

***Distinguishing* e o pedido de distinção: as convergências e divergências entre os institutos no novo Código de Processo Civil**

Vinicius Silva Lemos

Advogado

Mestrando em Sociologia e Direito pela UFF/RJ

Especialista em Processo Civil pela

Faculdade de Rondônia - FARO

Professor de Processo Civil

Coordenador da Pós-Graduação em

Processo Civil da Uninter/FAP

Vice-Presidente do Instituto de Direito

Processual de Rondônia - IDPR

Membro da Associação Norte-Nordeste de

Professores de Processo - ANNEP

Membro do Centro de Estudos Avançados em

Processo - CEAPRO

Membro da Academia Brasileira de

Direito Processual Civil - ABDPC

Membro da Associação Brasileira de

Direito Processual - ABDPRO

RESUMO

Este artigo tem o propósito de apresentar os institutos do *distinguishing* e o pedido de distinção inseridos no novo código de processo civil. Os conceitos, as inovações e a positivação desses institutos, que já existiam na prática, serão objeto de estudo detalhado e comparado, a fim de delimitar sua adequada aplicação.

Palavras-chave: *Distinguishing*. Decisão de Afetação. Precedentes Judiciais. Pedido de distinção.

ABSTRACT

This article has the purpose of presenting the distinguishing institutes and the request of distinction bearing inserts in the new code of civil procedure. The concepts, innovations and the patient faints of these institutes, which already existed in practice, will be the object of a detailed study and compared in order to delimit their proper application.

Keywords: Distinguishing. Decision of Affectation. Judicial precedents. Request of distinction.

Introdução

Neste momento de um novo Código de Processo Civil, importante a realização de estudos sobre as suas inovações e os impactos disso no cotidiano forense e na realidade processual.

No presente estudo, faremos uma análise sobre a fundamentação das decisões no CPC/2015, apresentando a nova dogmática decisória e os aspectos objetivos para delinear o que não se aceitará como uma sentença/decisão judicial fundamentada e, para adentrar no assunto, como a utilização ou não do precedente contribuirá para a formação e motivação de uma decisão.

O CPC/2015 criou critérios formais e delimitados para se utilizar, na decisão judicial, os precedentes, seja para aplicá-los, superá-los ou para distingui-los. Diante destas três possibilidades de técnicas de aplicação de precedentes, o juízo deve proceder à análise para fundamentadamente decidir-se pela utilização ou não do precedente na decisão judicial.

Entretanto, a distinção, dentro de sua positivação pelo CPC/2015, tem diversas facetas, com diferentes conceitos e momentos processuais. Aqui, restringimos dois institutos que servem para promover a distinção de matérias entre os processos a serem julgados e os precedentes, existentes ou a serem formados: *distinguishing* e o pedido de distinção.

Primeiramente, um estudo de conceituação de cada um dos institutos, para entendimento de suas limitações, como a legitimação, o momento processual e as consequências de cada um. Em muitos momentos, os institutos terão o mesmo significado e serão sinônimos, em outros, as funções e momentos são diversos, ocasionando um afastamento entre ambos.

Após a explanação sobre cada instituto, pertinente realizar um comparativo entre ambos, com os aspectos que os aproximam, as suas semelhanças e momentos de convergências, bem como, posteriormente, salientar o que lhes diferencia, com outros momentos e utilidades processuais, resultando numa divergência de significados entre os institutos.

1 Novo código e a fundamentação da decisão

Um novo momento processual. A nova codificação traz consigo diversas inovações no procedimento, preocupando-se em possibilitar ao jurisdicionado uma prestação jurisdicional melhor,

não somente no sentido da celeridade processual, mas no entendimento macro de todos os argumentos da decisão.

Com isso, a nova lei delimitou as maneiras em que a decisão judicial se considerar-se-á como fundamentada, criando parâmetros objetivos para a prática do artigo 93 da Constituição Federal. O regramento sobre a fundamentação na formação da sentença já constava na antiga codificação, todavia sua forma era totalmente subjetiva, somente requerendo a existência de uma fundamentação, sem delinear ou delimitar como se proceder-se-ia em cada decisão.

Se houvesse uma mera menção a lei, artigo de lei, jurisprudência ou súmula, ainda que sem argumentos pormenorizados, teoricamente, a decisão estaria fundamentada. Entretanto, seria isso o que a Constituição determina como fundamentação? O legislador processual, nesta codificação, entendeu que não.

A nova lei trouxe requisitos essenciais e critérios objetivos sobre a fundamentação, ampliando também para toda e qualquer decisão judicial, desde a sentença ou o acórdão, mas qualquer decisão interlocutória.

Esses requisitos estão presentes no artigo 489, § 1º delineando a forma que o legislador entendeu como essencial para chamar-se de fundamentação judicial, utilizando uma técnica por vezes inversa, esboçando requisitos que não podem constar numa decisão, que, neste caso, restaria como não fundamentada.

A fundamentação como condição de validade das decisões judiciais decorre de exigência expressa da vigente Constituição Federal, como acima ficou esclarecido. E nem seria necessário explicar em que consiste a fundamentação de uma decisão judicial, não houvesse a prática adotada por muitos julgadores, infelizmente, consagrando entendimentos inadmissíveis a respeito do assunto. [...] O novo Código de Processo Civil, ao exigir fundamentos como parte essencial, e indicar expressamente, no 1º do art. 489, acima transcrito, as hipóteses nas quais qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, considera-se não fundamentada, deixou fora de qualquer dúvida que os equívocos consagrados pela prática jurisdicional a esse respeito não podem continuar a serem praticados (MACHADO, 2015, p. 72/74).

Uma maneira antagônica de conceituação, de forma a delimitar o que não é fundamentação, conseqüentemente, sabendo-se o que não pode constar/realizar numa decisão. Se a lei diz o que não é fundamentação, o caminho inverso explica o que encaramos como fundamentação.

Esse dispositivo é um dos mais importantes da nova codificação, uma disposição objetiva de fundamentação. Num mundo perfeito, com a simples previsão legal constitucional, a decisão judicial já seria respeitada em sua fundamentação, com toda uma construção analítica processual, respondendo todas as teses jurídicas, seguindo ou analisando os precedentes e pormenorizando os fatos e suas consequências no direito.

Infelizmente, há exageradas lacunas no cotidiano forense nesta subjetividade da fundamentação, com a necessidade de um microsistema de explicação da fundamentação.

Dessa forma, almeja-se com esse dispositivo uma melhoria na decisão judicial, justamente para corresponder aos anseios constitucionais, tanto quanto aos anseios dos procuradores e, mais importante, das partes. Talvez, possamos imaginar que o código preocupou-se em positivar o óbvio, porém essa necessidade nasce do cotidiano processual forense quando, tristemente, encontram-se repetidamente diversas decisões judiciais generalizadas, com argumentos desconexos com a situação em questão ou omissos, com lacunas evidentes na prestação jurisdicional.

A necessidade da fundamentação, chamada de analítica, é evidente, justamente por essa reiteração de decisões com argumentos quase que vazios. O artigo 489, § 1º elenca requisitos como não se aceitar a simples indicação de norma, sem a devida explicação da correlação desta referida com a questão posta em juízo, tampouco pode se considerar fundamentada uma decisão em que o juízo utiliza conceitos jurídicos indeterminados (exemplos, “ausente a boa-fé”, “ocorrendo a imprevisibilidade” etc.), sem explicá-los ou relacioná-los devidamente com o caso em questão na demanda.

Deve-se sublinhar que os dispositivos [...] dizem respeito não só à sentença, mas a quaisquer decisões judiciais. Quando se estuda a motivação da decisão, na verdade, o que se estuda é o que aparece na decisão, que seria uma espécie de “fachada”, mas, mesmo assim, é interesse estudar esse fenômeno, já que representa, pelo menos, o que é compreendido como satisfatório para figurar como fundamento da decisão, em face das exigências do dado sistema (WAMBIER et al., 2015, p. 793).

Outra preocupação consta na impossibilidade de invocar-se motivos que servem para basear qual decisão, de maneira genérica, (exemplos, “presentes os requisitos para a concessão”, “ausente a demonstração do direito” etc.) sem delinear os motivos

pelo qual o juízo encontra aqueles pontos ou requisitos no caso para proceder daquela maneira.

A preocupação em delimitar-se essas situações passa por almejar-se uma prestação jurisdicional mais explicativa, com uma visualização pela parte da análise realizada naquele caso, com a relação entre os fatos do caso e a norma que lhe é aplicada.

O juízo deve também enfrentar todas as teses jurídicas que as partes invocaram na demanda, seja para a procedência ou a improcedência, com a necessidade de discussão sobre a matéria, mesmo que seja somente para negá-la.

Impensável aceitar-se que as partes formulem argumentações jurídicas que não terão respostas judiciais. Seria autorização – como acontece hoje – para uma não prestação jurisdicional. Uma legalidade de algo ilegal.

Não é o caso, assim, de deixar de pronunciar a nulidade. Na verdade, a questão é que, mesmo anulando a sentença, não serão os autos mais remetidos à instância originária, podendo o tribunal, desde logo, apreciar o *meritum causae*. A questão, repita-se, diz respeito à supressão de uma instância em favor de se obter um julgamento definitivo em menor espaço de tempo. É importante ter em vista a necessidade de que, efetivamente, a nulidade seja pronunciada pelo tribunal *ad quem* nestes casos até mesmo em observância à correta técnica de julgamento nos órgãos colegiados. Parece-nos que, para aplicar o disposto no art. 1013, §3º, IV, do Novo CPC (como, *mutatis mutandis*, todas as demais hipóteses de “causa madura”), o tribunal deve, antes de tudo, (i) anular a sentença por deficiência de fundamentação. Posteriormente, deve haver nova deliberação a respeito (ii) da possibilidade de julgamento imediato do mérito, pela desnecessidade da produção de outras provas e, em caso positivo, (iii) devem os julgadores, finalmente, proceder à análise do *meritum causae* (SIQUEIRA, [ca. 2014], não paginado).

A parte não pode ficar processualmente desamparada, sem a resposta judicial sobre cada ponto de sua argumentação jurídica, inadmissível, processualmente, aceitar-se uma situação assim. O intuito é verificar que toda tese jurídica levantada pelas partes deve ser enfrentada, para, somente dessa forma, alcançar-se uma efetiva e qualificada prestação jurisdicional.

1.1 A fundamentação e o precedente judicial

A tendência exposta na nova codificação foi pela valorização do precedente judicial, uma tentativa de mudança

dogmática na fundamentação jurídica, com uma integridade maior das decisões judiciais com um respeito ao que se decidiu, primando pela segurança jurídica.

Imagine-se que o juízo de primeiro grau e os tribunais devem respeitar e, nos limites de sua inferioridade hierárquica, seguir os precedentes judiciais firmados em tribunais superiores, um respeito ao microsistema de formação de precedentes, prestigiando-se a coerência, integridade e a segurança jurídica, bens imensuráveis processualmente.

Ao respeitar-se o decidido nos tribunais superiores, com a sua aplicabilidade para os casos idênticos posteriores, prioriza-se a segurança jurídica para a sociedade, para aquele jurisdicionado em cada caso similar existente ou futuro, bem como um todo socialmente, ciente de que naquela situação a decisão judicial tem um parâmetro normativo de precedente.

O mesmo artigo 489, § 1º dispõe que na fundamentação não se pode, quando houver um precedente sobre a questão: “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” ou “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

Esses dois dispositivos regulamentam a fundamentação da decisão e a devida utilização do precedente. Na primeira hipótese, há a indicação de que ao entender o juízo que aquela situação de determinado processo parece similar com um julgado anterior, com a possibilidade de utilização de determinado precedente, deve fundamentar-se, de maneira pormenorizada, sobre a similitude fática e jurídica entre os casos – do processo em questão e o precedente – para que as partes verifiquem e entendam a construção jurídica realizada, seja em direito material ou processual, pelo juízo que autorize a aplicabilidade do precedente judicial naquela situação. Não se permite que o precedente seja utilizado sem uma explicação fundamentada que o interligue ao caso em que pretenda utilizar a mesma solução jurídica normativa constante no precedente.

A primeira, de índole objetiva, toca ao comando “dever” que, por certo, depreende-se da inteligência do dispositivo em comento, ao dispor que juízes e tribunais observarão ditas decisões, enunciados, acórdãos, súmulas, orientações a que os próprios incisos do art. 927 prestam conta. Logicamente, dito respeito não se faz às “cegas”! Como bem dita o §1º. do próprio art. 927, ao decidir sob o manto do que estabelece os

incisos supracitados, deverá o órgão julgador subordinar-se às exigências dos arts. 10 e 489, §1º., estes responsáveis pelas balizas relativas à correta validade dos fundamentos das decisões, prevendo o respeito à oportunidade das partes de terem se manifestado sobre o que se fulcrará como base da fundamentação, isso no decorrer da marcha processual (art. 10), bem como se limitar a invocar “precedente” ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos e ainda, deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou “precedente” invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, *ex vi* do art. 489, §1º., V e VI (GAIO JR., [ca. 2014], não paginado).

Todo precedente tem uma *ratio decidendi*. A formação de um precedente não está em sua parte dispositiva. O importante é a sua fundamentação quanto à tese jurídica, a construção cognitiva daquela questão jurídica anterior, julgada naquela demanda que gerou o precedente. O ato de decidir não é o que forma o precedente, mas o caminho que se levou para chegar à convicção da decisão. Isso é o que forma e o que importa para a aplicabilidade futura.

O que seria essa *ratio decidendi*? A definição do conteúdo e dos limites da decisão. Numa tradução informal, as razões de decidir.

Segundo Deflorian apud Gordon, a *ratio decidendi* consiste no princípio do direito com base no qual o caso é decidido. Nas palavras de Tucci, a *ratio decidendi*, “constituem a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto”. A *ratio decidendi* envolve questões levantadas no processo que foram fundamentais para a formação da decisão judicial (SOARES, 2014, p. 49).

Toda e qualquer decisão cria uma norma jurídica, a interpretação do juízo sobre a relação *fato x lei*. O resultado da decisão é a norma jurídica almejada para a resolução do conflito de interesses tutelado pela jurisdição. Essa norma criada pelo ato de julgar se limita às partes, àquela solução jurídica para o caso em concreto posto em juízo. No entanto, há outra norma criada na decisão, com conteúdo universal, que ultrapassa os limites da lide e que não está na parte dispositiva, mas na sua fundamentação.

É nesse ponto da decisão que o juízo traça um caminho de delimitação, com a análise dos pontos fáticos que estão em julgamento, as intersecções jurídicas afeitas ao caso concreto, é nesse

ponto que se encontra a *ratio decidendi*. A interpretação dos fatos e sua relação com o direito existente resultam numa norma jurídica criada no julgamento, não limitada às partes, por não constarem da decisão, da parte dispositiva, contudo perfazem uma linha de fundamentação para construir o pensamento jurídico que embasa o resultado final. Dessa forma, a *ratio decidendi* é “tese jurídica acolhida, no caso concreto, pelo julgador, sendo composta por 03 elementos: (i) indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*); (ii) raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e (iii) juízo decisório (*judgement*)” (REDONDO, 2014, p. 174).

Quando se utilizar o precedente – e também o enunciado de uma súmula – pelo teor do artigo 489, § 1º, V, o juízo deve, fundamentadamente, relacionar as causas que interligam o que se pretende decidir com o que já foi decidido, o conteúdo da *ratio decidendi* do precedente. Há a necessidade de interligação entre o precedente e o caso em julgamento e, além dessa interligação, há o dever da demonstração pelo juízo do enquadramento dessa interligação.

O respeito ao precedente não passa pela sua utilização de qualquer maneira, sem um regramento. Para uma real respeitabilidade ao precedente, o juízo deve, ao invocar a utilização deste, delinear claramente os motivos e razões de identidade entre a *ratio decidendi* do precedente e as questões fático-jurídicas existentes naquela demanda a se julgar.

Somente utilizar de forma automática um precedente, sem maiores explicações ou interligações entre a causa e a *ratio decidendi*, invalida totalmente a decisão, com uma total omissão quanto à fundamentação.

Na outra hipótese, em sentido inverso, há o dever do juízo, no momento de sua cognição, em analisar o precedente existente sobre a matéria, não podendo, quando existir um posicionamento preexistente, ignorá-lo, simplesmente deixando-o de lado. Exige-se aqui dois pontos: uma vinculação ao precedente se houver identidade ou realizar-se fundamentadamente a superação, seja por distinção ou por revogação.

Não se admite, de forma nenhuma, que exista um precedente e o juízo, qualquer deles, decida uma questão idêntica ou parecida, sem qualquer manifestação sobre aquele precedente. Como decidir sobre determinada matéria, sem a análise pormenorizada do precedente? Há essa necessidade, esse dever de análise sobre o precedente, ainda que seja para contemplar a sua não utilização, devendo ser, de toda forma, objeto da análise para construção da fundamentação.

O dispositivo legal, neste momento, prima pela necessidade de o juízo analisar os precedentes parecidos com aquela situação do caso, com uma necessária cultura de vinculação, seguindo o teor da decisão anterior, quando enquadrado fática e juridicamente àquela situação. Somente deve deixar de seguir o precedente se houver a distinção de conteúdo entre o caso e a *ratio decidendi* ou a superação do precedente por não conter mais validade social ou jurídica em sua aplicabilidade. Sem qualquer dessas hipóteses, o precedente, vinculante ou não, deve ser respeitado e, de certa forma, seguido.

Uma decisão judicial que ignora um precedente, sem qualquer menção ou vislumbre de sua existência, decidindo somente por outros argumentos, ainda que legítimos, comete uma ausência de fundamentação. O precedente sobre determinada matéria é, como vimos, uma norma que interliga o caso em concreto e a aplicabilidade da norma, com poder vinculante ou poder persuasivo. Se, para uma situação fática idêntica ou parecida, já temos um trabalho cognitivo argumentativo de um tribunal sobre a questão, com o enfrentamento de diversos pontos e matérias, por qual motivo o juízo deve ou pode simplesmente ignorá-lo? Evidentemente que não.

Pertinente que o juízo enfrente a adequação daquele precedente judicial existente para aquela situação colocada na demanda, com a fundamentação, seja pela sua utilização ou, principalmente, pela sua não utilização. O juízo deve julgar conforme uma construção jurídica para aqueles fatos determinados. Se o Judiciário, em uma instância superior, tem julgados com todo um enfrentamento jurídico sobre a questão, com ainda validade e pertinência social e legal, por qual motivo o juízo seria autorizado a ignorá-los? Nenhum. Deve utilizar o precedente em sua fundamentação, notadamente.

Em qualquer dessas hipóteses, há uma notória necessidade de fundamentar-se sobre o precedente judicial. Decidir sem considerar-se o precedente, com total ignorância, simplesmente deixando-o de lado, como se houvesse uma total liberdade judicial para a decisão, evidentemente configura uma ausência de fundamentação. Deve-se, dentro do ordenamento jurídico, respeitar-se o precedente judicial, seja na qualidade de explicar-se o motivo de deixar de utilizá-lo ou quando for possível essa utilização por sua identidade com o caso em questão.

2 Distinguishing

Uma vez formado o precedente, em suas diversas formas, com a definição da sua *ratio decidendi*, quando algum juízo es-

tiver diante, num momento posterior, de uma ação possivelmente idêntica, para visualizar a aplicação, ou não, do precedente, se faz necessária a comparação entre a *ratio decidendi* do precedente com os fatos inerentes a esse caso. Para a aplicação de um precedente, há a necessidade de congruência entre a *ratio decidendi* do precedente com o conjunto fático daquela causa. Somente com a equiparação dos "*fundamentos jurídicos que sustentam a decisão*" do precedente e a situação fática daquele processo em julgamento consegue-se decidir se há relação entre ambos que permita a aplicabilidade do precedente (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 442).

O resultado dessa equiparação leva a alguns caminhos, o mais importante seria culminar na aplicabilidade do precedente nesse novo processo. Entretanto, há a possibilidade da incongruência entre os fatos dessa ação com a *ratio decidendi* do precedente firmado. Nessa situação, não há a possibilidade de utilização do precedente por não haver um enquadramento da situação processual com a situação do precedente, sem enquadramento correto, há uma distinção, uma diferença entre os casos, o que leva à recusa do juízo em aplicar o precedente.

Não há, no entanto, uma recusa ao precedente por sua validade. A não utilização do precedente é por não servir como base para aquela demanda, por diferença de fatos ou de matérias. O juízo não discorre em nenhum momento sobre a validade do precedente, somente houve uma tentativa de aplicação, com a eventual impossibilidade de utilização.

Mais do que isso, ao se afastar de determinado precedente por ocasião de eventual distinção, não se está a questionar sua validade, eficácia, legitimidade ou a hierarquia do tribunal que o formou, mas apenas a afirmar que se trata de direito não aplicável à espécie. Até mesmo por isso é que, diferentemente do overruling, a distinção (*distinguishing*) pode ser realizada independentemente do nível hierárquico dos órgãos prolores da decisão e do precedente (NUNES; HORTA, 2015).

A superação do precedente ocorre pela sua não aplicabilidade para aquele caso em concreto por divergência nos fatos entre o precedente e a demanda. O direito anglo-saxão concede o nome de *distinguishing*. Na tradução que o próprio código concede ao delimitar um pedido da parte da aplicabilidade do instituto no artigo 498, § 1º, VI, chega-se ao nome de distinção.

Uma autêntica distinção do caso em concreto com o precedente. Há uma recusa na utilização do precedente? Sim, a recu-

sa, nesta hipótese, ocorre por ausência de correspondências entre os casos, a *ratio decidendi* do precedente e a ação julgada com a aplicação da distinção. Além da técnica de julgamento de superação de precedentes, cabe também às partes alegarem a distinção, com a demonstração ao juízo da diferença existente e da inaplicabilidade daquele precedente.

Evidente que para a utilização do *distinguishing*, ou distinção, o juízo deve, de forma fundamentada, delinear as diferenças entre a *ratio decidendi* do precedente, com a ação que está a julgar, demonstrando, de forma clara, que não há razoabilidade e congruência para a aplicação do precedente, afastando-o. Sobre essa matéria, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o Enunciado n.º 306, dispondo sobre a utilização do *distinguishing* que “o precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”.

Por essa necessidade de comparação entre a *ratio decidendi* e cada caso parecido posterior ao precedente, o conteúdo e delimitação da *ratio decidendi* devem ser o mais perfeitos e claros possível.

Quanto melhor e maior a clareza de identificação da *ratio decidendi*, mais fácil e evidente fica aos juízos inferiores em casos posteriores a utilização do precedente. Uma eventual *ratio decidendi* mal delimitada ou confusa ocasiona possíveis aplicabilidades errôneas do precedente em casos análogos futuros, quando, na verdade, seriam casos para realizar o *distinguishing*.

Pertinente uma análise minuciosa, pelo juízo da ação futura, para a aplicação correta do precedente e, se necessário, a utilização do *distinguishing* para afastar os precedentes em casos com situações diversas daquelas delimitadas pela *ratio decidendi*.

Não há no *distinguishing* uma invalidação ou revogabilidade do precedente, tampouco análise sobre a sua inutilidade. O juízo somente se debruça sobre a análise cuidadosa sobre os fatos e o precedente, com a sua *ratio decidendi*, com o cuidado na aplicação da tese firmada. Se a decisão for pela não utilização do precedente, vale somente para aquele caso, com aquele conjunto fático probatório, com a permanência total da validade do precedente para os casos em que a *ratio decidendi* for coincidente.

3 O *distinguishing* e a distinção: sinônimos?

O *distinguishing* como técnica trazida pelo *common law* é uma forma de fundamentação da decisão judicial quando se enfrenta um precedente, realizando a análise comparativa com as questões e limites fáticos daquela demanda. O intuito é, num primeiro momento, comparar a *ratio decidendi* do processo a ser julgado com a do precedente paradigmático, para, após, o co-tejo analítico concluir se há ou não possibilidade de utilização e enquadramento.

Em caso positivo, utilizar-se-á o precedente como base motivacional decisória. No sentido inverso, a utilização serve para distinguir as questões comparadas, afastando o precedente para concluir que as matérias – do processo e daquele precedente – não guardam semelhanças entre as *ratios decidendi*. Sem enquadramento material, o caminho é decidir por não utilizar o precedente, por não servir para a resolução daquela demanda em específico.

No CPC/2015, a palavra distinção aparece no artigo 498, § 1º, VI, como forma de fundamentação, como já vimos, após o juízo verificar a existência de um precedente, decidir por utilizá-lo, superá-lo ou distingui-lo. Nesta última hipótese, situação e momento processual, a palavra distinção tem o mesmo significado do *distinguishing*, não guardando nenhuma diferença, sendo somente a tradução da palavra do instituto do direito *common law* para a positivação do novo ordenamento processual.

A distinção não é uma novidade diante do judiciário brasileiro, bem como no *civil law*, somente houve a positivação e regulamentação do instituto, organizando-o como técnica de fundamentação da decisão, como preconizado no artigo 498, § 1º, VI; um grande avanço na sistemática decisória.

4 O *distinguishing* e o pedido de distinção: institutos diferentes?

O *distinguishing*, como já explanado, está disposto na comparação analítica entre as *ratios decidendi* do processo e do precedente para que o juízo, ao decidir, deixe de seguir a orientação do precedente por não coincidência fática material, afastando-o por este motivo, sem adentrar-se na validade ou superação/revogação do precedente.

Desse conceito verifica-se a presença de alguns elementos: processo a ser julgado, precedente suscitado, análise judicial e afastamento por não enquadramento.

Já o pedido de distinção é o mesmo que o *distinguishing*? Depende do momento de sua utilização e qual o mérito desse pedido. Delinearemos duas situações.

4.1 O pedido de distinção como argumentação postulatória – inicial, contestação, impugnação ou alegações finais

Quando a parte – quaisquer delas – utilizar a distinção como argumentação para refutar um precedente, por vezes suscitado pela outra parte ou mencionado pelo juízo, mencionando que não há congruência das situações fáticas e jurídicas deste processo com aquele que serve como base comparativa, com o requerimento pela desconsideração do precedente no momento da cognição decisória, há uma das espécies de pedido de distinção.

Nessa possibilidade, o pedido de distinção tem o mesmo significado que um pedido pelo *distinguishing*, já que a parte pleitearia ao juízo para, quando for sentenciar ou eventualmente decidir de maneira interlocutória, proceda ao afastamento do precedente, com base no disposto no artigo 498, § 1º, VI, distinguindo as situações.

O intuito da parte, aquela que assim pleiteia, é demonstrar, diante do argumento comparativo entre os casos, que a sua conclusão mais correta seria no sentido do afastamento, o que leva ao pedido de igual maneira.

4.2 A decisão de afetação e a suspensão dos processos de identidade material

Para um melhor entendimento, a decisão de afetação é aquela em que o tribunal, geralmente o superior, profere uma delimitação da matéria sobre a qual formará um precedente num julgamento por amostragem, num recurso ou incidente em rito repetitivo.

A importância dessa decisão é enorme para a formação de um precedente. Se o formato do julgamento será num rito por amostragem, com a resolução de um ou alguns processos, para, após, servirem de base para os demais processos idênticos, é de suma importância que antes do início desse rito seja proferida a decisão de afetação da matéria, com a delimitação de quais pontos materiais têm a relevância para as espécies de julgamento diferentes do normal e, conseqüentemente, os limites fáticos materiais do futuro precedente.

[...] o relator, na decisão de afetação, identificará a questão/as questões a ser(em) submetida(s) a julgamento, determinando a suspensão dos processos,

quaisquer que sejam e quaisquer as fases em que se encontrem, agora em todo território nacional e poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia (WAMBIER et al., 2015, p. 1514).

A decisão de afetação será o parâmetro comparativo entre aqueles processos representativos da controvérsia – aqueles escolhidos para serem julgados – e todas as demais demandas idênticas existentes no Judiciário regional ou nacional; uma autêntica baliza fática material.

Uma vez delineada a matéria pela decisão de afetação, o próximo passo, ainda pelo relator, é determinar que “haja a suspensão dos demais processos que estejam em curso no Brasil, e que versem sobre a mesma questão de direito” (WAMBIER et al., 2015, p. 1516).

A decisão de afetação realizada pelo relator – do tribunal superior ou de segundo grau – delimitou a matéria e os fatos repetitivos e determinou a suspensão de todos os processos idênticos no âmbito territorial que lhe competem, estadual ou federal. O próximo passo é do juízo em primeiro grau, a quem compete, neste momento, a verificação da similitude fática entre a matéria determinada como afetada e aquele processo, com duas possibilidades: suspender pela similitude fática e material, aguardando a decisão do tribunal, ou não suspender, pela ausência de enquadramento fático e material entre os limites da afecção e aquele processo.

Chegamos, então, ao ponto de início das divergências entre o *distinguishing* e a distinção feita pelo juízo, nesta ocasião. Não há, ainda, precedente a ser comparado, somente uma decisão embrionária de afetação da matéria e pedido para que suspenda todos os processos de igual matéria de forma preventiva.

Na hipótese de o juízo optar pela suspensão do processo em primeiro grau, ainda não há o precedente formado, há somente uma expectativa futura de que este existirá, contudo, nesta demanda, a análise feita para culminar na suspensão foi pelo enquadramento material a uma decisão de afetação, o que já o difere da possibilidade de *distinguishing*, nesta situação, como técnica de superação de precedente,

Se, por outro lado, o juízo não enquadrar o processo com matéria parecida naqueles que serão suspensos, essa distinção seria idêntica ao *distinguishing*? Não, por dois motivos. Primeiro, se o juízo de primeiro grau, ao ser cientificado da decisão de afetação, não visualizar naquele processo um enquadramento

material, nem decidirá no processo, simplesmente prosseguirá com o trâmite. Outro motivo é pelo simples fato de que não existe ainda um precedente para aquela matéria. A comparação do processo, de maneira preventiva, é realizada entre um processo de primeiro grau e um recurso representativo da controvérsia ou um incidente repetitivo, não com um precedente. Se o juízo não suspendeu o processo, não realizou o *distinguishing*, mas, sim, uma distinção diversa deste instituto.

4.3 O pedido de distinção como pleito de retirada da suspensão do processo por rito ou incidente repetitivo

Se o juízo de primeiro grau, ao ter ciência da decisão de afetação, decide pelo enquadramento material, com a devida suspensão do processo sob sua competência, o teor decisório impacta as partes, tanto o autor como o réu daquela demanda.

Nesse caso, cabe às partes analisarem a decisão de afetação dada em rito repetitivo, comparando-a com a matéria de seu processo, em primeiro grau. Se houver coincidência material, não há nada o que ser feito, a não ser esperar pelo desfecho do julgamento repetitivo e posterior aplicabilidade do precedente a ser formado em sua demanda.

No entanto, em outro sentido, ao visualizar uma inconsistência entre as matérias – afetada e a do processo em primeiro grau – podem realizar o pedido de distinção. Se o processo estiver em primeiro grau, ao juiz da causa, se em segundo grau, ao relator do recurso sobrestado, se em tribunal superior, também ao relator do recurso sobrestado. Independe, portanto, do juízo em que estiver o processo.

A distinção foi regulamentada no CPC/2015 no artigo 1.037, § 8º a § 10.¹ Quando qualquer das partes entender que o seu pro-

¹ “Art. 1.037. [...] § 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput.

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§ 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:

I. ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

II. ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;

III. ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;

IV. ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

§ 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias.”

cesso não tem coincidência com a questão de direito mencionada na decisão de afetação, deve requerer a distinção do seu caso, seja em recurso ou incidente repetitivo, em requerimento próprio dirigido ao juízo responsável pelo processo e pelo sobrestamento.

O intuito desse pedido de distinção, feito pela parte em processo afetado no primeiro grau, é requerer que o seu caso não continue suspenso por uma decisão que, a seu ver, foi proferida em matéria diversa, não guardando similitude material com o processo do rito repetitivo.

Nesta hipótese, a parte deve demonstrar fundamentadamente que seu caso versa sobre situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não abrangida pelo objeto do incidente, a impor solução jurídica diversa (art. 1.037, § 9º, CPC), previsto para o incidente de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, mas aplicável ao IRDR pelo apelo ao microsistema (CUNHA; DIDIER JR, 2016, p. 601).

No pedido de distinção existente no artigo 1.037, § 10, não temos o precedente ainda, mas somente uma decisão de afetação que transformou um recurso ou aceitou um incidente em rito repetitivo. A matéria em questão não é fruto de uma decisão existente que será usada como precedente, mas de uma delimitação pela afetação dos limites materiais definidos como um rito repetitivo. Não há a presença de um precedente, ainda.

Ao decidir pela suspensão, o juízo de primeiro grau decidiu pelo enquadramento preventivo. Qualquer das partes, se entender que não há similitude material para tanto, demonstrando que há um equívoco nessa situação processual, pode requerer o pedido de distinção, nos moldes do artigo 1.037, § 10, para que o juízo retire o processo da suspensão, analisando-o novamente. O argumento da parte caminha pela falta de similitude entre a decisão de afetação e a sua demanda, com uma notória distinção fática material.

Ao receber o requerimento, o juízo de primeiro grau possibilita o contraditório sobre o requerimento, com a devida intimação da outra parte para manifestar-se sobre o pedido de distinção realizado. Após o prazo da manifestação, realizada ou não, o juízo passa a analisar se há distinção entre o processo sobrestado e o conteúdo da decisão de afetação, com duas possibilidades de decisão: manutenção do sobrestamento pela identidade da questão de direito com o processo ou distinção entre os casos, retirando o processo do sobrestamento, com o devido processamento normal para o processo.

A ambas as decisões, a parte que entender como prejudicada pode interpor recurso, na hipótese de decisão do juízo de primeiro grau, a correspondência é com o agravo de instrumento, as demais possibilidades podem ser impugnadas por um agravo interno.

Ao analisar o pedido de distinção realizado por uma das partes, o juízo não se debruça no *distinguishing*, existente como técnica de superação de precedentes, mas sim sobre um pedido que pleiteia uma revisão na comparação prévia realizada pelo juízo para a verificação de distinção, com um pleito pela retirada da suspensão imputada anteriormente àquele processo.

Na atividade judicial realizada nesse momento, há uma clara divergência entre essa distinção e o *distinguishing*: a decisão proveniente dessa análise será interlocutória, não uma sentença, como na técnica de superação de precedente.

A diferenciação é notória, são, nesse caso, institutos diferentes, por mais que extraiam do juízo, em ambos, uma análise comparativa resultando em uma distinção ou não.

O intuito da parte, nesse momento, ao entender pelo pleito pela distinção do seu processo daquela decisão de afetação, não quer o enquadramento do seu caso àquela matéria, tampouco a suspensão de seu processo. Com o pedido de distinção, a parte já argumentou a diferença material entre o seu processo e a matéria afetada, já adiantando entender que o precedente futuro a ser firmado em nada guarda relação com seu processo.

Se há diferença material entre a decisão de afetação e o processo em primeiro grau, não há motivos para este processo continuar afetado e suspenso por uma matéria diversa. Por isso, pertinente o pedido de distinção, que o juízo profira uma decisão sobre esta comparação entre as matérias – a da decisão de afetação e a deste processo – para uma visualização sobre se o enquadramento foi correto.

5 Diferenças entre os dois institutos

Após a explanação sobre os dois institutos, o *distinguishing* e o pedido de distinção, pertinente a visualização comparativa entre as duas espécies.

Numa primeira análise, quando o pedido de distinção for um pleito com o intuito a influenciar a sentença, com uma argumentação pelo afastamento da utilização de determinado precedente para o julgamento daquele caso, realmente esse pedido de distinção nada mais é do que a tradução do *distinguishing*.

Em outro ponto, se o pedido de distinção for para retirar o processo de um sobrestamento provocado por uma decisão de afetação em rito repetitivo – recurso ou incidente –, a distinção pleiteada, apesar de parecida, não guarda convergência com o *distinguishing*, por se tratar de outro momento e outra espécie de análise comparativa.

Numa análise ampla, ambos os institutos – *distinguishing* e distinção – são inerentes a uma decisão judicial, notadamente fundamentada, com a visualização sobre a matéria do precedente judicial e a do caso concreto em questão, contudo cada qual com funções e momentos processuais diferentes.

A diferença é notória, são institutos diferentes, por mais que extraiam do juízo, em ambos, um resultado pela distinção. O *distinguishing* é, como vimos, uma técnica de superação de precedente, uma possibilidade de interpretação sempre que houver a existência de um precedente e, conseqüentemente, a visualização se há identidade entre os aspectos fático-jurídicos daquela demanda a ser julgada com o conteúdo da *ratio decidendi* do precedente a ser invocado. Utiliza-se o precedente, dentro de sua análise, para afastá-lo, fundamentando na sentença que não cabe para o caso em questão.

A previsão do “*distinguishing*” insere-se no campo de fundamentação das decisões judiciais, pois estas serão tidas como não fundamentadas (e inválidas, portanto) quando o juiz ou o tribunal “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, inc. VII) (MARCATO, 2015, p. 57).

Sempre que houver a possibilidade de utilizar um precedente judicial de determinada matéria, há de se verificar se corresponde a uma mesma situação, com uma identidade entre os processos. Essa análise é primordial para um enquadramento correto do precedente judicial para a questão a ser julgada. Se o precedente deve balizar o julgamento, para ajudar o juízo na construção da decisão judicial, utilizando uma razão de decidir anteriormente utilizada, somente há serventia se houver uma identidade entre os casos, para que não haja uma aplicabilidade equivocada do precedente, em uma situação que nada guarda de relação com a situação.

Um precedente utilizado inadequadamente, em uma situação que não carecia de sua aplicabilidade, acarreta transtorno pelo erro em sua fundamentação. Nesse caso, mesmo que o precedente seja correlato, por matéria parecida ao caso, deve haver

a utilização da técnica de superação de precedente, evidenciando a distinção entre as matérias, utilizando o *distinguishing*.

Essa técnica deve ser utilizada na própria construção da fundamentação da decisão judicial, independente de pedido das partes, simplesmente como uma forma essencial para a utilização do precedente de maneira oficiosa pelo juízo competente, como vimos no artigo 489, § 1º, VI.

Caso o juízo não identifique uma relação entre os casos – precedente e o processo em julgamento –, deve, fundamentadamente, explicar que não utilizará o conteúdo do precedente judicial, justamente por haver uma distinção entre a *ratio decidendi* e os argumentos fático-jurídicos daquele processo, numa clara utilização do *distinguishing*.

O momento da utilização desta técnica de superação de precedente é na própria construção da fundamentação da decisão, quando o juízo compara o precedente àquela situação processual. Nesse caso, há um precedente judicial formado e uma decisão em um caso ulterior a ser realizada, com a utilização ulterior daquelas razões de decidir que motivaram o precedente.

Para a utilização, pelo juízo, do *distinguishing*, não há necessidade de requerimento da parte nesse sentido, com a possibilidade de ser realizada pelo próprio juízo durante a prolação da sentença.

Já o pedido de distinção tem outro viés processual, realizado em outro momento. Na forma como disposto, como vimos, no artigo 1.037, § 8º e § 10, ao pedir a distinção, o intuito é utilizar o conteúdo da decisão de afetação e sua delimitação material, para requerer que o juízo compare com a matéria daquele processo em primeiro grau, distinguindo as questões e decidindo pela revogação da suspensão.

Três pontos são bem diferentes nessa distinção, o primeiro é o resultado formal da resposta judicial: uma decisão interlocutória sem resolução do mérito. A decisão de resposta ao pedido de distinção sobre o sobrestamento é uma interlocutória, uma resposta se revoga a suspensão ou não, sem uma definição meritória da demanda, o que, por si só, já diferenciaria do *distinguishing*.

Num outro ponto, a comparação é realizada com uma decisão de afetação e seus limites, não com o precedente. Essa resposta ao pedido de distinção tem a relação com a afetação, concedendo contornos diferentes de análise comparativa. E, por último, há a necessidade, para a legitimidade do pedido de distinção, do momento processual do sobrestamento daquela demanda oriunda de alguma decisão de afetação, por um julgamento de recurso ou incidente repetitivo.

O pedido de distinção nasce de um suposto equívoco do juízo no enquadramento daquele processo, por seu conteúdo material, aos limites da decisão de afetação, com a determinação “equivocada” pelo sobrestamento e vinculação da decisão que vier do mérito do julgamento por amostragem àquele processo.

Se há equívoco nesse enquadramento, há a necessidade do pedido de distinção. Importante visualizar que o precedente, diferentemente do *distinguishing*, ainda nem foi formado, a decisão de afetação delimita a matéria para um futuro julgamento, uma decisão para definir quais os limites materiais de um precedente judicial que será formado e o impacto de sua aplicabilidade. Ainda não é o precedente em si, mas uma decisão inicial, um ponto de parte de um procedimento que forma o precedente, mas que já causa impactos nos processos com matéria idêntica.

Conclusão

Os precedentes judiciais ganharam importância no novo código de processo civil, seja na sua formação, pelo estipulado no artigo 926 da necessidade da uniformização da jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, seja na estipulação pelo artigo 927 de um rol de precedentes que devem ser observados pelos juízos inferiores, na construção da decisão judicial em outros processos com matéria idêntica.

O precedente judicial é uma norma jurídica delineada pelo juízo de um tribunal, com a definição de uma *ratio decidendi*, com o enfrentamento da complexidade de argumentos e exaurimento da matéria a ser decidida, para um melhor conteúdo decisório, e, conseqüentemente, uma aplicabilidade mais precisa para os casos idênticos futuros.

Após a formação de um precedente, a aplicabilidade deste em casos idênticos posteriores é questão de primordial importância, com a necessidade de uma análise de correlação entre os pontos fático-jurídicos da *ratio decidendi* do precedente e do processo a ser julgado. Não é uma aplicabilidade simples e discricionária, com uma liberdade total, necessita de uma identidade material para uma utilização precisa entre o precedente e o caso a ser julgado. Quando houver a diferença material, não há possibilidade de o precedente judicial balizar essa nova decisão, entretanto há de se fundamentar que não há identidade que possibilite a utilização.

O *distinguishing* tem iniciativa na própria atividade do juízo em seu momento decisório – podendo ser oficioso ou a requeri-

mento – e a devida construção cognitiva da fundamentação, diferentemente do pedido de distinção, que ocorre em momento alheio à construção da decisão definida da demanda, tornando-se somente uma análise interlocutória sobre possível equívoco no enquadramento desse processo e o sobrestamento pela matéria afetada para ser julgada por amostragem em rito repetitivo.

Desta forma, um dos vários aspectos que diferenciam os institutos está na formação da distinção, enquanto no *distinguishing* a comparação é realizada entre a causa a ser decidida, pronta para a sentença, fundamentando-a numa comparação com base em um precedente existente, para distinguir a situação meritória entre o processo e o conteúdo do precedente.

No pedido de distinção, em modo diverso, a análise comparativa é de uma decisão de afetação realizada para balizar um futuro precedente que se formará num procedimento de julgamento por amostragem, com o caso em primeiro grau, com a necessidade de verificação de manutenção ou não na suspensão processual.

São institutos muito parecidos, baseados na necessidade de distinguir a situação a ser decidida de um precedente, seja ele já formado, no caso do *distinguishing*, ou a ser formado no futuro, quando do pedido de distinção, fundamentando-o no enquadramento equivocado da situação à afetação.

Apesar de ambos basearem-se em distinção, são institutos próximos, pela congruência no ato de distinguir, porém são separados, com aplicabilidades diferentes, em momentos processuais diversos, resultando em espécies formais de decisões diferentes.

Importante o estudo de diferenciação e delimitação de cada instituto, salientando os seus aspectos semelhantes e seus pontos divergentes para balizar a sua aplicabilidade em cada situação concreta.

Referências

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm. 2015.

GAIO JR., Antônio Pereira. O conceito de precedentes no Novo CPC. [ca. 2014]. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-conceito-de-precedentes-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. Fundamentação como condição de validade das decisões judiciais e o novo CPC. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 151, p. 71-74, out./2015.

MARCATO, Antonio Carlos. Os precedentes judiciais e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, ano XI, n. 21, p. 51-58, nov./2015.

NUNES, Dierle, HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. (Org.). **Precedentes judiciais no NCPC**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 145-178 (Coleção Novo CPC e novos temas).

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2014. p. 167-188. v. 2.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A aplicação da "teoria da causa madura" em caso de nulidade da sentença por falta de fundamentação**: um diálogo com Marco Antonio Perez de Oliveira. [ca. 2014]. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/a-aplicacao-da-teoria-da-causa-madura-em-caso-de-nulidade-da-sentenca-por-falta-de-fundamentacao-um-dialogo-com-marco-antonio-perez-de-oliveira/>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

SOARES, Marcos José Porto. *A ratio decidendi dos precedentes judiciais*. **RBDPro**. Revista Brasileira de Direito Processual, Ed. Fórum, ano 22, n. 85, p. 39-52, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.