-323.

não configura discurso de ódio, mas sim liberdade de expressão. Outros tribunais podem seguir aquele entendimento ou corrigi-lo por não ser o adequado.

Situação como essa descritas pode ser visualizada quando Supremo Tribunal Federal, no julgamento do tema de repercussão geral nº 786, com base no RE. 1010606, teve que decidir se o direito ao esquecimento seria compatível com a Constituição Federal, em uma ponderação entre a liberdade de imprensa e o direito à personalidade. O caso analisado teve origem em um programa veiculado pela TV Globo, “Linha Direta”, em um episódio que no ano de 2004, realizou a reconstituição de um crime envolvendo Aída Curi, morta no ano de 1958. Sua família buscou a justiça para obter danos morais e o direito ao esquecimento da tragédia que ocorreu há tantos anos.

Em decorrência do julgamento, ao sopesar o direito à personalidade com o direito ao esquecimento, a Corte concluiu ser incompatível com a Constituição a ideia de direito ao esquecimento em favor da livre manifestação de pensamento e expressão. Ademais, para os Ministros, limitar a liberdade de expressão seria uma ofensa à memória coletiva, fazendo com que uma geração negue à próxima o direito de saber a sua história.¹⁷⁶ A tese de repercussão geral firmada no julgamento ficou com a seguinte redação:

“É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais”¹⁷⁷

“Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

Com a decisão, ficou estabelecido que o direito ao esquecimento não poderia ser invocado para obrigar os meios de comunicação a não noticiarem fatos verídicos em razão do decurso tempo. Embora o STF tenha se preocupado em deixar claro a necessidade de se analisar

¹⁷⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário), **Recurso extraordinário com repercussão geral 1.010.606/RJ**. "Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares", Relator Min. Dias Toffoli, julgamento: 11/02/2021. Publicação: 20/05/2021. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível aqui. Acesso em: 16/12/2022.

¹⁷⁷ Ibidem.

caso a caso a partir de parâmetros constitucionais, poderia se chegar à mesma conclusão ainda que nada fosse dito, já que é próprio da natureza dos precedentes a sua interpretação conforme o texto constitucional. Assim, embora haja vedação à proibição de noticiar, são os intérpretes subsequentes que estabelecerão os limites dessa liberdade contida na *ratio decidendi*.¹⁷⁸

Pouco tempo depois, o STJ teve que decidir novamente a respeito dos limites da liberdade de imprensa e o direito à personalidade. Embora o precedente do STF influenciasse a tomada de decisão, os Ministros do STJ não estão reféns dele.¹⁷⁹ O caso envolvia um famoso crime ocorrido em 1993, perto da igreja Candelária, no Rio de Janeiro, quando oito jovens moradores de rua foram mortos.¹⁸⁰ No mesmo programa do primeiro caso, o “Linha Direta” da Tv Globo, foi realizado um documentário sobre o caso e foi exposto o nome e imagem de um acusado que já havia sido absolvido pelo Tribunal do Júri, que inclusive havia pedido para não ser citado. Na decisão, a Quarta Turma do STJ entendeu que a Globo havia abusado do seu direito de informar.

Deixando de lado o mérito da discussão, que foge das pretensões dessa pesquisa, é possível observar que, ao considerar a responsabilidade de TV Globo, o STJ impôs novos limites ao precedente fixado pelo STF. Esses casos ilustram como a *ratio decidendi* é aperfeiçoada por meio da interação e da aplicação de novos casos. Imagine, por exemplo, a hipótese de alguém perder o emprego decorrente de uma reportagem reviver um crime pelo qual a pessoa foi absolvida há anos; ou o caso da reportagem não se limitar a descrever os fatos, mas também fazer juízo de valor, por meio de adjetivos vexatórios. São todas circunstâncias que podem ser enfrentadas pelos intérpretes subsequentes.

Ademais, retomando a discussão sobre o emprego de termos generalizantes, a expressão “meios de comunicação” por ser um termo amplo dificulta que se realize a distinção em casos futuros. Por exemplo, se no futuro houver divulgações por outros meios, como uma campanha do governo que utiliza o crime ocorrido como forma de conscientização, ou uma pesquisa acadêmica que faz um estudo de caso e divulga os resultados, esses casos vão estar dentro do âmbito de incidência do precedente. No entanto, se a expressão “matérias jornalísticas” tivesse

¹⁷⁸ A discussão sobre o direito ao esquecimento nos tribunais é relativamente recente, tendo chegado somente em 2014 no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em um caso envolvendo o cidadão espanhol Costeja González, que solicitou ao Google que fossem removidas informações pessoais a respeito de um leilão de um imóvel que havia ocorrido ainda em 1998. O Tribunal decidiu a favor de Costeja, determinando que o Google removesse suas informações pessoais.

¹⁷⁹ Importante observar que o que vincula são as razões, na medida que são capazes de convencer os julgadores futuros, como no caso aqui apresentando. Situações como essa aproximam-se de uma aplicação conforme o modelo das razões, cuja as razões que garantem a força vinculante do precedente.

¹⁸⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1334097/RJ**, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10/09/2013. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. último acesso em: 09 de fev. 2023

sido utilizada, haveria mais espaço para aplicação do *distinguishing*, não estando os futuros intérpretes tão adstrito aos fatos do caso.

Considerando a natureza dos precedentes, que podem ser ampliados para outros contextos pelo uso de termos generalizantes e a utilização de conceitos indeterminados muito abstratos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em sua recomendação n.º. 134, sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro, apresenta no artigo 12 recomendações que devem ser seguidas pelos tribunais ao redigir os seus acórdãos¹⁸¹:

Art. 12. Recomenda-se 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:

I – indicação de todos os fundamentos suscitados, favoráveis e contrários à tese jurídica discutida;

II – delimitação dos dispositivos normativos relevantes relacionados à questão jurídica;

III – identificação das circunstâncias fáticas subjacentes à controvérsia, em torno da questão jurídica;

IV – enunciação da tese jurídica firmada pelo órgão julgador em destaque, evitando a utilização de sinônimos de expressões técnicas ou em desuso

No sentido do artigo, o raciocínio jurídico do órgão julgador deve estar claro, permitindo compreender todas as etapas até sua conclusão. Inclusive para identificar os fundamentos contrários a tese que foram considerados durante o debate, caso sejam novamente suscitados no futuro. O propósito da resolução do CNJ é evitar interpretação divergentes a respeito do mesmo precedente, o que levaria novamente ao problema da insegurança jurídica. Para isso, recomenda que haja clareza nos acórdãos, de modo que seja possível os intérpretes subsequentes identificarem com facilidade a tese jurídica que está sendo debatida, os

¹⁸¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recomendação n. 134, de 09 de setembro de 2022**. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em: 03 fev. 2023.

argumentos contrários e favoráveis, os dispositivos normativos relevantes para a situação, bem como as situações fáticas importantes.¹⁸²

Com o mesmo propósito, no artigo 13 da mesma resolução, embora não sejam as teses que vincularão os futuros julgadores, o CNJ recomenda que os tribunais garantam que ao redigirem seus enunciados a linguagem seja clara e objetiva, evitando se que sejam mal interpretados, o que levaria a aplicação dos precedentes para situações fora de sua *ratio decidendi*, *in verbis*:

Art. 13. Recomenda-se que as teses:

I – sejam redigidas de forma clara, simples e objetiva;

II – não contenham enunciados que envolvam mais de uma tese jurídica;

III – indiquem brevemente e com precisão as circunstâncias fáticas as quais diz respeito;

Parágrafo único. Recomenda-se que os tribunais desenvolvam na PDPJ ferramentas de busca eficientes para localização do(s) acórdão(s) de que resultou a tese.

Embora uma linguagem clara facilite a aplicação dos precedentes e possibilite que os próximos intérpretes apliquem melhor a técnica do *distinguishing*, o seu emprego não é capaz de controlar que ocorram novas interpretações.¹⁸³ Entre as formas de distinguir, Thomas da Rosa de Bustamante descreve duas. A primeira é a criação de uma regra de exceção, que ocorre quando o tribunal reconhece a existência de uma exceção direta (*direct exception*) à regra judicial contida no precedente, para justificar a criação de exceção em virtude da existência de um elemento novo que não estava presente no caso paradigma.¹⁸⁴

¹⁸² Nesse sentido, Alexandre de Moraes da Rosa destaca em sua coluna no Conjur, que não basta decidir sobre o enunciado, porque será necessário estabelecer o trajeto, as teses debatidas, enfim, propiciar que o leitor democraticamente possa concordar com a *ratio decidendi*. Até porque, podem surgir novas teses, novos fatos, justamente para que se possa operar na lógica do *distinguishing* e do *overruling*. CONJUR, **Mesmo que a lei seja clara, sempre cabe...um enunciado: bingo!**.2017. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-set-09/diario-classe-mesmo-lei-seja-clara-sempre-cabeum-enunciado-bingo>. último acesso em: 09 de fev. 2023

¹⁸³ Apesar de ser possível estender por analogia, o próprio CNJ impõe limites (um poder limitado de distinguir) na aplicação desse método. A analogia também está sujeita a indexação, ou seja, deve-se considerar se o termo foi empregado ou não na decisão. O artigo 39 do CNJ estabelece que a aplicação do precedente deve ser sempre devidamente fundamentada e recomenda-se que o efeito vinculativo esteja limitado às questões e fundamentos que foram suscitados e analisados no precedente.

¹⁸⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 471.

Para ilustrar essa modalidade descrita por Bustamante, imagine novamente o caso do precedente descrito, mas em nova ponderação, o tribunal entende que, naquelas circunstâncias, o direito à personalidade deve prevalecer sobre o direito da imprensa de informar. Nessas circunstâncias, a regra contida no precedente é preservada sem que haja qualquer modificação da *ratio decidendi*. O que acontece, na realidade, é a exclusão de um caso do universo que antes estava previsto no âmbito de incidência e a criação de uma nova regra para ser aplicada a esse caso - uma exceção ao padrão decisório. Essa forma está relacionada com a descrição realizada anteriormente sobre a distinção como uma regra de não- incidência, cabendo às partes com uma fundamentação convincente demonstrar a ausência de similitude fática.

A segunda forma de manifestação ocorre quando o tribunal reconhece uma exceção indireta (também chamada de fact-adjusting). Nessa modalidade, o tribunal reconhece que há similitude entre os casos, no entanto, os fatos do caso em julgamento são reclassificados para evitar a aplicação do precedente. Nessa hipótese, os julgadores podem reinterpretar os fatos corrigindo algum equívoco do tribunal que criou o precedente, como ter atribuído um significado ambíguo ou supervalorizado um fato que não teria tanta importância assim. Segundo Bustamante, a regra criada pelo tribunal permanece válida, mas não é aplicada. Na primeira hipótese, em razão de uma divergência fática impedindo a sua redução teleológica e, na segunda, o precedente é afastado em virtude da realização de uma interpretação restritiva da sua *ratio decidendi*.¹⁸⁵

Em ambas as situações, ao deixar de aplicar o precedente, o tribunal transmite duas mensagens. A mais óbvia é que a regra contida no precedente não se aplica ao caso em julgamento. A segunda mensagem é a criação de uma exceção implícita para a regra ou mesmo um aviso ao tribunal vinculante de que a regra por ele criada carece de ajustes. Essa é uma oportunidade para a corte vinculante se manifestar novamente, na medida em que os recursos chegarem até ela, dando início a uma nova "rodada" de interações entre cortes vinculantes e vinculadas, permitindo que se pronunciem novamente sobre seus precedentes.¹⁸⁶

¹⁸⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 471.

¹⁸⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos; DE ANDRADE BAQUEIRO, Paula. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 667-688, 2018.

2.5. Distinção inconsistente

É importante destacar que, por mais parecidos que sejam dois casos, eles dificilmente serão idênticos, pois sempre haverá, por menor que seja, diferenças quando comparados. Nesse caso fossem realmente idênticos estaríamos diante do fenômeno da litispendência, devendo um deles ser extinto, de acordo com a regra do Código de Processo Civil que determina que o último ajuizado deve ser extinto. Mas, não sendo o caso de litispendência, é seguro afirmar que, ao menos, as partes, o objeto ou a causa de pedir serão distintas na comparação de dois casos que, à primeira vista, pareciam iguais.

Essa constatação, por mais óbvia que possa parecer em um primeiro momento, serve como ponto de partida para se afirmar que nem toda diferença que exista entre casos pode ser utilizada como justificativa para que seja dado tratamento distinto. Se qualquer dessemelhança autorizasse a aplicação da técnica da distinção, um sistema de precedentes que tem como escopo vincular futuros julgadores para que decidam no mesmo sentido em casos semelhantes perderia sua força em razão da banalização do uso da referida técnica.

Isto é, não basta que exista diferenças entre os casos, uma vez que sempre haverá. O fundamental é que o elemento diferenciador entre eles seja forte o suficiente para autorizar o julgador a construir uma resposta diferente daquela aplicada ao caso paradigma. Como destaca Ricardo Chamon Ribeiro, não basta identificar diferenças entre os casos, é necessário demonstrar que essas diferenças são substanciais, utilizando-se de fundamentação convincente para afastar a aplicação do precedente.¹⁸⁷

Nessa perspectiva, o próprio CNJ, em sua Resolução 134, recomenda, nos artigos 14, §1º e 42, a necessidade de estar exposta a devida fundamentação a respeito da inaplicabilidade da tese ao caso concreto, permitindo que as partes afetadas possam recorrer da decisão caso não esteja bem fundamentada. Nos termos da resolução, decisão bem fundamentada seria aquela que deixa claro o raciocínio jurídico do magistrado, apontando, no caso da distinção, qual o fundamento que justificaria o afastamento da tese paradigma.

Art. 14. Poderá o juiz ou tribunal, excepcionalmente, identificada distinção material relevante e indiscutível, afastar precedente de natureza obrigatória ou somente persuasiva, mediante técnica conhecida como distinção ou distinguishing

¹⁸⁷ Nos termos aqui destacado o que garantiria a autoridade do precedente seria a racionalidade e, para que justifique o seu afastamento, necessário um ônus argumentativo ainda mais robusto que os próprios fundamentos que justificam a aplicação do precedente.

§ 1o Recomenda-se 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.

Art. 42. Sendo hipótese de distinção ou de superação, haverá, naturalmente, a necessidade de ser exposta a devida fundamentação no sentido da inaplicabilidade da tese ao caso concreto em julgamento ou da formulação de novos fundamentos que denotem que a tese não deverá mais ser aplicada, em razão de modificações ocorridas, como, por exemplo, a decorrente de alteração legislativa

Continuando nessa linha de raciocínio, retomamos a discussão sobre a *ratio decidendi*. No capítulo anterior, afirmamos que nem todos os elementos contidos no caso paradigma possuem força vinculante, e é razoável que assim seja, uma vez que exigir a presença de todos os elementos da decisão tornaria qualquer precedente inaplicável. O que se exige é que os casos sejam idênticos nos fundamentos determinantes. Portanto, para promover o afastamento de um precedente, é necessário identificar se no caso em julgamento está contido um elemento juridicamente relevante distinto que poderia, hipoteticamente, justificar a não aplicação do precedente.¹⁸⁸

Nesse sentido, identificar a *ratio decidendi* de um precedente é fundamental para a aplicação adequada da técnica da distinção, principalmente para o próprio controle. Isso porque uma das formas mais usuais de se utilizar a distinção como subterfúgio para a não aplicação de um precedente é justificar o seu afastamento em razão de uma diferença que, à luz do caso concreto, seria apenas *obiter dictum*. Ademais, quando um julgador utiliza um argumento fraco para afastar um precedente tal postura é facilmente desmascarada observando-se que os fatos são materialmente irrelevantes.¹⁸⁹

Nos casos em que o julgador fundamenta sua decisão de afastar o precedente com base em um elemento juridicamente irrelevante, a doutrina classifica seu ato como uma distinção inconsistente. Sua inconsistência decorre do uso de um argumento fraco para fundamentar que o caso que está sendo julgado deve receber tratamento diferenciado. Isso pode levar a um arbítrio do julgado, que se esconde por trás do uso da técnica.

Para ilustrar o uso de uma distinção inconsistente, imagine o seguinte exemplo: visando premiar seu filho, que foi o melhor aluno da classe, seu pai o presenteia com um aparelho celular. No ano seguinte, o rendimento escolar desse mesmo filho cai devido ao uso excessivo

¹⁸⁸ Por ora, nos contentamos com essa definição para fins de didáticos. Todavia, como ficará mais claro no decorrer desta pesquisa, a técnica da distinção, na maioria das vezes, é bem mais complexa.

¹⁸⁹ MARINONI, **Precedentes obrigatórios**, op. cit., p. 325.

do aparelho em sala de aula. Essa situação evidencia que o precedente criado pelo pai não foi adequado. Contudo, sua filha também é aprovada como a melhor da turma e, para ganhar o aparelho, invoca o precedente criado pelo pai. Este justifica sua recusa em aplicar o precedente à filha por ela ser menina.¹⁹⁰

Nessa situação, a verdadeira intenção do pai seria preservar o bom desempenho de sua filha na escola. No entanto, sua justificativa para não aplicar o precedente decorre do gênero, que em nenhum momento é considerado no precedente originário. Trata-se de uma distinção inconsistente, na qual o aplicador se afasta da regra de "quem passa de ano como o melhor da turma tem direito a um celular" por meio do uso de um elemento materialmente irrelevante presente na *obter dictum*. O pai, no caso descrito, não decidiu com base na racionalidade do caso paradigma.

Na verdade, não é possível saber de antemão se uma distinção é inconsistente ou não. Classificar um argumento como fraco ou forte não ajuda muito, considerando que são conceitos indeterminados que dependem dos elementos do caso concreto. A questão do gênero, sob outras circunstâncias, pode ser um elemento juridicamente relevante. É no campo dialético entre as partes que esses conceitos vagos serão preenchidos. Embora delimitar a *ratio decidendi* do precedente originário possa dar pistas de quando o julgador busca utilizar a técnica para afastar indevidamente a aplicação de um precedente.¹⁹¹

Mas, agora com base no mesmo caso, imagine que seja comum presentear os filhos com aparelhos celulares quando apresentam bom rendimento escolar. No entanto, os pais começam a perceber que esse hábito não é saudável, dado que os aparelhos distraem os seus filhos durante os estudos. Com o passar do tempo, eles podem começar a fazer distinções restritivas a esse precedente, visando que seja aplicado em um número cada vez menor de casos, como, por exemplo, exigir que além do bom desempenho o filho seja maior de idade ou que o bom desempenho seja por pelo menos dois anos consecutivos. Essas diversas distinções podem significar um enfraquecimento do precedente.

Luiz Guilherme Marinoni destaca que um precedente quando passa a ser muito distinguido, sinaliza para o tribunal que o criou que este não está sendo mais aceito pela comunidade jurídica, perdendo naturalmente a sua autoridade como justificativa.¹⁹² Nessa

¹⁹⁰ Exemplo adaptado de obra de Neil Duxbury a respeito da aplicação e autoridade dos precedentes. Cf. DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge University Press, 2008, p. 2-3.

¹⁹¹ Em realidade, o uso de um elemento juridicamente irrelevante para determinar o afastamento de um precedente judicial, dependendo da situação, pode ser claramente definido como um ativismo judicial. Momento que o julgador deixa de seguir a coerência presente no padrão decisório para permitir que suas convicções pessoais determinem a conclusão do caso em julgamento.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes judiciais**. op. cit., p. 96

perspectiva, Patrícia Perrone afirma que a distinção inconsistente possui uma função de representar a insubordinação das cortes vinculadas aos precedentes errados ou injustos. Sendo que para a professora a superação de um precedente pode começar com sua erosão, por meio da distinção inconsistente.¹⁹³

Para Ricardo Chamon a distinção inconsistente acontece quando um precedente já poderia ter sido superado, mas ainda não foi. Quando constata certo grau de defasagem, mas ainda não se tem maturidade suficiente para afastá-lo. Seria, portanto, um passo provisório para a sua revogação total. Nessas circunstâncias o julgador afasta o precedente por entender que este não está mais em conformidade com o direito, trata-se de hipótese que garante maior segurança jurídica do que a sua simples revogação.¹⁹⁴ Apesar disso, entende o autor que uma resposta mais equilibrada seria o uso do instituto da sinalização (*signaling*).¹⁹⁵

Na mesma recomendação citada sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro, o CNJ desencoraja o uso da técnica da distinção como mecanismo de fuga para a não aplicação do precedente (distinções ilegítimas), além disso para o referido órgão a técnica da distinção não deve ser utilizada como via indireta de superação (distinções inconsistentes), como é possível perceber pela leitura do artigo 14, § 2º da referida recomendação:

§ 2o A distinção (*distinguishing*) não deve ser considerada instrumento hábil para afastar a aplicação da legislação vigente, bem como estabelecer tese jurídica (*ratio decidendi*) heterodoxa e em descompasso com a jurisprudência consolidada sobre o assunto.

§ 3o Recomenda-se que o *distinguishing* não seja confundido e não seja utilizado como simples mecanismo de recusa à aplicação de tese consolidada.

§ 4o Recomenda-se considerar imprópria a utilização do *distinguishing* como via indireta de superação de precedentes (*overruling*).

Embora os intérpretes subsequentes possuam o poder de distinguir, esse poder não é ilimitado. A referida recomendação do CNJ tem como escopo garantir a preservação da autoridade dos precedentes criados pelos tribunais superiores, ao mesmo tempo em que busca

¹⁹³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. op. cit.,

¹⁹⁴ A autor faz diferença entre a distinção inconsistente da distinção ilegítima, para essa última seria ilegítima nas hipóteses em que o julgador afasta o precedente simplesmente por motivos pessoais.

¹⁹⁵ RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O *distinguishing* no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes**. op. cit, p. 203.

combater atos de insubordinação das cortes vinculadas. Estas últimas poderiam utilizar a técnica da distinção como desculpa para não seguir os precedentes. Além disso, a recomendação sinaliza para uma maior rigidez do *stare decisis* no modelo brasileiro e a preservação da integridade da jurisprudência, destacando a função nomofilática dos tribunais superiores. Há, portanto, a tentativa de evitar que a técnica seja utilizada para outras finalidades, desvirtuando a sua razão de existir.

Para assegurar ainda mais o controle de que a técnica não está sendo aplicada para outros fins, o § 5º do mesmo artigo prevê que a utilização indevida da técnica constitui vício de fundamentação. Isso permite que os tribunais hierarquicamente superiores realizem o controle das interpretações realizadas sob seus precedentes, evitando que sejam afastados por elementos juridicamente irrelevantes para o caso.

§ 5º A indevida utilização do distinguishing constitui vício de fundamentação (art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015), o que pode ensejar a cassação da decisão

Desta forma, é possível que distinções inconsistentes, que enfraquecem as teses, sejam cassadas, mantendo-se a autoridade dos precedentes. É importante pontuar que a realização do *distinguishing*, por si só, não enfraquece o precedente. Pelo contrário, o intérprete, ao afastar o precedente, reafirma sua autoridade, justificando que aquela tese não serve para a resolução do caso. O enfraquecimento do precedente decorre, como mencionado, da não aceitação de suas razões pelos tribunais vinculados, que passam a buscar meios alternativos para justificar seu afastamento.

CAPÍTULO III. ANÁLISE EMPÍRICA DA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO

Até o momento, a presente pesquisa preocupou-se em tratar de aspectos teóricos relevantes para a compreensão do objeto de estudo do presente trabalho. Em razão disso, no primeiro capítulo realizou-se uma descrição do modelo de precedentes brasileiro e suas peculiaridades quando comparado com o sistema de precedentes clássico. A revisão bibliográfica realizada nessa parte permitiu obter um panorama geral do atual estágio de desenvolvimento do sistema de precedentes brasileiro, bem como os principais desafios que se propõe a enfrentar. Essa contextualização da pesquisa foi importante para o desenvolvimento e compreensão do problema que conduz esse trabalho.

No capítulo seguinte, buscou-se realizar um aprofundamento da técnica da distinção e a sua racionalidade jurídica em um sistema de precedentes. Para isso, foram exploradas as suas principais formas de aplicação, bem como as suas funcionalidades e limitações. Com a descrição do objeto realizada fase na pesquisa, foi possível obter parâmetros e indicadores de estudo que auxiliarão na análise empírica que se busca realizar. Ademais, esses dois primeiros capítulos forneceram aportes teóricos que contribuirão para uma análise mais aprofundada do conteúdo coletado na parte final da pesquisa.

Finalmente, este último capítulo apresenta enquanto escopo analisar a maneira como a referida técnica vem sendo aplicada em nosso sistema jurídico no momento que o julgador visa afastar as teses de natureza vinculante. Esse capítulo final, portanto, tem uma abordagem menos normativa e mais pragmática, ocupando-se em descobrir e descrever como se realiza o raciocínio desenvolvido pelos julgadores no momento de afastar os precedentes judiciais pelo uso da técnica da distinção.

3.1. Nota metodológica

Mais do que um princípio ético, o dever de um pesquisador de tornar o mais transparente possível cada passo adotado durante sua investigação é de fundamental importância para que sua pesquisa possa contribuir de alguma forma para a comunidade científica. Seja para que os próximos pesquisadores possam prosseguir a partir dos resultados obtidos, ou mesmo para que questionem os métodos adotados e os aperfeiçoem, a fim de produzir melhores resultados.

Nesse sentido, a ciência construída sob pilares de arrogância transforma-se em dogma. O conhecimento científico, portanto, é estruturado por caminhos dialéticos, possibilitando a descoberta da verdade a partir das descobertas anteriores. Com base nessa premissa, os próximos subtópicos buscam descrever as escolhas metodológicas e pragmáticas empregadas para auxiliar na obtenção das respostas das perguntas que conduziram a presente pesquisa.

Delimitação da questão-problema

O primeiro desses passos é a delimitação da questão-problema que conduz a presente investigação. Isso porque, a pergunta da pesquisa é um componente fundamental e anterior à escolha do método a ser utilizado, devendo existir um alinhamento entre os objetivos perseguidos pelo pesquisador e os métodos e procedimentos utilizados para as finalidades propostas.¹⁹⁶ Nesse sentido, como destacado ao longo dos capítulos anteriores, a pesquisa se propõe a investigar a maneira como vem sendo empregada a técnica da distinção. Mais especificamente, analisar os fundamentos e a racionalidade jurídica empregada durante o uso desse instituto, a fim de obter uma descrição mais exata possível do processo argumentativo seguido durante a aplicação da referida técnica.

Diante desse objetivo, a proposta da pesquisa pode ser resumida em identificar algumas das razões que levam os julgadores a afastarem a aplicação de um precedente judicial, pela via da diferenciação (*distinguishing*) entre casos, bem como as possíveis consequências do seu modo de aplicação.¹⁹⁷ A indagação formulada nesses seguintes termos se justifica na medida que, durante o desenvolvimento da revisão bibliográfica, percebeu-se a íntima relação entre a técnica da distinção e a autoridade dos precedentes judiciais. No sentido de que o enfraquecimento de sua força vinculante pode advir de um uso indiscriminado da técnica da distinção, sem que haja racionalidade ou critérios claros que justifiquem o afastamento de um precedente.

¹⁹⁶ MACHADO, Daniel Baldin. Sete elementos do processo de seleção de casos: contribuições para um maior rigor e transparência nas Ciências Sociais. **Revista Brasileira de Ciência Política**, 2021.

¹⁹⁷ Essa pergunta central possui como inspiração a excelente pesquisa de Bustamante realizada ainda no ano de 2014 a respeito da força normativa dos precedentes judiciais. Para aprofundamento no tema conferir: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de et al. **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2014.

Como destacado durante a revisão bibliográfica, essa possibilidade não passou despercebida pelo CNJ, que aprovou a recomendação nº 134/2022, no qual apresenta uma séria de recomendações a respeito de como deve ser realizado a operacionalização dos precedentes judiciais e, em particular, a técnica da distinção. O objetivo claro dessa recomendação é garantir que os precedentes judiciais permaneçam com sua autoridade em sentido forte, sem que haja o enfraquecimento das teses vinculantes por meio do uso descomedido da técnica, em uma espécie de subterfúgio para a sua não aplicação. Além disso, visa fortalecer a cultura dos precedentes no Brasil e instruir como as teses devem ser afastadas de maneira adequada.

Ademais, durante a revisão da literatura, foi constatado que há divergências quanto ao como e por que os precedentes vinculam os futuros julgadores. Há uma preocupação de que a vinculação ocorra de forma mecânica, sem que ocorra uma análise prévia das peculiaridades e singularidades de cada caso. E, em prol de uma pretensa uniformidade das relações jurídicas, se estabeleça uma jurisprudência engessada, que dificulte o acesso à justiça daqueles possuem demandas que merecem um tratamento distinto.

Nesse sentido, compreender a forma como vem sendo empregada a técnica e os motivos que levam os julgadores a afastarem precedentes judiciais pode trazer mais racionalidade durante o emprego dessa técnica. Seja para evitar sua utilização de forma indiscriminada (contribuindo para o enfraquecimento da autoridade dos precedentes), ou mesmo para que seu uso adequado possa servir de ferramenta de acesso à justiça, frente a um número cada vez maior de teses de natureza vinculante, como forma de padronizar decisões judiciais. Por essas razões, optou-se que o desenvolvimento desse capítulo apresentasse uma natureza exploratória e descritiva, no qual os dados coletados são analisados a partir do referencial teórico descrito nos capítulos anteriores e segundo as pretensões do Conselho Nacional de Justiça.

Adequação do método à pergunta

Definido os objetivos, o próximo passo é definir quais os métodos seriam empregados para atingir esses objetivos e as razões deles terem sido escolhidos. Isso porque, embora esteja disponível ao pesquisador um arcabouço de ferramentas metodológicas, a sua escolha está condicionada a aquelas que melhor atendam os seus objetivos, dependendo sobretudo das características de sua pesquisa.

Diante disso, ao considerarmos que a palavra “empírico” denota evidência sobre o mundo baseado em observação e experimentação”, como é o caso do estudo precedente, não há

dúvidas quanto à sua natureza.¹⁹⁸ Nesse contexto, trata-se de uma pesquisa empírica e qualitativa. Contudo, é crucial destacar o tipo específico de pesquisa qualitativa em questão, por isso, deve-se considerar que se trata de uma investigação voltada para a análise de documentos, no caso decisões judiciais, e possui uma natureza descritiva ao buscar descrever o raciocínio empregado na aplicação da técnica da distinção, sendo essas as suas principais características metodológicas.¹⁹⁹

Construção do universo de análise

Descrita os objetivos da pesquisa e a sua natureza. O passo seguinte foi a necessidade da composição de uma *amostra* que fosse possível extrair inferências. A necessidade de se construir uma amostragem deve-se as características das pesquisas empíricas que se propõe identificar a existência de algum tipo de padrão. Diante da dificuldade de analisar toda a *população*, o que exigiria um esforço hercúleo, para não se dizer inexecutável em razão do tempo e recursos disponíveis, foi necessário adotar tal postura pragmática, com critérios de seleção que derivassem da pergunta da pesquisa.

Contudo, a principal dificuldade na seleção de casos para compor a amostragem em pesquisas dessa natureza está no “viés de seleção”, que tende a fazer com que o pesquisador selecione aqueles casos que melhor atendam a sua tese inicial e descarte os que não a confirme, resultando em uma amostragem que reflete a subjetividade do pesquisador. Como forma de escapar desse “calcanhar metodológico”, optou-se por utilizar o método de *seleção por critérios objetivos* que orientaram durante a coleta do material, a fim de garantir maior objetividade na seleção das decisões.²⁰⁰

Diante disso foram elegidos cinco critérios objetivos para que possam conduzir o processo de seleção dos dados. Nesse sentido, foi exigido que os acórdãos deveriam tratar de casos com as seguintes características de forma cumulativa:

¹⁹⁸ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência. 2014, p. 11.

¹⁹⁹ Ibidem. p. 8.

²⁰⁰ Durante a escolha do método que seria utilizado para selecionar a amostragem, surgiram outras alternativas que se mostraram inviáveis. Como, por exemplo, o uso de uma amostragem aleatória simples, que apesar de evitar o “viés de seleção”, pode afetar a variedade de decisões judiciais, comprometendo o objetivo da pesquisa em analisar justamente a diversidade dos fundamentos empregados.

- (i) que tenham sido julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;
- (ii) que tenha sido debatido a respeito da aplicação da técnica da distinção no caso sub judice;
- (iii) que tenham sido julgados no máximo há 3 anos;
- (iv) que sejam concernentes ao Direito Privado ou Processo Civil;
- (v) que haja diversidade nas decisões que aplicaram a técnica da distinção.

Para adoção de tais critérios considerou as seguintes justificativas: No critério (i) foi elegido como tribunal de análise o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pois é o local em que a pesquisa é desenvolvida. Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é o maior do país, sendo responsável, atualmente, por 27% de toda a tramitação judicial do Brasil, refletindo tamanha relevância no número de processos julgados diariamente. O (ii) critério de seleção justifica-se à medida que trata do objeto da pesquisa, devendo necessariamente a decisão selecionada ter debatido de forma profunda a aplicação da técnica da distinção. O (iii) o critério temporal de três anos foi definido por questão da contemporaneidade, visando apresentar (na atualidade) como tem sido aplicado a técnica. Em relação ao critério (iv), optou-se por selecionar decisões de Direito Privado ou Processo Civil para limitar o debate a essas áreas. Por fim, no critério (v) entende-se por diversidade aqui a não repetição de precedentes e que as decisões tenham fundamentado o uso da técnica de maneiras diversas, permitindo a construção de uma amostragem mais diversificada e que fosse representativa a respeito do uso da técnica.²⁰¹ Isso porque, se observou que ao se afastar um precedente, todas as decisões subsequentes que afastam esse mesmo precedentes, acabam repetindo os mesmo argumentos, dessa forma, se fossem repetidamente selecionadas, não haveria diversidade nos argumentos analisados.

Contudo, considerando que mesmo com a aplicação de todos esses critérios o universo de pesquisa permaneceu ainda muito extenso, foi necessário utilizar a seleção por conveniência

²⁰¹ Para a coleta de dados, foram usados os parâmetros terminológicos "*distinguishing* ou *distinguish*", uma vez que a palavra "distinção" por ser muito genérica aparece em decisões que nada tem a ver o uso da técnica do *distinguishing*, dificuldade a seleção das decisões pertinentes. Além disso, restringiu-se a pesquisa às decisões em que os termos aparecessem nas ementas, pois embora os termos possam aparecer em inúmeras decisões, visto que são comuns no cotidiano dos tribunais, buscou-se direcionar a análise para aqueles casos em que a aplicação da técnica da distinção tenha sido debatida com centralidade, justificando-se sua referência na ementa. Foram buscados casos em que a discussão foi mais profunda do que o usual, obrigando o Tribunal de Justiça a estabelecer, já na ementa, seu posicionamento quanto à deliberação do órgão julgador na aplicação ou não do precedente no caso concreto. Importante ponto nesse sentido, é o fato de que, eventualmente, alguns casos podem ter a menção da distinção na ementa sem ter o termo em inglês e esses casos, por consequência, ficarem de fora dessa pesquisa, no entanto, esse fato não invalidam os casos coletados e analisados nessa pesquisa, mas representam sim um ponto que poderá ser melhor analisado em uma pesquisa futura.

como uma regra de desempate, permitindo realizar uma escolha proposital dentro do universo selecionado²⁰²²⁰³ Embora proposital, não significa uma escolha totalmente livre, por isso, foram priorizadas aquelas decisões que debateram com profundidade a aplicação da técnica da distinção, permitindo observar com mais clareza o processo argumentativo do julgador. Além disso, foram excluídas decisões com fundamentações idênticas, a fim de permitir diversidade teórica a respeito de como a técnica vem sendo aplicada, em harmonia com o (v) critério.

Com a aplicação dos critérios descritos e filtrados, o resultado foi a seleção de oito casos representativos, sendo que a universo de análise passou a ser composto da seguinte forma:

Tese Fixada	Leading Case	Acórdão do TJSP
Tema 518 STJ	Resp. nº 1172421/SP	20210000679036
Tema 886 STJ	Resp. nº 1345331/RS	20210000309159
Tema 990 STJ	Resp. nº 1712163/SP	20220000401511
Tema 1078 STJ	Resp. nº 1881453/RS	20230000251297
Súmula 385 STJ	Resp. nº 1062336/RS	20200001003602
Súmula 410 STJ	Resp. nº 993209/SE	20220000378374
Tema 210 STF	RE. nº 636331/RJ	20220000063773
Tema 1154 STF	RE. nº 1304964/SP	20230000032619

Estratégia analítica

Para o processo de interpretação da amostragem, foi necessário definir inicialmente quais os elementos são essenciais para que se possa analisar a aplicação da técnica da distinção de forma correta. Nesse sentido, Patrícia Perrone, em suas obras a respeito do tema, destaca que

²⁰² MACHADO, Daniel Baldin. Sete elementos do processo de seleção de casos: contribuições para um maior rigor e transparência nas Ciências Sociais. **Revista Brasileira de Ciência Política**, 2021. O termo escolha proposital é descrita no antigo, oportunidade que o autor esclarece que a opção metodológica não descaracteriza o método científico, desde que realizado de forma transparente pelo pesquisador.

²⁰³ Para se possa visualizar a quantidade, o volume de decisões, mesmo aplicando todos os critérios mencionados, entre o período que compreende 02/03/2020 até 01/03/2023 foram obtidas 429 decisões judiciais que haviam mencionado os termos “*distinguishing* ou *distinguish*” em suas “ementas”. Com leitura dessas decisões, foi observado que em sua grande maioria, apesar do termo ser mencionado na ementa, a técnica não havia sido utilizada. Em realidade, na maioria dos casos, apesar de ser o argumento das partes, entendeu o órgão julgador que o caso em exame era igual ao do precedente, e por isso não havia distinções, resultando em poucas decisões que de fato aplicaram a técnica para destacar quais seriam as distinções entre os casos.

há quatro elementos principais que devem ser observados durante a sua aplicação e análise da técnica, que são:

- A) Os fatos relevantes apresentados por cada um;
- B) Os valores e normas que eles suscitam;
- C) A questão de Direito em exame;
- D) Os fundamentos imanescentes à decisão.

Nesse sentido, inicialmente foi realizada uma leitura exaustiva do precedente, em que se procurou descrever esses quatro elementos principais descritos pela autora. Em seguida, procurando comparar com o caso previamente descrito, foi realizado o mesmo procedimento com o acórdão selecionado, também buscando delimitar e transcrever esses quatro elementos fundamentais descritos pela autora. Embora os elementos estejam descritos ao longo das próximas páginas, para facilitar a visualização, elaborou-se um quadro resumo que pode ser visualizado no apêndice presente na parte final da pesquisa.

Dessa forma, buscou-se examinar determinados padrões ou mesmo identificar tendências, comparando e contrastando os diferentes casos, ao mesmo tempo em que se buscou explicações ou interpretações dos fenômenos observados, a fim de que fosse possível identificar convergências ou divergências ou casos atípicos fora dos padrões. Para isso, foi delimitado os fundamentos que justificaram realização da distinção do caso paradigma, destacando o trecho que fez menção a essa diferença que justificou o uso da técnica.

Contudo, há uma observação metodológica a ser realizada, a pesquisa não se propõe a afirmar qual seria a melhor forma de realizar a técnica da distinção, ou mesmo que a decisão que afastou o precedente foi equivocada. Em realidade, sua preocupação é descrever com exatidão o processo argumentativo do julgador que levou a concluir pelo afastamento do precedente judicial e, a partir disso, interpretar os fundamentos identificados com base no referencial teórico desenvolvido nos capítulos iniciais. Expostas as considerações metodológicas, passasse para a análise dos casos.

3.2. Descrição dos casos selecionados

Caso A – O distinguishing no tema 518 do Superior Tribunal de Justiça

O tema 518 do Superior Tribunal de Justiça fixa a seguinte tese: a concorrência de culpas ocorre quando: “no caso de atropelamento de pedestre em via férrea, configura-se a concorrência de causas, impondo a redução da indenização por dano moral pela metade, quando: (i) a concessionária do transporte ferroviário descumpra o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais urbanos e populosos, adotando conduta negligente no tocante às necessárias práticas de cuidado e vigilância tendentes a evitar a ocorrência de sinistros; e (ii) a vítima adota conduta imprudente, atravessando a linha férrea em local inapropriado”. Determinando a culpa concorrente entre concessionária do transporte ferroviário e a vítima, na hipótese de atropelamento desta, quando há o descumprimento pela primeira do dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais de adensamento populacional, e pela conduta imprudente da vítima.

O caso que levou a fixação da referida tese foi o Resp. nº 1174241/SP, que teve a Defensoria Pública como *amicus curiae*.²⁰⁴ O caso julgado tratava de pais que ajuizaram ação com pedido de indenização contra a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM em virtude do falecimento de seu filho decorrente de atropelamento em linha férrea. Nesse sentido, em primeira instância, os pais obtiveram sentença de parcial procedência, reconhecendo a culpa concorrente da Companhia. No entanto, o Tribunal estadual deu provimento à apelação da ré, julgando prejudicado o pedido dos autores.

Na constância dos fatos, o filho dos autores estava atravessando a linha férrea no momento em que ocorreu o acidente. O relator destacou que o atropelamento ocorreu em local densamente habitado, no qual a linha férrea não era isolada do acesso de transeuntes, não era sinalizada e não tinha guarda permanente ou qualquer outro aparato de segurança, havendo buracos nos muros pelos quais as pessoas chegavam até as plataformas. Isto é, a empresa ré negligenciou seu dever de vigilância, pois não impediu que os moradores tivessem acesso aos trilhos.

Por outro lado, o relator também destacou a conduta imprudente da vítima. Pois, embora os muros não cercassem a linha férrea e não houvesse sinalização, bastava aguardar o momento adequado para realizar a travessia ou procurar outro local mais seguro, como a passarela

²⁰⁴ Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1172421/SP**, 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 08/08/2012. Disponível em <https://shre.ink/Qn0G>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

existente nas proximidades. Sendo certo que não era difícil a adoção de tais condutas, pois o grande porte e ruído da locomoção permitiam que fosse visualizada à distância.

Destacados os fatos relevantes, o relator enfatiza o art. 37, § 6º da Constituição e o art. 43 do Código Civil, que consagram a responsabilidade objetiva do Estado com base na teoria do risco administrativo em decorrência de conduta comissiva. Contudo, verifica-se uma conduta omissiva da pessoa jurídica prestadora de serviço público, não se aplicando a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, devendo-se observar a culpa do prestador do serviço público, comprovada pelo fato administrativo, o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

O relator concluiu que, diante dos fatos, a culpa da concessionária resulta da omissão ou negligência do dever de vedação física das faixas de domínio da ferrovia com muros ou cercas, bem como a sinalização para proteção da população. Contudo, destacou os casos em que a culpa é exclusiva da vítima, nas hipóteses em que o pedestre empreende a travessia da linha férrea em local inapropriado, uma vez que a periculosidade é ínsita a esse tipo de comportamento, caracterizando a imprudência.

Para a análise da aplicação do *distinguishing* nesse precedente, foi selecionado o Acórdão com o número de registro 20210000679036. Neste caso, vários autores ajuizaram uma ação contra a All América Latina Logística Malha Sul S/A, buscando a reparação de danos morais e materiais decorrentes de um acidente de trânsito.²⁰⁵

Ocorre que o relator invoca a técnica do *distinguishing* para apontar que o caso em julgamento apresenta elementos particulares em relação à tese paradigma. Em suas palavras:

E a hipótese dos autos, isso em relevo, não se amolda à apontada tese tema n. 0518; é que nada obstante tenha o acidente ocorrido em via férrea, imprópria à travessia de pedestres, o acervo probatório coligido revela não só a inexistência de sinalização, muros ou cercas no local, mas ainda o descumprimento de obrigação inserta em termo de ajuste de conduta firmado pela acionada (fls. 105/107); nele se comprometeu a instalar cercas no entorno dos trilhos, providência não levada a efeito, consoante ilustrações da época do acidente (fls. 108/120); a precariedade da segurança, assim, em prejuízo da incolumidade dos transeuntes, saltou clarividente, moldura agudizada pela consolidação de bairro populoso nas cercanias da malha ferroviária; gize-se,

²⁰⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20210000679036**. Rel. Tercio Pires. 34ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 23 de agosto de 2021. Apelação nº 1025031-57.2014.8.26.0602. Disponível em: <https://encurtador.com.br/chDHS>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

demais, que não cuidara a acionada demonstrar, como lhe cumpria, qualquer imprudência do ofendido própria à mitigação de sua responsabilidade, consoante destacado no “decisum”: “(...) Não vinga, no contexto, isso em relevo, a agitada culpa exclusiva da vítima, tampouco a concorrente; inexistente prova no sentido de que estivesse embriagada, ou outro subsídio qualquer à atenuação da culpa da concessionária - que não comprovou, destarte, fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito dos autores.

Diferentemente do caso paradigma, a companhia férrea não havia colocado nenhum tipo de sinalização, além disso não houve, diferente do primeiro caso, provas de que a vítima agiu de forma imprudente quando atravessa a malha ferroviária. Diante das disparidades dos fatos, reconhece no acórdão a responsabilidade objetiva da concessionária afastando a aplicação do precedente para culpa concorrente.

Caso B – O distinguishing no tema 886 do Superior Tribunal de Justiça

O tema 886 do Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese: “havendo compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto. Se ficar comprovado que: (i) o promissário comprador se imitira na posse; e (ii) o condomínio teve ciência inequívoca da transação, afasta-se a legitimidade passiva do promitente vendedor para responder por despesas condominiais relativas ao período em que a posse foi exercida pelo promissário comprador”

A discussão inicia-se a partir do caso de um casal que ajuizou embargos de terceiros em face do vendedor do imóvel e do Condomínio Edifício, objetivando desconstituir a penhora efetivada nos autos de cobrança de despesas condominiais.²⁰⁶ A tese controvertida discutida era saber se o promitente vendedor de um imóvel objeto de compromisso de compra e venda, não averbado em cartório de registro de imóveis, possui legitimidade para figurar no polo passivo de uma ação de cobrança de cotas condominiais em atraso proposta pelo condomínio.

Isso porque, os autores declararam que a promessa de compra e venda não foi levada a registro porque existiam pendências com o financiamento, mas que adquiriram o imóvel de boa-fé. A ação de cobrança deveria ter sido realizada em face deles e não do antigo proprietário, que por má-fé foi ajuizada pelo condomínio, e o antigo proprietário não se defendeu, fazendo

²⁰⁶ Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1345331/RS**, 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 08/04/2015. Disponível em <https://shre.ink/Qn03>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

com que o processo chegasse até a execução. Após os autores obterem decisão favorável nas duas instâncias, a ação chegou ao STJ.

Em seu voto, o relator destacou que as despesas condominiais, compreendidas como obrigações *propter rem*, são de responsabilidade daquele que detém a qualidade de proprietário da unidade imobiliária. Nesse sentido, concluiu que a responsabilidade pelas despesas de condomínio, ante a existência de promessa de compra e venda, pode recair tanto sobre o promissário comprador quanto sobre o promitente vendedor, a depender das circunstâncias do caso concreto. O ponto importante destacado pelo relator é "aferir com quem, de fato, foi estabelecida a relação jurídica".

Por fim, o relator destacou que "não há nenhuma relevância, para o efeito de definir a responsabilidade pelas despesas condominiais, se o contrato de promessa de compra e venda foi ou não registrado, pois, conforme assinalado, não é aquele que figura no registro como proprietário que, necessariamente, responderá por tais encargos". Em conclusão, afirmou que o que define a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais não é o registro do compromisso de venda e compra, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse e pela ciência do credor acerca da transação.

Para a análise da aplicação do *distinguishing* neste precedente, foi selecionado o Acórdão com número de registro 20210000309159. Neste caso, o autor opôs embargos à execução do Condomínio, alegando que os débitos são anteriores à sua imissão na posse do imóvel devem ficar a cargo do proprietário. Além disso, afirmou que, entre a arrematação do imóvel em leilão e a imissão na posse, o antigo proprietário procrastinou sua saída do imóvel, deixando de pagar as despesas condominiais vencidas.²⁰⁷

Em seu voto, o relator destacou que, no caso em exame, há uma diferença substancial. Isso porque não se trata de um contrato de compra e venda de imóvel, mas sim de uma aquisição em arrematação de hasta pública. O que afasta a aplicação do precedente, pois, conforme destacou o relator: "verifica-se no edital de hasta pública que o imóvel arrematado pelo apelante contava com débitos condominiais e tributários, sendo irrelevante a ausência de informação expressa de que o arrematante seria responsável pelas despesas condominiais". Por essa razão,

²⁰⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20210000309159**. Rel. Artur Marques Da Silva Filho. 35ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 26 de abril de 2021. Apelação nº 1017897-26.2020.8.26.0001. Disponível em: <https://encurtador.com.br/kzJRV>. Acesso em: 22 de abril de 2023

manteve a sentença determinando a execução dos débitos condominiais em face do adquirente do imóvel.

Caso C – O distinguishing no tema 990 do Superior Tribunal de Justiça

O tema 990 fixa a seguinte tese: “as operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA”. Para o julgamento que fixou a referida tese foram selecionados dois casos representativos da controvérsia, sendo o Resp. 1712163/SP e o Resp. 1726563/SP. Enquanto *amicus curiae* intervieram a União, a Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Defensoria Pública da União (DPU), e o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS).²⁰⁸

O caso em analisado envolvia um pedido de uma de uma contratante de plano de saúde para que a contratada (AMIL – Assistência Médica Internacional LTDA) e ITAUSEG Saúde S.A fornecessem o medicamento “Harvoni (Sofosbuvir 400 mg e Ledispavir 90 mg) para o tratamento de cirrose hepática, causada pelo vírus da hepatite C. Ocorre que o pedido da paciente já havia sido julgado procedente nas duas primeiras instâncias, quando a Amil interpôs recurso especial alegando que não poderia ser obrigada a custear as despesas de medicamentos importados, e não nacionalizados. Além disso, sustentou que a conduta de distribuir medicamento sem registro na ANVISA é passível de sanção criminal.

O relator do caso, Ministro Moura Ribeiro, destacou em seu voto que o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, que impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o acesso a tal serviço, no entanto, destacou o cerne de discussão seria analisar qual seria o alcance e limite desse direito. Nesse sentido, destacou o papel da ANVISA na proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária como previsto na Lei nº 6.360/76, artigos 1º e 6º, bem como o artigo 16, inciso II. Concluindo seu argumento ao citar que: “a necessidade de proteção da saúde pública parece não deixar dúvidas acerca da importância de se respeitar a existência de registro na ANVISA no contexto da judicialização da saúde”

Ademais, destacou em seu voto que a importação de medicamentos, sem prévio registro, constitui infração de natureza sanitária, nos termos dos art. 10, IV, da Lei nº 6.437/77, e art.12

²⁰⁸ Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1712163/SP**, 2ª Seção, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 08/11/2018. Disponível <https://shre.ink/Qn09>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

e 66, ambos da Lei nº 6.360/76. Logo, “não é possível o Judiciário impor às operadoras de planos de saúde que realizem ato tipificado como infração de natureza sanitária, pois isso implicaria manifesta vulneração do princípio da legalidade previsto constitucionalmente”.

Em conclusão do seu raciocínio, o julgador destacou que a obrigatoriedade do registro é essencial à garantia à saúde pública, tendo em conta que tal medida é fundamental para atestar a segurança e eficácia do medicamento, dever este que recai sobre o Estado, por essa razão é exigência legal ao fornecimento de medicamento a prévia existência de registro pela ANVISA ou autorização dela.

Para análise da aplicação do *distinguishing* no referido precedente, foi selecionado o Acórdão com o número de registro 20220000401511. No caso julgado, a apelante ajuizou ação contra a Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico para que esta custeie o medicamento “Enasidenib” (IDHIFA). A autora defendeu a aplicação do artigo 927, 3º, do Código de Processo Civil para modular os efeitos do entendimento sedimentado no Tema 990 do STJ. Sua demanda foi julgada improcedente em primeira instância.²⁰⁹

Contudo, em sede de apelação, a 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que o caso em julgamento apresentava peculiaridades em relação ao padrão decisório fixado pelo STJ. Isso porque, apesar de o medicamento requerido pela autora não ter registro na ANVISA, trata-se de uma patologia rara. Nas palavras do Relator:

As peculiaridades do caso concreto desafiam solução diversa da adotada pelo MM. Juízo a quo, uma vez que a patologia que acometeu a beneficiária do plano trata-se de doença rara; e o medicamento pleiteado constitui fármaco amplamente utilizado fora do Brasil para o tratamento de quadro como o da autora, tendo sido aprovado pela FDA - Food And Drug Administration congênera norteamericana da ANVISA, no ano 2017 [...] embora não se olvide o quanto decidido pelo C.Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Tema 990, imperiosa a apreciação dos autos considerando a excepcionalidade de suas circunstâncias, determinantes à realização de *distinguishing* em relação ao entendimento fixado.

²⁰⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20220000401511**. Rel. Alexandre Coelho. 8ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 18 de maio de 2022. Apelação nº 1003967-58.2018.8.26.0114. Disponível em: <https://encurtador.com.br/pzJ08>. Acesso em: 22 de abril de 2023

Em seus fundamentos, ainda foi alegado a necessidade de preservação da função social relevante atrelada aos contratos de saúde na concretização do direito à saúde e da dignidade da pessoa humana.

Caso D – O distinguishing no tema 1078 do Superior Tribunal de Justiça

No tema de repercussão geral de número 1078, o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese: "O atraso, por parte de instituição financeira, na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo não caracteriza, por si só, dano moral *in re ipsa*." O *leading case* selecionado como representante foi o Resp. nº 1881453/RS. Este caso envolveu uma ação indenizatória contra BV Financeira S.A. Crédito e Investimento, na qual o autor sustentava que tinha sofrido dano moral em virtude da não liberação do gravame registrado sobre o automóvel financiado.²¹⁰

No juízo de primeiro grau e em segunda instância, a demanda foi julgada improcedente sob o fundamento de que o mero atraso na liberação do gravame não era suficiente para caracterizar o dano moral indenizável, apesar de o autor alegar dano moral *in re ipsa*.

O relator em seu voto lembra que, para haver reparação por danos morais, é necessário haver ação, dano e nexos de causalidade, a não ser nas situações em que o dano moral é presumido. Ademais, observa que para o STJ, o entendimento é de afastar o dano moral presumido, sendo necessária a comprovação de situação fática que ultrapasse o aborrecimento normal.

O relator reconheceu que o CONTRAN, por meio da Resolução n. 689, estabeleceu o prazo de 10 dias para as instituições credoras informarem ao órgão de trânsito acerca da quitação do contrato. Todavia, não comprovado nenhum dano advindo em decorrência do atraso, não existe direito à reparação por danos morais. Para o relator, tal fato não passa de mero contratempo, comum à moderna vida em sociedade, não podendo o simples transtorno ser definido como dano moral, sob pena de banalização do instituto.

O relator concluiu que "a demora na baixa de gravame de veículo, por si só, não gera dano moral indenizável, salvo a demonstração de circunstâncias específicas que sejam capazes de provocar graves lesões à personalidade e ao prestígio social do ofendido e que ultrapassem o mero dissabor".

²¹⁰ Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1881453/RS** 2ª Seção, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 30/11/2021. Disponível em <https://shre.ink/QRZ4>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

Para a análise da aplicação do *distinguishing* nesse precedente, foi selecionado o Acórdão com número de registro 20230000251297. O caso tratou de uma ação movida contra a Aymoré Crédito, Financiamento e Investimentos S/A, em virtude da demora na baixa do gravame após a quitação do financiamento.²¹¹

O relator, em seu voto, destacou que, no caso em julgamento, deve ser aplicada a técnica do *distinguishing*. Isso porque, diferentemente do precedente que estabeleceu a tese 1078 do STJ, no caso em julgamento, levou quatro meses até que a ré retirasse o gravame do veículo e, mesmo assim, somente após decisão das duas instâncias do Poder Judiciário, evidenciando consequências que ultrapassam os aborrecimentos normais vinculados ao descumprimento contratual. Para o relator, foi ultrapassado o limite do aceitável, caracterizando o ato ilícito diante da ofensa danosa à esfera de dignidade e aos direitos básicos da consumidora, a quem o Estado deve defender, reprimindo todos os abusos praticados no mercado.

Configurando o dano, na espécie *in re ipsa*, que dispensa prova de maiores reflexos patrimoniais ou morais, sendo que o dever de indenizar decorre da quebra da confiança e da justa expectativa da consumidora que confiou na lisura da ré.

Caso E – O distinguishing na súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça

A Súmula 385 do STJ fixou a seguinte tese: "Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento". Essa tese é fruto de vários julgamentos nesse sentido naquela Corte. Como precedente representativo, foi eleito o Resp. nº. 1062336-RS.²¹²

O caso em questão tratava de uma ação movida pelo autor Câmara de Dirigentes Lojistas de Porto Alegre (CDL), alegando, em síntese, que a ré incluiu o nome do autor em seus registros de inadimplentes sem prévia comunicação, devendo ocorrer reparação civil. Na sentença, o pedido do autor foi julgado improcedente e, em segunda instância, foi parcialmente provido à apelação para cancelar o registro, mas rejeitada a indenização moral.

²¹¹ Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20230000251297**. Rel. Ferreira da Cruz. 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 29 de março de 2023. Apelação nº 1000714-85.2022.8.26.0352. Disponível em: <https://encurtador.com.br/bprzA>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

²¹² Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1062336/RS**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 15/12/2008. Disponível em <https://shre.ink/Qn01>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

No STJ, nesse caso em específico, discutiu-se se a repercussão da pré-existência de outros registros negativos em nome do devedor no momento da fixação da indenização. A relatora destacou que a 2ª seção do STJ alterou o posicionamento, passando a considerar que "quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido pela inscrição do seu nome como inadimplente em cadastro de proteção de crédito".

Para a relatora, que foi voto vencido, aqueles que comentem ato ilícito (inscrição do consumidor sem notificação) podem se esconder sob a alegação de que o devedor já possuía outras anotações. Ademais, o que se discute é a ilicitude da inscrição. O que está em análise é a conduta do órgão mantedor do cadastro e não se o consumidor é ou não honesto.

No sentido contrário, e com posicionamento dominante, foi destacado que o dano decorre da imputação de inadimplemento a alguém que efetivamente não o é. O descumprimento de uma simples formalidade (notificação) não leva a uma dor de injustiça pelo fato de não ter sido notificado quando, no cadastro, já existem diversas outras anotações configuradas. "O fato de existir registros anteriores, por si só, já configura o estado de inadimplemento. Mais um ou menos um, data vênia, não pode causar mais dor do que o primeiro". Concluiu-se que o tratamento para o devedor contumaz deve ser diferente daquele que é inscrito e não recebe a comunicação.

Para a análise da aplicação do *distinguishing* nesse precedente, foi selecionado o Acórdão com número de registro 20200001003602. Neste caso, o autor moveu uma ação com pedido de danos morais em face do Banco Bradesco S/A, por negativação indevida de seu nome junto aos órgãos de proteção do crédito, sendo que nas duas instâncias o seu pedido foi julgado improcedente.²¹³

No caso julgado, de fato, no momento em que foi registrado o nome do autor no cadastro de inadimplentes, não havia contemporânea inscrição de seu nome no cadastro de proteção do crédito, razão pela qual, seguindo o entendimento da súmula 385 do STJ, o autor faria jus ao dano moral.

No entanto, o Tribunal entendeu por aplicar a técnica do *distinguishing*. Isso porque, segundo o relator: "o apelante é um devedor contumaz, sendo negativado mais de vinte vezes

²¹³ Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20200001003602**. Rel. Marco Fábio Morsello. 11ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 09 de dezembro de 2020. Apelação nº 1014627-49.2019.8.26.0576. Disponível em: <https://shre.ink/QnpD>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

por credores diversos, incluindo Bradesco S/A, Cia Paulista de Força e Luz, Caixa Econômica Federal e Hipercard, e, durante o curso do processo, voltou ao cadastro e lá permaneceu por outras dívidas”.

Nas palavras do relator: "Nesta peculiar situação, não se pode falar no sofrimento de dano moral 'in re ipsa'. Não há como se presumir, pela excepcionalidade do caso concreto, abalo à honra do apelante. Em outras palavras, considerada a frequência do autor em listas públicas de inadimplentes, não há como se firmar ilação de ocorrência de danos morais". Por essa razão, afastou a aplicação do precedente no presente caso.

Caso F – O distinguishing na súmula 410 do Superior Tribunal de Justiça

A súmula 410 do STJ fixa a seguinte tese: “a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Um dos julgamentos realizados para a fixação da referida tese foi o AgRg. no Resp. nº 993209/SE. O caso discutido tratava de uma execução de astreintes movida pelo Banco do Brasil S/A contra um réu inadimplente. O TJSE julgou desnecessária a intimação pessoal, considerando suficiente a publicação no Diário de Justiça.²¹⁴

Nas razões recursais, o Banco alegava que não era necessária a intimação pessoal do réu da decisão que antecipou os efeitos da tutela, determinando-lhe obrigação de fazer com a cominação de multa para o caso de descumprimento, uma vez que a situação não se enquadrava em nenhum dos casos em que a intimação deveria ser pessoal, pois o réu possuía defensor constituído nos autos.

A relatora, em seu voto, reformou a decisão do TJSE sob a alegação de que a parte a quem se destina a ordem fazer ou não fazer deve ser pessoalmente intimada da decisão cominatória, especialmente quando há fixação de astreintes. Isso porque a presunção de que a intimação atingiu a sua finalidade, ainda que sem atendimento às formalidades legais, não pode se sobrepor à certeza que decorreria na necessária intimação pessoal, considerando que as consequências cíveis e penais do descumprimento das decisões mandamentais exigem segurança na comunicação.

²¹⁴ Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 993209/SE**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andri ghi, DJe 18/03/2008. Disponível em <https://shre.ink/Qn0d>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

Para a análise da aplicação do *distinguishing* no precedente descrito, foi selecionado o acórdão com número de registro 20220000378374. O caso tratou de uma ação movida pela autora contra o Facebook Serviços Online no Brasil LTDA. No agravo de instrução, discutiu-se a legitimidade da multa coercitiva aplicada diante da ausência de intimação pessoal para cumprimento de ordem judicial, no valor de R\$ 65.000 (sessenta e cinco mil reais).²¹⁵

O fato narrado tratou da circunstância de ausência de intimação pessoal da empresa para cumprir a ordem de reativar as contas da exequente nas redes sociais Facebook e Instagram. Contudo, após a expedição do provimento jurisdicional, a própria executada se manifestou nos autos para informar a impossibilidade de cumprir a decisão, sob a alegação de que a exequente descumpriu os seus Termos de Serviço.

Diante desses fatos, o relator entendeu que se tratava de uma "prova suficiente para atestar a plena ciência da executada a respeito do teor da ordem judicial contra si prolatada". Logo, a finalidade foi atingida conforme prevê a súmula 410. Nas palavras do relator, trata-se de um caso de *distinguishing*, pois uma interpretação diversa desta subverteria a função do processo como instrumento para o devido exercício da jurisdição, tornando-o um fim em si mesmo. Em conclusão, afastou a aplicação da súmula 410 para reconhecer a exigibilidade da multa coercitiva mesmo diante da ausência de intimação pessoal da executada.

Caso G – O distinguishing no tema 210 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal

O tema 210 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: “nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

No julgamento do caso paradigma: RE 636331/RJ, o Supremo Tribunal Federal discutiu o conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia em relação à limitação da responsabilidade civil das companhias aéreas pelo extravio de bagagem de passageiros em voos internacionais. A questão controvertida era determinar se os tratados internacionais subscritos pelo Brasil, notadamente a Convenção de Varsóvia e suas alterações

²¹⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20220000378374**. Rel. Christiano Jorge. 6ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 19 de maio de 2022. Apelação nº 2111750-41.2021.8.26.0000. Disponível em: <https://shre.ink/QnpL>. Acesso em: 22 de abril de 2023

posteriores, devem prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor para limitar a responsabilidade das empresas de transporte aéreo internacional por extravio de bagagem.²¹⁶

No caso em julgamento, a ação foi movida pela autora contra a Société Air France devido ao extravio de bagagem em um voo internacional. A companhia aérea argumentou que o artigo 178 da Constituição, que determina a aplicação da regra mais restritiva da Convenção de Varsóvia sobre o Código de Defesa do Consumidor, foi violado.

O relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, destacou que a essência da questão era "definir se o direito do passageiro à indenização pode ser limitado por legislação internacional especial devidamente incorporada à ordem jurídica brasileira". No conflito de antinomias, o Ministro votou argumentando que os acordos internacionais, especialmente a Convenção de Varsóvia, devem prevalecer. Para fundamentar seu voto, que foi seguido pela maioria dos demais ministros, ele apoiou-se em três argumentos.

O primeiro é que a proteção do consumidor não é a única diretriz a ser observada pela ordem econômica, nem o único mandamento constitucional a ser seguido, havendo também o comando para observar os acordos internacionais. O segundo argumento é que a lei especial deve ser preservada em relação à lei geral e a lei posterior em relação à lei anterior, sendo que o acordo internacional é mais específico do que o Código de Defesa do Consumidor. O último ponto trata do alcance das disposições previstas no artigo 178 da CF e no artigo 22 da Convenção para determinar a modalidade de contratos e a natureza da indenização. Para o Ministro, as disposições previstas no acordo internacional aplicam-se exclusivamente a pessoas, bagagens ou cargas e abrangem somente as reparações por danos materiais e não danos morais.

Para análise da aplicação da técnica do *distinguishing* no referido precedente, foi selecionado o acórdão com o número de registro 2022.0000063773. O caso tratou de uma Ação de reparação de danos proposta pela Goodway Cargo Transportes Internacionais LTDA contra a American Airlines Incorporation, visando à obtenção da importância paga à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - "INFRAERO", a título de despesa adicional de

²¹⁶ Supremo Tribunal Federal (Plenário), **Recurso extraordinário com repercussão geral 636331/RJ**. "Tema 210 - Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia.", Relator Min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/05/2017. Disponível em <https://shre.ink/QnD6>. Acesso em: 22 de abril de 2023

armazenagem, devido a equívocos cometidos pela empresa ré durante o preenchimento do formulário alfandegário junto ao MANTRA. A autora sustentou que não conseguiu realizar o desembaraço aduaneiro das mercadorias acondicionadas temporariamente no armazém da Infraero, sem a devida incidência tributária exigida por conta da importação.²¹⁷

Reconhecida a responsabilidade da autora em responder pelos valores desembolsados em virtude do erro no preenchimento do referido formulário, o relator observou os limites da indenização e, para isso, avaliou a incidência ou não da repercussão geral 210 do STF. No caso em tela, o relator aplicou a técnica do *distinguishing* para afastar a incidência do precedente. Destaco o julgador:

Superado esse aspecto, e examinando agora os reclamos da recorrida, uma vez apresentados no sentido de que devem ser observados os limites da indenização material previstos pelas Convenções de “Varsóvia” e “Montreal”, é de se dizer que razão não assista ao pleito assim deduzido, uma vez que se mostram inaplicáveis ao caso em testilha as disposições das respectivas convenções internacionais, porque no caso em exame são debatidas “questões alfandegárias” e não propriamente relacionadas ao “transporte aéreo internacional” que foi promovido pela ré, aspecto este que permite a aplicação da técnica da distinção (“*distinguishing*”), nos limites em que vem prevista pelo artigo 489, inciso V, do CPC hoje em vigor, como forma de afastar a incidência do entendimento adotado pelo C. STF, o que se deu por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 636.331/RJ, com “repercussão geral reconhecida” (Tema 210).

Diante desses fundamentos, entendeu o relator por afastar o tema 210 do STF, por não se tratar de transporte aéreo internacional, como destacado no precedente mencionado.

Caso H – O distinguishing no tema 1154 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal

No tema 1154 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal foi fixado a seguinte tese: “Compete à Justiça Federal processar e julgar feitos em que se discuta controvérsia relativa à expedição de diploma de conclusão de curso superior realizado em instituição privada de

²¹⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20220000063773**. Rel. Simões de Vergueiro. 16ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 01 de fevereiro de 2022. Apelação nº 1001586-20.2021.8.26.0002. Disponível em: <https://shre.ink/Qnpa>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

ensino que integre o Sistema Federal de Ensino, mesmo que a pretensão se limite ao pagamento de indenização”.

Durante a discussão do caso paradigma: RE 1.304.964/SP, o Supremo Tribunal Federal analisou se é da competência da Justiça Federal, art. 109, I, da Constituição Federal, processar e julgar causas relacionadas a registro de diplomas de instituição de ensino superior privadas vinculadas ao Sistema Federal de Ensino Superior.

O caso em julgamento envolvia ação movida por aluna contra instituição de ensino superior em virtude de cancelamento do registro do diploma. A instituição em sua defesa, alegou que o cancelamento do registro do diploma se deu por determinação do MEC, tendo o órgão constatado irregularidades do curso realizado pela aluna.

O relator, durante o seu voto, declarou que cabe a Justiça Federal processar e julgar causas em que se discuta a expedição de diplomas, ainda que de instituições privadas, por se sujeitarem ao Sistema Federal de Ensino e serem reguladas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996). Para o relator, tem a União interesse e a Justiça Federal competência sobre efeitos que digam respeito às consequências de condutas comissivas ou omissivas relacionadas à expedição de diplomas por entidades integrantes do Sistema Federal de Ensino, mesmo que a pretensão se limite ao pagamento de indenização.

Para análise da aplicação da técnica do *distinguishing* no referido precedente, foi selecionado o acórdão com o número de registro 20230000032619. O caso tratou de uma Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais em que a autora requereu a condenação da Associação Educativa Campos Salles a entregar o seu diploma de graduação, bem como indenização por danos morais em virtude da demora (três anos).

Em preliminar, sustentou que a ação devia ser processada e julgada na Justiça Federal, uma vez que a União é interessada diretamente no litígio, visto que, conforme se comprovará, a 1.095/2018 do MEC, dispõe sobre a regularização do processo administrativo para emissão e registro do diploma de conclusão do curso. Contudo, em seu voto, declara o relator:

Afasta-se a preliminar de incompetência da Justiça Estadual Comum para julgamento do feito, posto que a ação versa sobre eventual demora na expedição de diploma por questões administrativas da instituição de ensino requerida, não guardando relação

com questões de reconhecimento do curso ou dificuldades de registro do diploma por exigências impostas pelo MEC, de modo que não se constata o interesse da União no presente caso. Ressalta-se que o Tema 1154 do E. STF, fixado por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.304.964, tratou de situação diversa, envolvendo a validade do registro de diploma, razão pela qual reputa-se inaplicável ao presente caso, sendo competente a Justiça Comum Estadual para julgar o presente feito.

Diante disso, pelo uso da técnica do *distinguishing* em relação ao Tema 1154 do STF, é afastado a o precedente para manter a Justiça Estadual competente para o julgamento da ação. Contudo, no presente caso houve divergência nos votos. Em seu voto vencido, destacou o relator que: “as instituições de ensino superior criadas e mantidas pela iniciativa privada integram o Sistema Federal de Ensino, segundo o artigo 16 da Lei de Diretrizes e Bases”. Por essa razão, reconhece o interesse da União para análise da controvérsia.

3.3. Análise geral dos casos descritos

Com a descrição das decisões que utilizaram a técnica da distinção, bem como as razões que fundamentaram a sua aplicação, é possível realizar algumas considerações a respeito do uso da técnica. É importante ressaltar que, com uma pequena amostragem de natureza qualitativa, não é possível realizar afirmações generalizantes, mas é possível identificar de forma mais profunda e detalhada determinados comportamentos e fenômenos no momento da aplicação da referida técnica, por meio dos casos representativos.

No que se refere ao processo de coleta dos dados, alguns aspectos importantes foram observados. Primeiramente, em relação à quantidade de decisões que utilizaram a técnica, houve uma surpresa em relação à sua baixa aplicação. Pelo menos no TJSP, seu uso é pouquíssimo visível no dia a dia daquele Tribunal. Para que se possa dimensionar, nos últimos três anos (recorte da pesquisa), somente 429 decisões de direito privado e processo civil mencionaram os termos "*distinguishing*" ou "*distinguish*".

Apesar de não se excluir a possibilidade de terem sido utilizados sinônimos durante a aplicação da técnica, como a própria tradução "distinção", ainda assim, há um indício de que o seu uso não seja tão comum como se pensava inicialmente. Além disso, mesmo entre as decisões que utilizaram os termos citados, pouquíssimas são aquelas que de fato afastaram a aplicação do precedente no caso concreto. Na maioria das vezes, os termos foram mencionados

para reafirmar a autoridade do precedente e manter a sua aplicação sem a realização de distinções.

Considerando que não é muito comum a utilização da técnica da distinção para afastar a aplicação das teses firmadas pelos tribunais superiores, há um indicativo de que provavelmente a técnica não vem sendo utilizada como mecanismo de fuga da aplicação de precedentes. Isso ocorre porque, nas vezes em que as partes tentaram utilizar essa ferramenta para não aplicar uma tese vinculante, poucas foram as ocasiões em que foram bem-sucedidas em sua pretensão de terem um precedente afastado.

O pouco sucesso em conseguir afastar um precedente por meio dessa técnica talvez seja um dos indicativos de sua baixa utilização no tribunal, uma vez que as partes reconhecem que dificilmente conseguirão convencer os julgadores de que seu caso comporta um elemento juridicamente relevante que seja distinto do padrão decisório. A menos que se trate de um caso muito evidente em que o juiz de primeiro grau tenha se equivocado durante a aplicação, o que não parece ser muito comum. Além disso, pequenas diferenças não têm sido suficientes para impedir a incidência de um precedente judicial.

Esse fator, também a título de especulação, pode indicar que as teses fixadas possuem uma força vinculante em sentido forte, não dando sinais de que esteja ocorrendo o enfraquecimento de sua autoridade pelos precedentes pelo uso de subterfúgios para sua não aplicação (pelo menos não com o uso da técnica aqui estudada). Nesse sentido, a Recomendação nº 134 do CNJ, em seu art. 14 § 2º, reforça a necessidade de manutenção de estabilidade e coerência das decisões judiciais, determinando o uso comedido e criterioso da técnica da distinção, o que parece estar sendo seguido.

Por outro lado, se esse fato indica um ponto positivo no sentido de garantir previsibilidade e segurança jurídica, também pode refletir em situações de ampliação de barreiras ao acesso à justiça, caso não seja oportunizado de forma adequada às partes a possibilidade de apontarem as razões pelas quais seu caso merece tratamento distinto. A técnica da distinção pode atuar exatamente como um mecanismo para romper com essa barreira, evitando que precedentes sejam aplicados de forma automática, sem que sejam analisados os elementos de cada caso e as razões de decidir prévias daquele padrão decisório. Por isso, no próximo passo, foram analisadas as oito decisões representativas de como a técnica foi empregada.

Em relação à aplicação da técnica propriamente dita, não foram visualizadas muitas discrepâncias em relação ao que foi descrito na parte teórica da pesquisa. Embora possam ser discutíveis as razões que levaram ao afastamento do precedente, todas as decisões analisadas

destacaram a necessidade de se observar as circunstâncias fáticas do caso concreto para a incidência ou não do precedente. Inclusive, às vezes, partindo do próprio precedente, o comando para que os futuros intérpretes analisem previamente o contexto fático de cada caso, como foi possível observar nos precedentes dos casos "A" e "B", apesar da desnecessidade de tal orientação.

Ademais, assim como na parte teórica, foi possível observar algumas características da técnica da distinção. Como exemplo, a criação de uma exceção para a regra contida no precedente, estabelecendo uma hipótese em que não ocorrerá sua incidência. Apesar de estar presente em outras decisões, esse fenômeno é melhor visualizado no caso "C", quando o Tribunal determinou que o plano de saúde fornecesse o medicamento mesmo não registrado na ANVISA, uma vez que esse seria o único tratamento disponível para a patologia que cometia a beneficiária do plano de saúde.

Como essa é uma exceção à regra, cabe ao STJ posteriormente validar ou não a decisão e assim aperfeiçoar a *ratio decidendi* do precedente. Nesse sentido, a técnica da distinção pode atuar como um mecanismo de correção de eventuais injustiças que poderiam ocorrer no caso concreto, tendo em vista que durante a elaboração do precedente dificilmente é possível visualizar todas as circunstâncias em que ele irá incidir, como fica evidente nesse caso, tratando-se de uma questão de proteção da dignidade da pessoa humana. Podendo, inclusive, que o precedente seja reinterpretado à luz do caso concreto, realizando-se o devido controle de constitucionalidade sobre o seu conteúdo.

Nessa linha de raciocínio, verificou-se ainda o aprimoramento da *ratio decidendi* do precedente por meio de novas interpretações que são realizadas. Tal postura é mais evidente durante a aplicação da técnica no julgamento dos casos "D" e "E". No primeiro caso, em virtude da demora injustificada de baixa de um gravame (quatro meses), o tribunal em uma reinterpretação das razões do precedente, no qual afirmava que a demora na baixa de gravame não gera danos morais, concluiu que no caso concreto o dano moral era possível, por extrapolar a medida do razoável. Estabeleceu-se, portanto, um limite temporal que não existia no momento em que o precedente foi criado pelo tribunal superior.

No caso "E", o tribunal, à luz do caso concreto, equiparou o devedor contumaz que não tem seu nome inscrito no cadastro de inadimplentes com aquele que possui o nome no cadastro de devedores. Na prática, o que os julgadores fizeram foi uma distinção restritiva, uma vez que foi incluído mais um requisito para a aplicação da Tese 385 do STJ, não bastando que o nome da pessoa não esteja inscrito no cadastro de proteção de crédito, mas também que essa pessoa

apresente um histórico de ser um bom pagador para fazer jus ao direito de obter danos morais pela sua inscrição indevida.

Em casos como esses, é possível visualizar o desenvolvimento da *ratio decidendi* originária, com a inserção de requisitos e novos parâmetros interpretativos pelos intérpretes subsequentes. Nesse sentido, cabe ao Superior Tribunal de Justiça se posicionar a respeito dessas novas reinterpretações e ajustar seus precedentes a partir dos novos recursos que vão chegando até aquele Tribunal. Essas "rodadas" de ajustes é o que possibilitará o desenvolvimento dos precedentes, como destacou Patrícia Perrone em suas obras a respeito do tema.

Contudo, para que seja possível aprimorar os precedentes, é determinante que se identifique com precisão qual é a sua *ratio decidendi*. Sem que ocorra essa delimitação prévia, pode acontecer da técnica da distinção ser empregada incorretamente. Nesse sentido, essa identificação inicial é melhor visualizada durante o julgamento dos casos "F" e "G", que delimitaram de forma clara qual seria a *ratio decidendi*.

No primeiro caso, os julgadores analisaram que a racionalidade contida no precedente era no sentido de dar segurança ao executado com a intimação para reconhecer a exigibilidade da multa coercitiva. No caso concreto, era incontroverso que o executado, mesmo sem a intimação, já havia tido ciência a respeito da multa coercitiva, afastando a necessidade de aplicação da tese firmada no precedente, uma vez que este já havia atingido sua finalidade. No segundo caso, por exemplo, é possível verificar que se seguiu a *ratio decidendi* da mesma forma que as razões no voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, que foi seguido pela maioria, no sentido de que a tese somente incide nos casos envolvendo transporte aéreo internacional de passageiros com extravio de bagagens, estando fora do precedente os casos envolvendo transporte de cargas, muito menos questões alfandegárias. Resultando no afastamento do precedente no caso concreto.

Embora seja possível visualizar a correta delimitação da *ratio decidendi* como nestes casos, durante o julgamento do caso "H", foi observada uma certa dificuldade em seguir o mesmo raciocínio dos casos anteriores, ou ao menos mencionar que se estaria argumentando com base nele. Isso ocorreu porque, durante o julgamento da questão preliminar sobre a incompetência da Justiça Estadual para julgamento de casos envolvendo a expedição de diplomas, houve divergência de votos a respeito da competência ser ou não da Justiça Estadual. A divergência consistia em determinar qual seria a *ratio decidendi* do *leading case*, para concluir se a União teria interesse também nos casos envolvendo a demora na expedição de

diploma por questão administrativa ou se seria somente nos casos envolvendo a validação de curso de ensino superior.

Isso ocorre porque, apesar de no caso paradigma chegarem à conclusão de que a matéria seria da Justiça Federal devido ao interesse da União, os julgadores não deixaram diretrizes que auxiliassem os julgadores subsequentes a identificar as razões para se chegar até aquela conclusão. Por essa razão, ocorreram divergências no voto sobre qual seria o elemento juridicamente relevante do caso paradigma, devendo, futuramente, o Tribunal se manifestar novamente a respeito da lacuna que ficou em seu precedente.

Dificuldades como essas acabam derivando do próprio modelo brasileiro de precedentes. Muitas vezes, a decisão precedente não destacou de forma precisa quais foram as circunstâncias fáticas subjacentes à controvérsia jurídica, nem os argumentos tanto contrários quanto favoráveis, tornando para os intérpretes subsequentes um processo árduo em identificar a *ratio decidendi* do precedente. Nesse sentido, o art. 12 da Recomendação nº 134 do CNJ visa trazer mais clareza na redação dos precedentes judiciais, possibilitando maior racionalidade durante a aplicação da técnica da distinção.

Durante a descrição das decisões, procurou-se destacar o argumento central que justificou a aplicação da técnica para afastar o precedente. A partir disso, analisou-se as razões que justificaram o afastamento do precedente, bem como as possíveis consequências dessa decisão e suas implicações na lógica do modelo de precedentes brasileiro, de acordo com o referencial teórico desenvolvido nos capítulos anteriores.

Com as análises concluídas em relação à racionalidade empregada, de modo geral, não foi visualizado um padrão ou mesmo *modus operandi* de como aplicar a técnica. A sua aplicação acaba dependendo de uma análise casuística, com base nos argumentos trazidos pelas partes e pelos julgadores para determinar o afastamento de um precedente judicial. Determinar se um precedente foi afastado equivocadamente demanda a reconstrução das razões dos casos anteriores. No entanto, para tal operação, não existe um modelo ou regra, embora identificar no precedente as questões fáticas relevantes e os argumentos sobre elas sejam um bom início no processo de comparação de casos.

Nesse aspecto, uma boa redação dos precedentes judiciais pode contribuir para que os intérpretes subsequentes possam identificar com mais clareza a *ratio decidendi* de seus precedentes. A grande dificuldade em aplicar a técnica da distinção é justamente garantir essa delimitação das razões com segurança. Em nosso modelo, acaba-se privilegiando muito a tese jurídica, sem dar o devido tratamento para os fatos do caso concreto, característica ainda em

processo de mudança, como pode ser visualizada pelas recomendações do Conselho Nacional de Justiça sobre a redação dos precedentes judiciais.

Todos esses aspectos tratam, em realidade, de questões culturais e de nossa adaptação para lidar com precedentes no modelo brasileiro. Não é de se ignorar o temor de que as teses sejam aplicadas sem que ocorra uma análise prévia das circunstâncias fáticas de cada caso, transformando-as em regras abstratas, o que pode contribuir para um tratamento desigual para os jurisdicionados.

Para determinar se a incorporação de precedentes no direito brasileiro é positiva ou negativa, é crucial considerar como os operadores jurídicos lidam com esses institutos. Atualmente, a principal preocupação é estabelecer uma cultura de precedentes no sistema jurídico brasileiro para garantir a previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, a segurança jurídica. Isso é evidenciado pela Recomendação nº 134/2022 do CNJ, que busca promover boas práticas na formação e aplicação dos precedentes judiciais. Um exemplo disso é desencorajar o uso da técnica de distinção para enfraquecer as teses garantido tratamento isonômico para os jurisdicionados.

Por outro lado, é fundamental que essa ferramenta, que ainda é pouco utilizada, também atue como um mecanismo para ampliar o contraditório, permitindo que as partes apresentem as razões pelas quais seu caso merece um tratamento diferente. Esse debate é fundamental, uma vez que a força dos precedentes deve basear-se na racionalidade empregada para justificar que a resposta dada é apropriada para a solução da disputa. O precedente, deve ser, portanto, o ponto de partida para a construção da melhor resposta no concreto, ao invés de uma conclusão lógica e automática.

CONCLUSÃO

O presente estudou voltou-se em quanto problemática analisar a técnica da distinção (*distinguishing*) no sistema jurídico brasileiro e, mais especificamente, como essa ferramenta vem sendo empregada pelos julgadores no momento que precisam comparar o caso em julgamento com o caso precedente. Seu escopo, portanto, foi realizar uma análise de como vem ocorrendo a aplicação do seu objeto de estudo e realizar observações segundo o referencial teórico apresentado previamente.

Para isso, no primeiro capítulo, foram descritos os conceitos básicos de um sistema de precedentes, voltando-se especificamente para as particularidades do modelo brasileiro, em comparação com o modelo clássico do *common law*. Nesse sentido, foi realizado uma breve incursão a respeito do desenvolvimento do sistema de precedentes brasileiro até a culminação do atual Código de Processo Civil, que a prevê no seu art. 927 um rol de provimentos vinculantes a que devem ser observados pelos juízes e tribunais no momento de proferirem as suas decisões. Na sequência, foram apresentadas as principais correntes doutrinárias a respeito da incorporação desses precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do desenvolvimento desse panorama geral, o capítulo seguinte concentrou-se em apresentar o objeto de estudo da pesquisa e suas principais características, descrevendo as formas de raciocínio que podem ser empregadas no momento de aplicar a técnica da distinção e as principais consequências de seu uso adequado ou inadequado. Ademais, buscou-se, ao longo desses dois capítulos, conectar o referencial teórico com a recomendação nº 134/2022 do CNJ, que visa instituir boas práticas na formação e aplicação dos precedentes judiciais pelos operadores do Direito, como o intuito de aprimorar a segurança jurídica e garantir a estabilidade das decisões judiciais.

No capítulo final, a pesquisa preocupou-se em realizar uma investigação empírica para analisar, de modo geral, como a técnica vem sendo aplicada no cotidiano. Diante do grande número de decisões, optou-se por alguns recortes metodológico. Nesse sentido, foi elegido o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para que sua jurisprudência mais recente servisse como universo de análise. No final, construiu-se uma amostra contendo oito decisões que afastaram a incidência de um precedente judicial pelo uso da técnica da distinção, as quais foram descritas e analisadas segundo o referencial teórico desenvolvido nos capítulos anteriores.

Dentro dos limites estritos que uma pesquisa dessa natureza permite, verificou-se que a técnica da distinção, ao contrário do que se imagina no início da pesquisa, é pouco utilizada no

dia a dia do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ademais, foram ainda mais incipientes o número de vezes em que, quando suscitada por uma das partes, a distinção foi reconhecida no caso concreto para afastar a aplicação do precedente. O pouco êxito daqueles que buscaram utilizar a técnica da distinção para afastar um precedente possivelmente sinaliza para os futuros jurisdicionados que as chances dos seus casos receberem um tratamento distinto do padrão decisório são mínimas.

Quando realizado uma análise da amostragem das decisões que aplicaram a técnica da distinção para afastar o precedente, foi possível perceber as características da técnica apontadas pela doutrina, como, por exemplo, a possibilidade de criação de uma exceção para o paradigma estabelecido pelo tribunal superior e a realização de novas reinterpretações da *ratio decidendi*, seja para ampliar ou restringir o alcance da incidência do precedente. Essas decisões indicam que o mecanismo, ao menos nesse aspecto, provavelmente opera de forma semelhante à cultura do *common law*, gerando os mesmos efeitos no sistema brasileiro de precedentes.

Ademais, visualizou-se na maioria das decisões que houve uma preocupação dos julgadores em apontar de forma clara qual seria o elemento diferenciador que justifica o afastamento do precedente judicial. Embora haja essa preocupação em demonstrar o que distingue o caso em julgamento do caso paradigma, notou-se que em alguns casos não há menção expressa de qual seria a *ratio decidendi* do precedente que estão decidindo. Isso evidencia uma falta de um diálogo com o padrão decisório, de modo que não fica claro qual o raciocínio empregado para justificar que aquele elemento distinto do caso concreto é juridicamente relevante para legitimar o afastamento do precedente judicial.

Uma justificativa para isso pode ser a dificuldade em identificar com precisão qual seria a *ratio decidendi* do precedente e os fundamentos considerados relevantes para a sua conclusão. Torna-se difícil para os intérpretes subsequentes diferenciar os argumentos retóricos considerados como *obiter dictum* dos argumentos centrais para o deslinde do caso, contentando-se apenas em dizer qual seria o elemento diferenciador e não o motivo para aquela diferença é considerada relevante. O resultado é que, na prática, as vezes torna-se demasiadamente difícil para a parte inconformada argumentar que aquela decisão que afastou o precedente foi equivocada, devido à falta de objetividade.

Nesse sentido, a recomendação nº 134/2022 do CNJ pode contribuir ao trazer algumas diretrizes de aplicação de precedentes. Por exemplo, recomenda-se de que os julgadores subsequentes observem os fundamentos favoráveis e contrários suscitados durante a formação da tese jurídica, sendo impedidos de afastar o precedente com base em um fundamento que já fora debatido e ponderado durante a sua formação (art. 41, parágrafo único). Em outras

palavras, o afastamento do precedente só seria autorizado nos casos em que houver um novo fundamento, desde que juridicamente relevante.

Sem esse diálogo entre o passado vinculante e o presente vinculado, fica muito difícil verificar a racionalidade empregada e realizar o controle da aplicação dos precedentes. Nesse sentido, a resolução do CNJ recomenda que os precedentes contendam os fundamentos tanto favoráveis como contrários à tese jurídica (art. 12, inc. I), de modo que sirvam de bússola para os futuros intérpretes. Dessa maneira, é possível que as partes afetadas pelo efeito vinculativo possam influenciar e participar na tomada de decisão, considerando que a força vinculante é erigida por meio desse diálogo (art. 32), e a participação das partes é ponto fundamental para a legitimação do modelo estabelecido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, como destacado na parte teórica, no modelo brasileiro busca-se adquirir segurança jurídica por meio dos precedentes judiciais (art. 8). Naturalmente, um sistema que busca maior rigidez, apostando na força normativa dos tribunais superiores para garantir estabilidade, está menos inclinado a utilizar com muita frequência mecanismos de abertura e flexibilização como a técnica da distinção. Seu uso, inclusive, é recomendado com parcimônia (art.14, §3º) e não deve ser utilizado como alternativa ao *overruling* (art.14, §4º), sendo que sua utilização indevida constitui um vício de fundamentação e pode ensejar à cassação (art.14, §5º). Portanto, a decisão que realizou a distinção deve ser acompanhada da devida fundamentação para que se realize o devido o controle (art.42).

Por isso, analisar a aplicação da técnica da distinção passa necessariamente por uma reflexão a respeito das razões para que o nosso sistema de precedentes foi desenvolvido e de que modo ele opera. Questões como essas refletem a forma como os intérpretes subsequentes irão reinterpretar os precedentes para decidir a respeito de sua incidência ou não. Um olhar sobre o nosso sistema de precedentes sob a ótica da aplicação da técnica da distinção deixa mais claro a sua rigidez, refletindo em poucas chances de ser afastado um precedente judicial por meio dessa técnica, como evidenciado durante a fase empírica dessa pesquisa.

Dessa maneira, a forma como operacionalizamos a técnica tem mais a ver com as características do nosso sistema, de modo que eventuais vicissitudes durante a sua aplicação são mais em decorrência das próprias características e vícios de origem do nosso modelo de precedentes. No mais, há o receio que o uso frequente da técnica enfraqueça a força vinculante das teses, ao mesmo tempo em que os julgadores enfrentam dificuldades em identificar os elementos juridicamente relevantes do padrão decisório, o que poderia trazer mais racionalidade durante a aplicação.

Isso ocorre porque ainda estamos em um processo de amadurecimento da forma como criamos e aplicamos os nossos precedentes. Melhorar a maneira como eles são redigidos pode contribuir para sua melhor aplicação, assim como recomenda o CNJ em sua resolução, permitindo que os julgadores possam analisar as razões que levaram até à tese, sem ficarem necessariamente refêns de um “ementismo”. Ademais, dessa maneira, é possível fortalecer o debate sobre as razões dos precedentes, permitindo o desenvolvimento e aprimoramento da *ratio decidendi* com o passar do tempo.

Nesse sentido, com o amadurecimento desse sistema, o mais adequado seria encontrar um ponto de equilíbrio entre uma máxima rigidez e a flexibilidade das reinterpretações, e que esse desenvolvimento ocorresse de forma colaborativa entre as partes, seguindo as recomendações do CNJ. Por meio desse processo de abertura, permite-se o contraditório ao possibilitar que as partes tenham mais oportunidades para influenciar nas teses, apontando, por meio da técnica da distinção, as razões que justificam que seu caso receba tratamento distinto, contribuindo para uma melhora qualitativa do acesso à justiça.

Em suma, a técnica da distinção, atualmente, opera de acordo com as lógicas do nosso modelo. Seu uso pode ser proveitoso se utilizado adequadamente, promovendo o amadurecimento do nosso sistema de precedentes e a melhora da qualidade da prestação jurisdicional oferecida pelo nosso sistema de justiça. Contudo, para que essas aspirações possam ser alcançadas, é necessário fortalecer a cultura de precedentes no Brasil. Nesse caminho, as recomendações do CNJ podem contribuir, mas ainda há um longo percurso a percorrer. O desenvolvimento de uma cultura de precedentes requer um esforço coletivo, envolvendo não apenas os operadores do direito, mas também a sociedade em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. As técnicas de padronização das decisões judiciais e a vinculação de juízes e tribunais. A (in) constitucionalidade da vinculação prevista no CPC. In: **Revista de Processo**. 2021.

_____. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. CARNIO, Henrique Garbellini; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. Editora Revista dos Tribunais/Thomson reuters, 2013.

ALEXANDER, Larry. Constrained by Precedent. In: **Southern California Law Review**, v. 63, n. 1. Berkeley: University of California Press, nov. 1989, pp. 01-65. Disponível em: <http://www.horty.umiacs.io/courses/readings/alexander-1989-constrained-precedent.pdf>.

Acesso em 03 de março de 2023.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **Precedentes Judiciais: Análise Crítica dos Métodos Empregados no Brasil para a Solução de Demandas de Massa**. Editora Juruá, 2022.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Novo contencioso cível no CPC/2015. **São Paulo: Revista dos Tribunais**, p. 23-24, 2016.

BENEVIDES. Nuani Schades. Técnicas de identificação da ratio decidendi dos precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo: uma análise sobre a sua insuficiência. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1334097/RJ**, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10/09/2013. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. último acesso em: 09 de fev. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário), **Recurso extraordinário com repercussão geral 1.010.606/RJ**. "Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares", Relator Min. Dias Toffoli, julgamento: 11/02/2021. Publicação: 20/05/2021.

_____. **Recurso extraordinário com repercussão geral 1.010.606/RJ**. "Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus

familiares", Relator Min. Dias Toffoli, julgamento: 11/02/2021. Publicação: 20/05/2021. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível aqui. Acesso em: 16/12/2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 de dez. 2022.

_____. **Grandes Litigantes**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br>>. Acesso em: 01 de fev. 2023.

_____. **Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em: 01 de fev. 2023.

_____. Lei n. 5.869, 11 de janeiro de 1973. Institui o **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 03 fev. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 479**. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 18 ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1172421/SP**, 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 08/08/2012. Disponível em <https://shre.ink/Qn0G>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1345331/RS**, 2ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 08/04/2015. Disponível em <https://shre.ink/Qn03>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1712163/SP**, 2ª Seção, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 08/11/2018. Disponível <https://shre.ink/Qn09>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1062336/RS**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 15/12/2008. Disponível em <https://shre.ink/Qn01>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1881453/RS** 2ª Seção, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 30/11/2021. Disponível em <https://shre.ink/qrZ4>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 993209/SE**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 18/03/2008. Disponível em <https://shre.ink/Qn0d>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____., Supremo Tribunal Federal (Plenário), **Recurso extraordinário com repercussão geral 636331/RJ**. "Tema 210 - Limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia.", Relator Min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/05/2017. Disponível em <https://shre.ink/QnD6>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário), **Recurso extraordinário com repercussão geral 1304964/SP**. "Tema 1154 - competência da Justiça Federal para processar e julgar causas que versem sobre a expedição de diplomas de instituições de ensino superior privadas", Relator Luiz Fux, julgamento: 26/06/2021. Disponível em <https://shre.ink/QnDE>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. **Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Exposição de motivos**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>. Acesso em 26.jan.23.

BERTÃO, Rafael Calheiros. **Os precedentes no novo Código de Processo Civil**: a valorização da Stare Decisis e o modelo de Corte Suprema brasileiro. In: **Revista de processo**. 2016. p. 347-385.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de et al. **A força normativa do direito judicial**: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2014.

_____. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais.** São Paulo: Noeses, 2012

CONJUR, **Mesmo que a lei seja clara, sempre cabe...um enunciado: bingo!**.2017. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-set-09/diario-classe-mesmo-lei-seja-clara-sempre-cabeum-enunciado-bingo>. último acesso em: 09 de fev. 2023

_____. **Quem somos: a magistratura que queremos.:** AMB, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recomendação n. 134, de 09 de setembro de 2022.** Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4740>. Acesso em: 03 fev. 2023.

CONSELHO, DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Processual Civil:** enunciados aprovados. Brasília/DF, v. 24, 2020.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Martins Fontes, 1998.

DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Vinte anos de Constituição: uma exploração hermenêutica dos dilemas para a concretização do texto constitucional. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, 2008.

DIDIER JR, Fredie et al. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC.** Editora Jus Podivm. Salvador–Bahia, 2016.

_____. BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, Salvador: Juspodivm, 2013

DUXBURY, Neil. Golden rule reasoning, moral judgment, and law. **Notre Dame L. Rev.**, v. 84, p. 1529, 2008.

_____. Neil. **The nature and authority of precedent.** Cambridge University Press, 2008.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência.** 2014.

Escola Nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados (Enfam). Enunciados, de 28 de agosto de 2015. **O Poder Judiciário e o novo CPC**, Brasília. Disponível em:

<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2023.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. **Modelo brasileiro de precedentes**: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista. Editora Thoth, 2021

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 67, p. 509-534, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015**, 2018.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 2, n. 1, 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª edição. São Paulo, Editora Atlas, 2002.

GLENN, Patrick H. **Legal traditions of the world**. 4 th. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

GOODHART, Arthur I. Determining the Ratio Decidendi of a Case. In; The Yale Law Journal, Vol. 40, Número 2, p. 161-183, Dez. 1930.

HENRIQUE FILHO, Ruy Alves. **Identificação dos precedentes judiciais**: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão. Editora Thoth, 2021.

ISAÍÁ, Cristiano Becker. Notas sobre a evolução do estado contemporâneo e os (novos) desafios do poder jurisdicional: da resistência positivista à integridade do direito. **Captura Crítica**: direito, política, atualidade, v. 1, n. 2, p. 102-161, 2009

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021

_____. **A técnica da distinguishing a partir da análise do julgamento do caso Escola vs. Coca-Cola Bottling Co.** 2014

JÚNIOR, Humberto Theodoro, Érico Andrade. **Precedentes no Processo Brasileiro.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

JUNQUILHO, Tainá Aguiar; JEVEAUX, Geovany Cardoso. “Tupi, or not tupi”: a necessária e definitiva adaptação da teoria dos precedentes ao brasil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 19, n. 38, p. 130-130, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito.** Elsevier Brasil, 2008.

_____. SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents.** Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes jurídicos e o direito processual civil.** 3ª edição revisada, atual. e ampliada. Salvador: Editora juspodivm, 2019.

MACHADO, Daniel Baldin. Sete elementos do processo de seleção de casos: contribuições para um maior rigor e transparência nas Ciências Sociais. **Revista Brasileira de Ciência Política**, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Precedentes obrigatórios.** 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Elmer da Silva. Os precedentes judiciais obrigatórios como fonte do direito no estado constitucional brasileiro. **Tese (Doutorado em Direito)** – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. **Revista dos Tribunais**, v. 974, p. 129-154, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. DE ANDRADE BAQUEIRO, Paula. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 667-688, 2018.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados: técnicas de formação e aplicação**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NEVES, António Castanheira. **O instituto dos " assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais**. 1983.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado: artigo por artigo**. Editora JusPodium, 2018.

NOGUEIRA, André Murilo Parente. **Precedents judiciais na contemporaneidade: eficácia vinculante à luz da teoria tradicional do Direito**. Editora Juruá, 2017.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. In: **Revista de Processo**. 2017.

_____. Viana, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes – a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro; Ed, Forense, 2017.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 19, n. 119, p. 645-668, 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; JUNIOR, Hermes Zaneti. Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck. **RIHJ**, 2019.

RIBEIRO II, Ricardo Chamon. **O distinguishing no modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes**. Curitiba: Juruá Editora, 2021

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angustias e desconfianças. **Revista de Processo**, v. 259, p. 307-332, 2016.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC**. 2015

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, n. 101, p. 55-66, 2014.

SANTOS, Ramon Grenteski Ouais. A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical dos precedentes. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1003967-58.2018.8.26.0114**, Relator: Des. Alexandre Coelho. São Paulo, 26 maio. 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15705467&cdForo=0>. Acesso em: 03 fev. 2023.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20210000679036**. Rel. Tercio Pires. 34ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 23 de agosto de 2021. Apelação nº 1025031-57.2014.8.26.0602. Disponível em: <https://encurtador.com.br/chDHS>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20230000251297**. Rel. Ferreira da Cruz. 28ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 29 de março de 2023. Apelação nº 1000714-85.2022.8.26.0352. Disponível em: <https://encurtador.com.br/bprzA>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20210000309159**. Rel. Artur Marques Da Silva Filho. 35ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 26 de abril de 2021. Apelação nº 1017897-26.2020.8.26.0001. Disponível em: <https://encurtador.com.br/kzJRV>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20220000401511**. Rel. Alexandre Coelho. 8ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 18 de maio de 2022. Apelação nº 1003967-58.2018.8.26.0114. Disponível em: <https://encurtador.com.br/pzJ08>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20200001003602**. Rel. Marco Fábio Morsello. 11ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 09 de dezembro de 2020. Apelação nº 1014627-49.2019.8.26.0576. Disponível em: <https://shre.ink/QnpD>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20220000378374**. Rel. Christiano Jorge. 6ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 19 de maio de 2022. Apelação nº 2111750-41.2021.8.26.0000. Disponível em: <https://shre.ink/QnpL>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20220000063773**. Rel. Simões de Vergueiro. 16ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 01 de fevereiro de 2022. Apelação nº 1001586-20.2021.8.26.0002. Disponível em: <https://shre.ink/Qnpa>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão nº 20200000924166**. Rel. Alfredo Attié. 27ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 12 de novembro de 2020. Apelação nº 1116833-51.2018.8.26.0100. Disponível em: <https://shre.ink/Qnpe>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica**: a arte e técnica da interpretação, 2000.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015. In: **Revista de Processo**. 2016.

STRAPASSON, Kamila Maria. Processo Decisório, Fundamentação e diálogo com a sociedade: uma análise das decisões colegiadas do STF à luz da teoria dos precedentes judiciais e da doutrina de Dworkin. **Dissertação (Mestrado em Direito)** – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020.

STRECK, Lenio Luiz, ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

_____. Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre as Cegueiras Positivista. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, v. 97, p. 33, 2008.

SULZBACH, Juliane Gloria; DA SILVA MARQUES, Elmer. Efeito vinculante e eficácia erga omnes em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. **Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law**, v. 23, n. 1, p. 167-189, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça, Relatório Estatístico de 2021.** Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/Processo/Boletim/verpagina.asp? =371> >. Acesso em: 06 julho. 2022.

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

VAN CREVELD, Martin L. **Ascensão e declínio do Estado.** Martins Fontes, 2004.

VIANA, Ulisses SCHWARZ. O precedente à brasileira: vinculação sem persuasão. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 23, n. 129, p. 149-172, 2021.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases.** 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1894.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

APÊNDICE

Quadro resumo das decisões analisadas

Leading Case	Resp. n° 1172421/SP	Resp. n° 1345331/RS	Resp. n° 1712163/SP	Resp. n° 1881453/RS	Resp. n° 1062336/RS	Resp. n° 993209/SE	RE. n° 636331/RJ	RE. n° 1304964/SP
Controvérsia	Discute-se a responsabilidade civil da concessionária de transporte ferroviário, por morte decorrente de atropelamento em via férrea, em virtude de alegada culpa concorrente.	Controvérsia sobre quem tem legitimidade - vendedor ou adquirente - para responder por dívidas condominiais na hipótese de alienação da unidade, notadamente quando se tratar de compromisso de compra e venda não levado a registro.	Definir se as operadoras de planos de saúde estão obrigadas ou não a fornecer medicamento importado, não registrado na ANVISA.	Definir se o atraso na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo automotor por parte de instituição financeira configura dano moral in re ipsa.	Definir se cabe indenização por danos morais devido a inscrição irregular em cadastro de inadimplentes na hipótese de preexistir legítima inscrição.	A necessidade ou não de intimação pessoal do devedor para que fosse deflagrado o prazo de cumprimento da ordem judicial de fazer ou não fazer.	A possibilidade, ou não, de limitação, com base na Convenção de Varsóvia (Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional), das indenizações por danos morais e materiais decorrentes de extravio de bagagem.	Discute, à luz do artigo 109, I, da Constituição Federal, a competência da Justiça Federal ou Estadual para julgar causas em que se requer o restabelecimento de diploma cancelado e indenização por danos morais, em face de instituição privada de ensino superior, integrante do Sistema Federal de Ensino, considerando eventual interesse da União pela edição e fiscalização das diretrizes e bases da educação.
Tese fixada	Tema 518 - No caso de atropelamento de pedestre em via férrea, configura-se a concorrência de causas, impondo a redução da indenização por dano moral pela metade, quando: (i) a concessionária do transporte ferroviário descumpra o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais urbanos e populosos, adotando conduta negligente no tocante às necessárias práticas de cuidado e vigilância tendentes a evitar a ocorrência de sinistros; e (ii) a vítima adota conduta imprudente, atravessando a via férrea em local inapropriado.	Tema 886 - a) O que define a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais não é o registro do compromisso de venda e compra, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse pelo promissário comprador e pela ciência inequívoca do Condomínio acerca da transação; b) Havendo compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto.	Tema 990 - As operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA	Tema 1078 - O atraso, por parte de instituição financeira, na baixa de gravame de alienação fiduciária no registro de veículo não caracteriza, por si só, dano moral in re ipsa.	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	Súmula 410 - a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer	Tema 210 - Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor	Tema 1154 - Compete à Justiça Federal processar e julgar feitos em que se discute controvérsia relativa à expedição de diploma de conclusão de curso superior realizado em instituição privada de ensino que integre o Sistema Federal de Ensino, mesmo que a pretensão se limite ao pagamento de indenização
Decisão que realizou a distinção	Acórdão n° 20210000679036	Acórdão n° 20210000309159	Acórdão n° 20220000401511	Acórdão n° 20230000251297	Acórdão n° 202200001003602	Acórdão n° 20220000378374	Acórdão n° 20220000063773	Acórdão n° 20230000032619
Data do julgamento	23/08/2021	26/04/2021	15/05/2022	29/03/2023	09/12/2020	19/05/2022	01/02/2022	30/01/2023
Fato relevante que fundamentou a distinção	Inexiste prova no sentido de que a vítima estivesse embriagada, ou outro subsídio qualquer à atenuação da culpa da concessionária, além disso, inexistia no local sinalização, muros ou cercas, comprovando a precariedade da segurança.	No caso em exame não se tratava de um contrato de compra e venda de imóvel, mas sim de uma aquisição em arrematação de hasta pública.	Tratava-se de doença rara; e o medicamento pleiteado constitui fármaco amplamente utilizado fora do Brasil para o tratamento de quadro como o da autora,	Levou quatro meses até que a ré retirasse o gravame do veículo e, mesmo assim, somente após decisão das duas instâncias do Poder Judiciário, evidenciando consequências que ultrapassam os aborrecimentos normais	O apelante é um devedor contumaz, não havendo como presumir abalo à honra considerando a frequência do autor em listas de inadimplentes.	Havia prova suficiente para atestar a plena ciência da execução a respeito do teor da ordem judicial contra si prolatada.	No caso em exame são debatidas “questões alfanegárias” e não propriamente relacionadas ao “transporte aéreo internacional.	A ação versa sobre eventual demora na expedição de diploma por questões administrativas da instituição de ensino requerida, não guardando relação com questões de reconhecimento do curso ou dificuldades de registro do diploma por exigências impostas pelo MEC.