



***DISTINGUISHING: LIMITES E POSSIBILIDADES DA TÉCNICA DA
DISTINÇÃO NO SISTEMA DE PRECEDENTES***

***DISTINGUISHING: LIMITS AND POSSIBILITIES OF THE DISTINCTION
TECHNIQUE IN THE PRECEDENT SYSTEM***

Beatriz Pereira Junqueira¹

RESUMO: O presente artigo tem por escopo a análise dos limites e possibilidades de aplicação da técnica da distinção – *distinguishing* – na sistemática de precedentes instaurada pelo Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, com os procedimentos técnicos bibliográfico e documental. Conclui-se que o *distinguishing*, muito além de um método de confronto e uma técnica de afastamento de precedentes, revela-se uma importante ferramenta de interpretação e aprimoramento dos precedentes, contribuindo para o processo dinâmico e paulatino de lapidação e evolução do Direito pátrio.

Palavras-chave: Distinção ampliativa e restritiva; Ratio decidendi; Precedentes; Distinção Inconsistente.

ABSTRACT: The scope of this article is to analyze the limits and possibilities of applying the technique of distinction – *distinguishing* – in the system of precedents established by the Civil Procedure Code of 2015. For this purpose, the method of deductive approach is used,

¹ Advogada. Professora. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Pós-graduanda em Direito Tributário pela Escola Brasileira de Direito. Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela UniToledo – Araçatuba/SP. Membro dos Grupos de Pesquisa Jurisprudência de Direitos Fundamentais e Responsabilidade Internacional do Estado e Direitos Humanos.

with technical procedures bibliographic and documentary. It is concluded that distinguishing, far beyond a method of confrontation and a technique for distancing precedents, is an important tool for interpreting and improving precedents, contributing to the dynamic and gradual process of lapidation and evolution of Brazilian law.

Keywords: Ampliative and restrictive distinguishing; Ratio decidendi; Precedents; Inconsistent Distinguishing.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar os limites e possibilidade de aplicação da técnica da distinção no contexto do sistema de precedentes, cujo estudo e abordagem vem ganhando destaque, notadamente, após a edição do Código de Processo Civil de 2015. É bem verdade que a dinâmica de precedentes obrigatórios não foi introduzida no direito pátrio pelo novo CPC/15 – já presente nas súmulas vinculantes, na eficácia vinculante das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, entre outros – mas recebeu importante consolidação no caminho que vem sendo trilhado pelo direito brasileiro na realização do *stare decisis*.

O foco do estudo processual civil hoje não está mais na discussão acerca da possibilidade da existência de precedentes obrigatórios em nosso ordenamento jurídico – isso é fato certo. A questão central que se põe no presente momento é a compreensão da sistemática de precedentes, de modo a garantir uma aplicação legítima, isonômica e com segurança jurídica.

A partir dessa premissa, busca-se, no presente trabalho estudar uma das muitas técnicas ligadas à aplicação de precedentes: o *distinguishing*. Para tanto, abordar-se-á, num primeiro momento, o que é, como se dá e os tipos de distinção. Cumprida essa etapa, analisar-se-á a estreita relação que se estabelece entre o *distinguishing* e a *ratio decidendi*, bem como o papel da fundamentação decisória na validade e viabilização do *distinguishing*. Por fim, averiguar-se-á o que a doutrina entende como uma deturpação da técnica da distinção: o *inconsistent distinguishing*, e suas implicações na integridade do Direito e segurança jurídica.

Para tanto, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo com os procedimentos técnicos bibliográfico e documental, mediante a consulta a livros, artigos e demais produções científicas sobre o tema.

1 A TÉCNICA DO *DISTINGUISHING*

Pode-se definir o *distinguishing* como um método de confrontação pelo qual o juiz analisa uma decisão precedente (invocada como paradigma) com o objetivo de verificar a sua aplicação ou não a um caso concreto em julgamento (SPINA, 2017, p. 142). Fala-se em *distinguishing*, também, quando há distinção entre o caso concreto e o paradigma, seja por falta de coincidência entre os fatos fundamentais do caso em questão e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* constante no precedente, seja porque, apesar da semelhança entre caso concreto e paradigma, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 491). Consoante Ravi Peixoto (2018, p. 07), o *distinguishing* “é uma espécie de técnica que visa o afastamento de um precedente não por ele ser injusto, mas simplesmente por não se adequar à situação fática”.

Dessa forma, o termo *distinguishing* pode ser utilizado tanto para designar o método de confronto/comparação entre o caso concreto e o paradigma, quanto para se fazer referência ao resultado desse confronto: a distinção (TUCCI, 2004, p. 174 *apud* DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 491). Enquanto método, o *distinguishing* se impõe como condição prévia à aplicação de qualquer precedente, seja ele persuasivo ou vinculante. Já o resultado *distinguishing* dependerá da compatibilidade ou não entre a situação concreta e a *ratio decidendi*: se a situação concreta se amolda àquela que deu ensejo ao precedente, então, é o caso de aplica-lo ou superá-lo (com amplo esforço argumentativo, por meio das técnicas de *overruling* e *overriding*²); por outro lado, se o caso concreto não se amolda àquele que deu ensejo ao precedente (*distinguishing*-resultado), é o caso de não aplicação do precedente

² São duas as técnicas de superação de um precedente: *overruling* e *overriding*. O *overruling*, entendido como superação total de um precedente, se dá quando o próprio tribunal que firmou o precedente, decide abandoná-lo em um julgamento futuro, de forma tácita ou expressa, substituindo-o por outro precedente. Já o *overriding*, superação parcial de um precedente, se dá quando o tribunal que firmou o precedente limita o seu âmbito de incidência em razão da superveniência de uma regra ou princípio legal (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 494-507).

ou de sua aplicação extensiva (distinção ampliativa) (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 493).

Com efeito, embora a técnica da distinção pareça servir apenas ao propósito de afastar a aplicação de um precedente, ela também serve para a aplicação do precedente de forma extensiva e apesar da distinção, o que se denomina de distinção ampliativa, que faz com que a razão de decidir do precedente receba novas fronteira de aplicação (CAMILOTTI, 2016, p. 99). Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p 491), havendo distinção entre o caso concreto em julgamento e aquele que deu ensejo ao precedente, o magistrado poderá seguir dois caminhos: (1) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva (*restrictive distinguishing* ou distinção restritiva), por entender que as especificidades do caso *sub judice* impedem a aplicação da mesma tese jurídica, afastando a aplicação do precedente e julgando livremente o processo, nos termos dos artigos 489, § 1º, VI e 927, § 1º, CPC/15; (2) ou estender ao caso concreto em questão a mesma solução conferida aos casos anteriores (*ampliative distinguishing* ou distinção ampliativa), por entender que, apesar das peculiaridades que distinguem o caso concreto do paradigma, aquela tese jurídica lhe é aplicável, nos moldes dos artigos 489, § 1º, V e 927, § 1º, CPC/15.

Para Ravi Peixoto (2018, p. 07), quando se fala em distinção restritiva, não se está tratando da inaplicabilidade de um precedente a um determinado caso concreto, o que consiste no típico *distinguishing* ou *distinguishing* propriamente dito. Isso, porque, segundo ele, na distinção restritiva, assim como na ampliativa, não há o afastamento do precedente, “ele é efetivamente aplicado ao caso concreto, mas apenas um ajuste quanto aos fatos substanciais em relação aos quais ele deve ser aplicado”. Na distinção ampliativa ou restrição, não há a formação de uma nova *ratio decidendi*, mas apenas a ampliação ou diminuição do âmbito de incidência do precedente. Dessa forma:

A denominada distinção ampliativa ocorre quando um determinado precedente passa a ser aplicado, por meio de decisões posteriores, a fatos em relação aos quais não tinha a decisão originária feito menção. Nesta situação ocorre uma expansão silenciosa do precedente originário. Por outro lado, a distinção restritiva será identificada quando fatos substanciais sejam retirados de uma *ratio decidendi*, diminuindo, assim, o seu âmbito de incidência, técnica que deve ser realizada com cuidado, sob pena de haver tentativa de revogação por órgão jurisdicional incompetente para tanto (PEIXOTO, 2018, p. 07).

Se a distinção ampliativa ou restritiva implica na efetiva aplicação do precedente, embora com alcances diversos, é certo que ela deve guardar concordância com a finalidade para a qual o precedente foi instituído, pois se desvirtuado o sentido do precedente, haverá, na prática, não uma distinção, mas uma revogação tácita do precedente. E, o *overruling*, diferentemente da distinção (que pode ser realizada por qualquer juiz ou tribunal), é atividade que deve ser realizada pelo mesmo órgão judicial que firmou o precedente. “Assim, a distinção feita fora dos limites da finalidade da *ratio decidendi* pode gerar, também, um vício de incompetência do órgão judicial que assim proceder” (SPINA, 2017, p. 149).

Como se percebe, é estreita a relação entre o *distinguishing* e a *ratio decidendi*: “parte-se do conceito de *ratio* para que a distinção seja possível, assim como ao se realizar distinção contribui-se para o aprimoramento da *ratio*. Os conceitos são interdependentes”. Sendo assim, uma efetiva compreensão do *distinguishing* pressupõe o estudo da *ratio decidendi* e seu papel na teoria dos precedentes (SPINA, 2017, p. 143).

2 A LIGAÇÃO ENTRE *DISTINGUISHING* E *RATIO DECIDENDI*

Os precedentes judiciais, assim como os enunciados legislativos, são textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. Assim sendo, cabe ao aplicador do Direito extrair, do caso a ser utilizado como paradigma, o elemento vinculante, a razão fundamental para que a decisão tenha sido tomada no sentido que fora, isto é, a *ratio decidendi*, também denominada de *holding* ou mesmo *principle of a case* (VIANA; NUNES, 2018, p. 371; CAMILOTTI, 2016 p. 90). Nas palavras de Patrícia Mello e Paula Baqueiro (2018, p. 671), “a *ratio decidendi* é, justamente, o comando que vinculará a solução de casos semelhantes”, o que a torna um conceito elementar e fundamental para a operação com precedentes, especialmente os vinculantes. O problema é que a “noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controverso. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*” (VIANA; NUNES, 2018, p. 371).

A despeito do expressivo número de métodos destinado à extração da *ratio decidendi*, “a doutrina costuma identificar a *ratio decidendi* a partir de duas noções básicas: os fatos essenciais a partir dos quais a decisão do precedente é tomada, bem como as razões expostas para a adoção da regra que dá solução ao caso” (SPINA, 2017, p. 143). Logo, entende-se por

ratio decidendi, os fundamentos determinantes da decisão, “compreendidos como os fatos relevantes e o direito estabelecido pelo precedente” (ZANETI JR, 2015, p. 371). No mais, tudo o que não constitui fundamento imprescindível para a solução da decisão é *obiter dictum*³. Nas palavras de Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira (2015, p. 444):

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural) ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (prescindível para o deslinde da controvérsia).

Caberá, pois, ao intérprete separar os fundamentos imprescindíveis para o deslinde da controvérsia daqueles prescindíveis, de modo a extrair do conjunto da decisão precedente, apenas a parte vinculante e que interessa à solução dos casos futuros: a *ratio decidendi*. De fato, é a decisão originária que cria a *ratio decidendi*, mas é importante perceber que são os julgados posteriores que irão realizar o ajuste dessa *ratio*, ampliando ou restringindo a quais fatos e em que circunstâncias ela será aplicada (PEIXOTO, 2018, p. 08). Se cabe ao intérprete – partes e magistrados – a categorização dos fatos relevantes e irrelevantes no caso suscitado como precedente, e também no caso concreto *sub judice*, então, “mais importante do que os próprios fatos enquanto ocorridos, é a forma como são compreendidos e categorizados, o que dependerá da atividade argumentativa dos sujeitos processuais nos casos posteriores, o que irá delimitar adequadamente o precedente” (PEIXOTO, 2018, 06).

Dessa constatação, extrai-se que *ratio decidendi* de um precedente não é um núcleo estático formado apenas no caso que deu origem ao precedente e ali tornado pronto e acabado. Muito pelo contrário, a *ratio* é formada por um processo dinâmico e paulatino, a partir das categorizações e interpretações realizadas pelos juízes dos casos futuros, que ajudam no seu aprimoramento e reconstrução (SPINA, 2017, p. 143-144). Ou seja:

(...) o conceito de *ratio decidendi* vai muito além dos elementos colhidos no precedente (fatos substanciais e razões expostas para solução do caso) e deve ser extraído do conjunto de decisões judiciais que o levam em consideração para a

³ Consoante Guilherme Malaguti Spina (2017, p. 141-142) “o *dictum*, embora não dotado de força vinculante, pode ser considerado uma sinalização do Tribunal para a futura revogação ou distinção do precedente. Dessa forma, os Tribunais e juízes inferiores conseguem, de alguma maneira, prever o comportamento do Tribunal Superior, podendo prevenir os jurisdicionados da mudança de orientação jurisprudencial e antecipando um futuro *overruling* ou um *distinguishing*. É nesse sentido que se diz que o *dictum*, embora destituído de obrigatoriedade, possui força persuasiva e não é desprezível, já que pode tornar-se, no futuro, *ratio decidendi*”.

solução dos casos futuros. Em outros termos, **a ratio é construída a partir do caldo jurisprudencial que analisou o precedente, aplicando-o ou não às novas situações** (SPINA, 2017, p. 144, grifo nosso).

Como bem destaca Guilherme Malaguti Spina (2017, p. 142), “é pelo estudo da distinção que se evidencia a afirmação doutrinária de que a teoria dos precedentes exige constantemente um raciocínio por analogia”, posto que a construção do direito em um sistema de *stare decisis* se dá a partir da análise de casos concretos, e da permanente comparação entre o novo e o velho, em busca de semelhanças ou diferenças que determinem a aplicação ou não de soluções anteriores a casos futuros.

Nesse sentido, Dierle Nunes e André Frederico Horta advertem que o enunciado universal e vinculante da *ratio decidendi* não está pronto e acabado no precedente, apenas aguardando que o intérprete o aplique sem grandes dificuldades em casos análogos. A sua elaboração se dá caso a caso, mediante a seleção dos fatos considerados relevantes – tanto no precedente quanto no caso concreto sub judice – para o deslinde da controvérsia pelos participantes do diálogo processual, inexistindo uma fórmula apriorística para resolver esta questão (NUNES; HORTA, 2014).

“Tendo clara esta noção, vislumbra-se com mais nitidez esta íntima relação entre o *distinguishing* e a *ratio*” (SPINA, 2017, p. 144). Isso, porque, a primeira etapa para aplicação do *distinguishing* consiste justamente no descobrimento dos fundamentos relevantes da decisão precedente. Trata-se do que Neil Duxbury chama de “*distinguishing within a case*”, “distinção no caso precedente”, na tradução para o português Identificada a parte vinculante do precedente, adentra-se a segunda etapa de aplicação do *distinguishing*, denominada por Duxbury de “*distinguishing between cases*”, ou “distinção entre casos” em português, quando efetivamente se analisará a possibilidade ou não de aplicação do precedente ao caso concreto em julgamento (DUXBURY, 2008, p. 113 *apud* NUNES; HORTA, 2015, p. 15).

Segundo Guilherme M. Spina, o *distinguishing* talvez seja “o principal instrumento que juízes e partes possuam para a interpretação e aplicação dos precedentes – e o seu consequente aprimoramento”. Isso, porque é através do *distinguishing* que será possível analisar, diante das novas circunstâncias fáticas trazidas por casos futuros, se a regra adotada em um determinado precedente deve ser aplicada a uma variedade maior ou menor de situações. “Isso equivale dizer que o precedente, por meio da técnica da distinção, será a

todo momento posto à prova, daí porque faz todo o sentido falar em aprimoramento do precedente, no seu aperfeiçoamento” (SPINA, 2017, p. 144).

Na distinção ampliativa, por exemplo – em que não há propriamente uma distinção do precedente, já que ele é efetivamente aplicado ao caso concreto – observa-se uma ampliação da *ratio decidendi*, por meio de decisões posteriores, que passa a abarcar fatos em relação aos quais não tinha a decisão originária feito menção. Já na distinção ampliativa, fatos substanciais são retirados da *ratio decidendi*, por um julgador posterior, diminuindo seu âmbito de incidência. Por outro lado, nos casos em que há o afastamento do precedente por uma distinção propriamente dita, não ocorre qualquer modificação da *ratio decidendi* originária, tampouco um enfraquecimento de sua autoridade, mas sim a criação de uma nova *ratio*, aplicável a uma situação diferente (PEIXOTO, 2018, 07).

3 PAPEL DA FUNDAMENTAÇÃO NO *DISTINGUISHING*

De todo modo, tanto o afastamento do precedente, quanto a sua aplicação ao caso concreto somente serão válidos se demonstrada na decisão, mediante uma consistente construção argumentativa: (a) que a *ratio decidendi* do precedente não pode ser aplicada ao caso em julgamento ante a incompatibilidade das circunstâncias elementares do precedente com o caso concreto sob análise; ou (b) que o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos determinantes do precedente. Em outras palavras, a aplicação ou afastamento de um precedente depende de uma decisão devidamente fundamentada que demonstre, mediante uma comparação analítica, a semelhança ou distinção existente entre o caso em julgamento e o enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte.

Isso, porque, nos termos do artigo 489 do Código de Processo Civil, considera-se não fundamentada e, portanto, nula a decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (a) se limite a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou questão decidida; (b) empregue conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar os motivos concretos de sua incidência no caso sub julgamento; (c) invoque motivos muito amplos ou padronizados que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (d) não enfrente todos os argumentos de fato e de direito invocados pelas partes do processo e capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (e) se limite a invocar um precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus

fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso concreto *sub judice* se ajusta àqueles fundamentos; (f) deixe de seguir o precedente, jurisprudência ou enunciado de súmula invocado por uma das partes, sem demonstrar a existência de distinção no caso sob julgamento (*distinguishing*) ou a superação do entendimento (*overruling*).

De modo complementar, o artigo 927, CPC/15, após elencar os pronunciamentos que demandam observância obrigatória pelos juízes e tribunais (decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; enunciados de súmula vinculante; acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados), aduz em seu §1º que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”, reafirmando a importância de imprescindibilidade de uma correta fundamentação da decisão judicial, ainda quando proferida nos exatos termos de um precedente ou súmula vinculantes.

Com efeito, a legislação processual civil brasileira deixa claro que, em ambas as hipóteses – aplicação ou rejeição do precedente ao caso concreto *sub judice* – a decisão deverá ser analiticamente fundamentada, sob pena de nulidade. Nas palavras de Guilherme M. Spina (2017, p. 156-157), o CPC/15 evidencia, em mais de uma oportunidade, a impossibilidade de mera referência genérica ao precedente, sendo certo que: ausente o devido cotejo analítico entre o precedente invocado (e sua *ratio decidendi*) e caso em julgamento, considera-se não atendido o dever de fundamentação imposto pelo dispositivo legal, o que torna a decisão anulável por recurso ou rescindível por ação rescisória (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 344-345).

Portanto, nos casos em que há a invocação de um determinado precedente por uma das partes, impõe-se aos magistrados não apenas o dever de analisar os fatos determinantes da causa e confrontá-los com a *ratio decidendi* do precedente, mas de expor detalhadamente essa confrontação na fundamentação da decisão, explicitando as razões ensejam a aplicação ou o afastamento do precedente, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, e do artigo 11 do CPC/15 (SPINA, 2017, p. 156).

A fundamentação da decisão judicial, além de se caracterizar como um direito fundamental do jurisdicionado – posto que é consectário da garantia do devido processo

legal e manifestação do Estado de Direito, permitindo o controle da decisão do magistrado tanto pelas próprias partes do processo (função endoprocessual da motivação), quanto pela sociedade em geral (função exoprocessual ou extraprocessual da motivação) (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 314-315) – revela-se imprescindível à própria existência do sistema de precedentes, e uma condição de procedibilidade e validade da aplicação do *distinguishing*.

4 DISTINÇÃO INCONSISTENTE

Por fim, importa compreender o que a doutrina entende como uma deturpação da técnica da distinção: o *inconsistent distinguishing*. Segundo Ravi Peixoto (2018, p. 9-10) a distinção inconsistente se dá “quando as diferenças entre os casos não são relevantes ao ponto de haver uma fuga legítima ao âmbito de incidência de um determinado precedente”, importando em uma “contração indevida do precedente, por meio de fatos e argumentos que não são capazes de justificar a distinção”.

Na distinção inconsistente, portanto, o argumento normativo utilizado para diferenciar o precedente do caso concreto é falho. “As diferenças entre os casos concretos são valorizadas artificialmente, de forma a conferir-lhes um peso excessivo, (...) geralmente com o objetivo de escapar à aplicação da *ratio decidendi* de um precedente” (MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 675). “Ou seja, há um discurso de que há distinção, mas ele é injustificado” (PEIXOTO, 2018, p. 10).

Trata-se, em verdade, de uma prática arbitrária que costuma ser utilizada pelos magistrados com o intuito de afastar a incidência de um precedente tido como ruim ou injusto (*bad law*), quando não é possível revogá-lo ou afastá-lo de outra forma, ante a autoridade e hierarquia que ostenta (NUNES; HORTA, 2015, p. 14). Assim, nas situações em que a cortes vinculadas estão obrigadas a seguir um precedente, mas discordam gravemente dele – por ser equivocado, injusto ou produzir consequências indevidas ou insuportáveis – acabam, eventualmente, “forçando” distinções para evitar uma solução quem consideram equivocada (MELLO; BAQUEIRO, 2018, p. 676).

Embora o *inconsistent distinguishing* possa servir a objetivos louváveis – como a não aplicação de um precedente ruim ou que não mais esteja em conformidade com o direito – essa utilização errônea da distinção viola a integridade do direito, ao passo que enseja

tratamentos diferentes para situações semelhantes, além de criar confusão e insegurança no sistema de precedentes (SPINA, 2017, p. 150). Isso, porque a utilização desvirtuada do *distinguishing* quando o caminho correto seria a utilização do *overruling* cria confusão nos demais órgãos do Poder Judiciário vinculados ao julgamento atécnico por não conseguirem identificar a existência ou não de uma efetiva superação daquele entendimento anterior (PEIXOTO, 2018, p. 11). Além disso, vale destacar que a utilização *inconsistent distinguishing* pode propiciar arbitrariedades e favorecimentos, acarretando decisões ainda mais injustas do que as resultantes da aplicação do precedente ruim (SPINA, 2017, p. 151).

Considerando os custos ocasionados pela prática da distinção inconsistente, caso o órgão julgador do caso concreto *sub judice* não tenha competência para a realização do *overruling*, é recomendável que aplique o precedente, fazendo constar na fundamentação decisória as razões da inadequação do precedente ou o registro da ressalva de entendimento (NUNES; HORTA, 2015, p. 14). Tal solução, segundo Guilherme M. Spina (2017, p. 152), se aproxima da técnica da sinalização que, como o próprio nome revela, serve para sinalizar a futura revogação de um precedente considerado equivocado, mas que, em virtude da segurança jurídica, não pode ser revogado naquele momento.

A grande vantagem de aplicar o precedente, ainda que ruim ou injusto, é proporcionar à parte prejudicada o acesso à via recursal, “que constitui o local adequado para ser estabelecido o debate processual acerca da pertinência de se promover, ou não, o *overruling*”. Dessa forma, evita-se a geração de “padrões de diferenciação inconsistentes”, que, a longo prazo, teria o condão, inclusive, de comprometer a legitimidade e a credibilidade do *distinguishing*, que passaria a ser visto com suspeito, diminuindo a sua força argumentativa (NUNES; HORTA, 2015, p. 14-15). Nesse sentido, Ravi Peixoto (2018, p. 11) destaca que admitir a distinção inconsistente significa promover “a desobediência em relação aos precedentes pelos órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores” e corromper a “integridade e coerência no posicionamento dos tribunais que produziram o precedente”.

Por fim, há de se ressaltar o comando expresso no caput do artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015: no sentido de que devem os tribunais uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, exigência, esta, que não pode ser cumprida se admitida a utilização da distinção inconsistente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo a compreensão da técnica da distinção – seus limites e possibilidades – bem como o papel por ela exercido no sistema de precedentes. Verificou-se que o *distinguishing*, representa tanto um método de confronto quanto o resultado desse confronto: a distinção, sendo certo que a eventual existência de distinção entre o caso concreto *sub judice* e aquele que deu origem ao precedente pode justificar tanto o afastamento do precedente quanto a sua aplicação restritiva ou ampliativa.

Contatou-se, outrossim, que o *distinguishing* representa uma importante ferramenta de interpretação e lapidação dos precedentes, contribuindo para a identificação, delimitação e aperfeiçoamento da *ratio decidendi* que, por sua vez, não pode ser vista como algo pronto e acabado, mas como fruto de um processo paulatino e dinâmico de interpretações conferidas pelos mais diversos atores.

Nesse contexto, fez-se evidente o papel da fundamentação decisória, não apenas enquanto condição de procedibilidade e validade do afastamento de um precedente ou mesmo de sua aplicação, mas enquanto um direito fundamental do jurisdicionado, imprescindível à garantia do devido processo legal, do controle da atividade jurisdicional pelas partes e pela sociedade em geral, e, certamente, imprescindível à própria existência do sistema de precedentes.

Por fim, aferiu-se pela inadequação da utilização do *inconsistent distinguishing*, ao passo que compromete a integridade do Direito, a segurança jurídica e a isonomia, em descompasso com objetivo imperioso elencado pelo Código de Processo Civil brasileiro de uniformização da jurisprudência, com vistas a mantê-la estável, íntegra e coerente, notadamente por meio da realização do *stare decisis*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3dc9rbZ>. Acesso em: 26 jun. 2021.

CAMILOTTI, José Renato. **Precedentes judiciais em matéria tributária no STF**: Pragmática da aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (*distinguishing*). Tese (Doutorado em Direito). 441 f. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3h1pb2O>. Acesso em: 20 jun. 2021.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, p.667-688, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2T2Lkpp>. Acesso em: 20 jun. 2021.

NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015**: Uma breve introdução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). Precedentes judiciais no NCPC. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3gU5WJA>. Acesso em: 20 jun. 2021.

NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. **Precedentes? Significados e impossibilidade de aplicação *self service***. Justificando, out. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/35MF2gm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). **Revista de Processo**, v. 248, p. 331-355, out. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3j6BVI5>. Acesso em: 20 de jun. 2021.

SPINA, Guilherme Malaguti. A Teoria dos Precedentes e a Técnica da Distinção (*distinguishing*). **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 86, p. 125-160, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2SprnZH>. Acesso em: 20 jun. 2021.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZANETI JR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**. Salvador: Jus Podivm, 2015.