

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL**

**Gabrielle Schinestsck Bardou**

**A IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO DOS PRECEDENTES POR “TESE  
JURÍDICA” NO CPC/2015**

**Porto Alegre  
2017**

**Gabrielle Schinestsck Bardou**

**A IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO DOS PRECEDENTES POR TESE  
JURÍDICA NO CPC/2015**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como pré-requisito para  
obtenção do título de Especialista em  
Processo Civil pela Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul.

Orientador: Prof. Pós-Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre  
2017

Dedico este trabalho aos meus sobrinhos,  
Francisco, Ramiro e Catarina, pelos momentos de  
mais puro amor e alegria.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus por tudo que me foi dado.

À minha família, em especial aos meus pais, pela confiança e pelo amor que a mim conferiram.

Ao admirado professor e orientador Daniel Mitidiero, pelo convívio, paciência e incentivo, que tornaram possível a realização deste trabalho.

À Victória Moreira, pela amizade sincera e pela ajuda fundamental no momento em que mais precisei.

À Maria Angélica Feijó, pela disponibilidade e pelo tempo dedicado a me indicar o melhor caminho.

Ao querido colega Djalma Andrade, pelas importantes contribuições.

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a elaboração deste trabalho, o meu muito obrigado.

“O amor da democracia é o da igualdade.”

*(Barão de Montesquieu)*

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo verificar a finalidade de um sistema de precedentes vinculantes, de modo a compreender as hipóteses possíveis de afastamento das normas elaboradas pelas Cortes Supremas, por juízes e membros de Cortes de Justiça, sem que lhes seja negada vigência. Ademais, diante disso, aborda-se a possibilidade – ou não – de distinção de precedentes por tese jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, diante do disposto no § 6º do artigo 966 do Código de Processo Civil. Para tanto, faz-se, inicialmente, uma análise dos elementos básicos do precedente, quais sejam, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, viabilizando a correta identificação do elemento que vinculará os casos futuros análogos à solução encontrada pela Corte Suprema. Em seguida, estuda-se o instituto da distinção (*distinguishing*), buscando-se a compreensão do seu significado e da sua finalidade. Por fim, examina-se a forma como o *distinguishing* foi inserido no sistema de precedentes brasileiro, a fim de verificar se, diante da necessidade de uniformização do Direito e da promoção de segurança jurídica, seria viável pensar-se em distinção por tese jurídica, em razão da expressão “questão jurídica não examinada” utilizada pelo legislador no artigo 966, § 6º, do Código de Processo Civil, ao tratar da possibilidade de ação rescisória por violação manifesta de norma jurídica por ausência de distinção.

**Palavras-chave:** Direito processual civil. Precedentes. Distinções. Ação rescisória. Segurança jurídica. Unidade do Direito.

## ABSTRACT

The present work has as objective to verify the purpose of a binding precedents system, in order to understand the possible hypotheses of judges and courts of appeal's members move away from Supreme Courts standards without denying their validity. Furthermore, in light of this, the report addresses the possibility – or not – of distinguishing precedents by legal arguments in the Brazilian legal system, by virtue of what determines the article 966, § 6º, of the Civil Procedure Code. For this purpose, an analysis of the basic elements of a precedent is made, which are the *ratio decidendi* and the *obiter dictum*, in order to correctly identify the element that will bind future similar cases to the solution found by the Supreme Court. Subsequently, it is studied the distinguishing technique, in order to comprehend its meaning and purpose. Finally, it is verified if, facing the Law's standardization need and the legal certainty's development, it would be viable to think about distinguishing by legal arguments, because of the expression "not examined legal issue" used by the legislator in the article 966, § 6º, of the Civil Procedure Code, when addressed the possibility of a motion to set aside judgment because of the violation of a legal standard due to the absence of distinguishing.

**Key-Words:** Civil Procedure Law. Precedents. Distinguishing. Motion to set aside judgment. Legal certainty. Unity of Law.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 PRECEDENTE .....</b>	<b>10</b>
2.1 <i>Ratio Decidendi</i> .....	11
2.2 <i>Obiter Dictum</i> .....	16
<b>3 DISTINÇÕES.....</b>	<b>22</b>
3.1 Conceito e Finalidades .....	24
3.2 Distinções no CPC: impossibilidade de distinção por “tese jurídica” .....	30
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>39</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>41</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A unidade do Direito, em um Estado Constitucional – como é o Brasil -, é fator essencial para a promoção da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade, princípios fundamentais, estabelecidos pela Constituição Federal. Isso porque se admite que à legislação seja conferida uma multiplicidade de significados, restando ao Poder Judiciário a função de, por meio de suas decisões, interpretá-la, conferindo-lhe o sentido que, à luz das demais fontes do Direito, melhor seja cabível.

Nesse sentido, a fim de evitar-se a prolação de decisões contraditórias entre tribunais ou, até mesmo, entre juízos diferentes – como muito ainda ocorre no sistema jurídico pátrio – tal função restou conferida às Cortes Supremas, a exemplo do que ocorre nos países de *common law* com a sistemática dos precedentes vinculantes. No Brasil, o referido encargo voltou-se ao Supremo Tribunal Federal, no caso de interpretação de questão constitucional, e ao Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de exame de questão atinente à legislação infraconstitucional.

Assim, diante da grande crise de insegurança vivenciada atualmente no sistema jurídico brasileiro, mostrou-se necessário buscar nos precedentes obrigatórios, elaborados pelos referidos Tribunais Superiores, a solução para a uniformização do Direito. Nesse contexto, o legislador trouxe, positivada, nos artigos 489, § 1º, V e VI, 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015, a sistemática dos precedentes, evidenciando a preocupação com a promoção de um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito.

Além disso, previu, no artigo 966, §§ 5º e 6º, do referido diploma legal, a hipótese de ação rescisória por manifesta violação de norma jurídica contra a decisão baseada em precedente, que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. Ocorre que, ao tratar da referida técnica, o legislador, no § 6º do mencionado dispositivo, parece ter trazido ao ordenamento jurídico a possibilidade de distinção por “tese jurídica”, ao referir-se à “questão jurídica não examinada”.

É de se dizer que, tradicionalmente, o *distinguishing* é realizado, principalmente, pela comparação das circunstâncias fáticas do caso *sub judice* e do

precedente. Destarte, imperioso que se analise a possibilidade de inserção da distinção por tese jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da finalidade que possui o sistema de precedentes.

Para tanto, inicialmente, serão estudados os elementos do precedente, quais sejam, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, de modo a possibilitar a compreensão da sistemática como um todo. A partir dessa abordagem, mostrar-se-á possível identificar, no precedente, o seu elemento vinculante, isto é, aquele que servirá de solução jurídica para os futuros casos análogos.

Em um segundo momento, então, será examinado o instituto da distinção, a fim de compreender-se as hipóteses de aplicação ou de afastamento do precedente. Além disso, realizada tal abordagem, será verificada, perante o ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade – ou não - de distinção por “tese jurídica”, diante da finalidade de uniformização do Direito que possui um sistema de precedentes.

Sendo assim, é de extrema importância que se compreenda de que modo, em um sistema de precedentes, poderiam juízes e membros de Cortes de Justiça afastarem-se de determinada norma criada por uma Corte Suprema, sem, contudo, negar-lhe vigência. Portanto, fundamental que se analise o impacto que teria a distinção por tese jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente levando-se em consideração a necessidade do correto desenvolvimento do direito e da promoção da segurança jurídica.

## 2 PRECEDENTE

A sistemática de precedentes, embora nova para o ordenamento jurídico brasileiro, que adota o *civil law*, é, na verdade, muito antiga, oriunda dos países de *common law*, como Inglaterra e Estados Unidos. Em um sistema como esse, os membros das Cortes Supremas interpretam a lei, proferindo decisões com conteúdo vinculante.

Nessa linha, tem-se que a norma jurídica dotada de força vinculante, extraída das decisões judiciais proferidas por Cortes Supremas, cuja observância é obrigatória horizontal (juízes da mesma corte na qual se originou o precedente) e verticalmente (magistrados de instâncias inferiores), é compreendida como precedente<sup>1</sup>. Isso porque as Cortes Supremas possuem a função de interpretar o direito, adscrevendo-lhe adequado significado, a fim de conferir unidade ao direito, promovendo a segurança jurídica, a igualdade e a liberdade em favor sociedade civil como um todo<sup>2</sup>.

Veja-se que a segurança jurídica é componente basilar dos ordenamentos jurídicos, haja vista que, a partir de tal princípio, torna-se possível, nas palavras de Humberto Ávila, a “adoção de comportamentos humanos que provoquem efeitos que contribuam para a promoção de um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, cuja concretização depende de regras abstratas ou concretas”.<sup>3</sup>

Destarte, buscando conferir maior segurança jurídica e unidade ao Direito brasileiro, denota-se a importância de aplicar-se, no ordenamento jurídico pátrio, associado à tradição de *civil law*, o sistema de precedentes, desenvolvido ao longo de anos pelos países de *Common Law*. Para tanto, imperioso compreender a sua sistemática, a começar pela diferenciação dos elementos do precedente, quais sejam, *ratio decidendi* e *obiter dictum*, de modo a identificar a norma jurídica que, nos termos do artigo 927, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, deverá ser observada por juízes e tribunais.

---

<sup>1</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 89-90.

<sup>2</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 79.

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 200.

## 2.1 *Ratio Decidendi*

O Novo Código de Processo Civil, embora tenha misturado alguns conceitos, tais como jurisprudência, precedentes e súmulas, reconheceu a importância dos precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, visando, assim, ao alcance da uniformização do direito e da igualdade dentro de um Estado Constitucional<sup>4</sup>. Ocorre que, para identificar um precedente, viabilizando, assim, a sua adequada aplicação, distinção ou superação, é preciso que o intérprete extraia, da decisão judicial que o originou, a *ratio decidendi*, isto é, nas lições de Luiz Guilherme Marinoni, as “razões pelas quais se decidiu de certa maneira” ou as “razões que levaram à fixação do dispositivo”<sup>5</sup>.

Isso porque precedente não se confunde com decisão judicial, embora se origine a partir da solução das questões constantes dela, assim como *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, mas sim a integra<sup>6</sup>. Nessa linha, muitas são as discussões na doutrina a respeito do conceito de *ratio decidendi*, podendo-se considerar, inclusive, este “o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda teoria jurídica produzida no *common law*”<sup>7</sup>.

Em uma análise preliminar, a *ratio decidendi* de uma decisão é um “material normativo”<sup>8</sup> imprescindível para o alcance da solução do caso *sub judice*, extraído do texto decisório e com força vinculante em relação aos casos análogos futuros<sup>9</sup>. Ao contrário do que se poderia pensar, não é a parte dispositiva do *decisum* que gera o precedente, mas sim as razões retiradas da sua fundamentação<sup>10</sup>, o que acarreta, devido à maior complexidade da análise, a necessidade de se estudar adequadamente as diferentes definições conferidas pela doutrina.

---

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 164-165.

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 162.

<sup>6</sup> Idem, p. 162.

<sup>7</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259.

<sup>8</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 90.

<sup>9</sup> MARSHALL, Geoffrey. **What is Binding in a Precedent, Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p. 506 e ss.

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 162.

A respeito disso, Rupert Cross e Neil MacCormick apresentam dois dos conceitos mais difundidos na doutrina sobre a expressão<sup>11</sup>. Nas palavras de Cross, a *ratio decidendi* de um caso seriam as razões jurídicas necessárias para a solução alcançada pelo juiz.<sup>12</sup>

Por sua vez, conferindo outro sentido ao elemento, MacCormick define *ratio decidendi* como as razões suficientes – e não necessárias – ofertadas pelo juiz ao decidir determinada questão arguida pelas partes<sup>13</sup>. Ademais, Neil Duxbury explica que “[r]atio decidendi can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’”<sup>14</sup>. Contudo, adverte o autor, mostra-se imperioso atentar-se para a distinção entre a *ratio decidendi* e o raciocínio jurídico realizado em determinado caso, haja vista que o raciocínio jurídico pode integrar a *ratio*, no entanto a *ratio* propriamente dita é mais do que o raciocínio<sup>15</sup>.

No que se refere à doutrina italiana, o conceito de *ratio decidendi* apresenta, igualmente, divergências. Michele Taruffo entende que se trata da regra de direito compreendida como fundamento da decisão sobre os fundamentos específicos do caso.<sup>16</sup>

De outra ponta, Pierluigi Chiassoni adverte para a “notável ambiguidade” do conceito *ratio decidendi*, que se dá em virtude de dois fatores, quais sejam, “o tipo de objeto designado” e o “grau de especificação do objeto designado”<sup>17</sup>. Nesse sentido, acerca do “tipo de objeto”, explica Thomas da Rosa de Bustamante que a definição pode fazer referência a três concepções distintas, designado-se-lhe, portanto, significados diversos:

“(1) Segundo uma concepção “normativista abstrata”, com a locução *ratio decidendi* se pode designar “a norma jurídica geral – a ‘regra’, o ‘critério’, o

<sup>11</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 105.

<sup>12</sup> “any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion [...]” (CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press. 1977. p. 78/79.)

<sup>13</sup> “a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties [...]” (MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 153.)

<sup>14</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 67.

<sup>15</sup> Idem, p. 67/68.

<sup>16</sup> “regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione sui fatti specifici del caso” (TARUFFO, Michele. **Precedente e Giurisprudenza**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2007. p. 714)

<sup>17</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto**. Analisi e Diritto ano 2004, p. 80.

‘princípio’, a premissa normativa’ etc. – dessumível da sentença complexivamente considerada, sobre a base do que foi decidido em um caso”.

(2) De acordo com uma concepção “normativista concreta”, com *ratio decidendi* se designa a “norma jurídica geral *contextualizada*: isto é, a norma usada por um juiz para justificar a decisão de um caso, considerada não mais em si e *per se*, mas unicamente em relação aos argumentos que a sustentam e à decisão do fato ao qual tenha sido aplicada”.

(3) Por último, na perspectiva de uma concepção “argumentativa”, com a locução *ratio decidendi* “ não se faz referência, especificamente, nem a uma norma geral em si e por si considerada, nem a uma norma contextualizada, mas, em termos gerais, a qualquer *elemento essencial (sine qua non)* da argumentação desenvolvida pelo juiz para motivar a decisão de um caso”.<sup>18</sup>

Além disso, no que tange ao “grau de especificação”, Pierluigi Chiassoni, assevera existir na doutrina ainda mais definições, podendo ser:

“(1) l’elemento della motivazione che costituisce la premessa necessaria, ovvero il passaggio logico necessario, per la decisione de un caso; (2) il principio di diritto che nella sentenza è sufficiente a decidere il caso concreto; (3) l’argomentazione necessaria o sufficiente per definire un giudizio; (4) la norma (“regola”, “principio”) che costituisce, alternativamente: la condizione necessaria e sufficiente, oppure la condizione non necessaria ma sufficiente, o ancora una condizione necessaria ma non sufficiente, di una determinata decisione; (5) la norma per i fatti rilevanti della causa che, alla luce di un’analisi testuale del precedente-sentenza, il giudice ha di fatto stabilito e/o seguito, al di là di ciò che costui possa aver affermato, o creduto di fare; (6) la norma per i fatti rilevanti della causa che il giudice che ha pronunciato il precedente-sentenza dichiara espressamente, o (presumibilmente) ritiene, di avere stabilito e/o seguito; (7) la norma espressamente o implicitamente trattata dal giudice come necessaria per decidere un caso; (8) la norma per i fatti rilevanti della causa che – alla luce del diritto esistente, dei fatti e dei precedenti, così come intesi da un giudice successivo e/o dalla dottrina – il giudice che ha pronunciato il precedente-sentenza avrebbe dovuto stabilire e/o seguire, per decidere correttamente la controversia; (9) la norma per i fatti rilevanti della causa che, secondo l’opinione di un giudice successivo, il giudice che ha pronunciato il precedente-sentenza ha ritenuto di avere stabilito; (10) la norma per i fatti rilevanti della causa che, secondo l’opinione di un giudice successivo, il giudice che ha pronunciato il precedente-sentenza ha di fatto stabilito e/o seguito; (11) la norma per i fatti rilevanti della causa che, secondo l’opinione dei giuristi, un giudice successivo avrebbe dovuto considerare come stabilita e/o seguita da un giudice precedente.”<sup>19</sup>

Veja-se que os conceitos supramencionados complementam-se, haja vista que uma razão necessária é obrigatória para alcançar determinado resultado, ao

<sup>18</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial : a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 261-262.

<sup>19</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto**. *Analisi e Diritto* ano 2004, p. 82/83.

passo que a razão suficiente é apta e bastante para que a solução da questão em debate seja atingida.<sup>20</sup>

No Brasil, conforme sobredito, seguindo o conceito de Luiz Guilherme Marinoni, tem-se que *ratio decidendi* seriam as razões pelas quais determinada decisão foi proferida<sup>21</sup>, isto é, seria o fundamento utilizado pelo magistrado que, de fato, levou à solução do caso e, portanto, à determinação do precedente<sup>22</sup>. Por sua vez, Daniel Mitidiero explica que se trata das “razões jurídicas, necessárias e suficientes”, “invocadas para a justificação da questão decidida”<sup>23</sup>.

Ademais, no mesmo sentido, a partir dos conceitos apresentados por Rupert Cross e Neil MacCormick, também é correto afirmar que *ratio decidendi* são “as razões *necessárias* e *suficientes* para determinar o resultado do julgamento”<sup>24</sup>.

Dessa forma, verifica-se que, embora haja controvérsia quanto à natureza da *ratio decidendi* – se seria uma regra, um princípio, uma norma ou uma razão, necessárias e/ou suficientes –, extrai-se dos entendimentos apresentados que se trata de “material normativo”<sup>25</sup> dotado de vinculatividade<sup>26</sup>. Tal característica, assim, é o cerne da compreensão do conceito de precedente e da importância de identificação da *ratio*.

Isso porque, justamente, a função da *ratio decidendi* está ligada à unidade do direito<sup>27</sup>, na medida em que, a partir da sua identificação, a *ratio decidendi* deverá ser seguida em casos futuros análogos, caracterizando-se como precedente. Destarte, mostra-se essencial para correta utilização do sistema de precedentes, identificar tais razões, haja vista que, para a adequada aferição do significado de um

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 195.

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 162.

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 191.

<sup>23</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 90.

<sup>24</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 105.

<sup>25</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 90.

<sup>26</sup> MARSHALL, Geoffrey. **What is Binding in a Precedent, Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p. 506 e ss.

<sup>27</sup> MITIDIERO, Daniel. **“Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”**. In: Revista de Processo, n. 206, São Paulo, 2012. p. 71-72.

precedente, não se pode levar em consideração apenas a parte dispositiva do julgado, mas principalmente o que resta contido na fundamentação<sup>28</sup>.

Outrossim, pode-se se dizer que, para a doutrina, mais complexo do que definir o significado de *ratio decidendi* é, justamente, estabelecer um método para identificá-la corretamente. Cabe, portanto, fazer-se referência a dois dos métodos mais propagados no *common law*: o método de Goodhart e o teste de Wambaugh<sup>29</sup>.

Para que se aplique o método de Goodhart na busca pela identificação da *ratio decidendi* de uma decisão, é preciso que se confira destaque aos fatos do caso. Isso porque, para o autor, a *ratio decidendi* de um caso é determinada pelos fatos tratados como materiais pelo juiz<sup>30</sup>.

A doutrina de Goodhart trabalha a partir da ideia de que casos iguais devem ser tratados igualmente. Sendo assim, imperioso que se identifique os fatos analisados pelo julgador, para que, posteriormente, se possa aferir quais foram os fatos tidos como fundamentais – ou materiais – para a prolação da decisão, caracterizando-se como *ratio decidendi*<sup>31</sup>.

Entretanto, tem-se que, embora seja essencial – e, muitas vezes, até suficiente – considerar os fatos tidos como materiais (ou fundamentais) em uma decisão para encontrar a *ratio decidendi*, é preciso ir além disso<sup>32</sup>. Em outras palavras, para a correta aferição da *ratio decidendi*, é preciso que a decisão e as razões que a embasam sejam também analisadas – e não apenas os fatos considerados materiais<sup>33</sup>.

Nesse sentido, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

“Não há dúvida que o método fático é restritivo quando comparado ao normativo. Isso não apenas porque fatos não se repetem e, portanto, nunca são os mesmos, mas também porque cada caso tem as suas próprias particularidades fáticas – que, em abstrato, podem ser identificadas em uma mesma espécie ou classe. Porém, quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, que assim não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 162.

<sup>29</sup> Idem, p. 163.

<sup>30</sup> CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press. 1977. p. 66.

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 164/165.

<sup>32</sup> CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press. 1977. p. 76.

<sup>33</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 165/166.



da igualdade, mais claramente o princípio de que casos iguais devem ser tratados da mesma forma”.<sup>34</sup>

De outra ponta, no que se refere à ideia de Wambaugh, é preciso que seja feito o chamado “teste de inversão”, a fim de verificar se determinada proposição caracteriza-se – ou não – como *ratio decidendi*<sup>35</sup>. O teste consiste em identificar a proposição objeto de análise e nela inserir uma palavra que altere o seu significado, de modo que, se a corte entender que a nova proposição é tão aplicável ao caso quanto a antiga, gerando a mesma decisão, não se estaria diante de um precedente<sup>36</sup>.

Ocorre que há casos em que a decisão é tomada com base em dois fundamentos diferentes que alcançam o mesmo resultado, isto é, admite-se a existência de mais de uma *ratio decidendi* em uma decisão<sup>37</sup>. Nessa linha, ainda que se faça a inversão do significado de um fundamento, neste caso, o segundo fundamento permaneceria sendo a base para a manutenção do *decisum*, podendo-se concluir que, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “o teste de Wambaugh, no sentido de que a inversão da proposição faria com que o caso fosse decidido de outra forma, não vale quando o caso se baseia em dois fundamentos que, isoladamente, podem conduzir a solução igual”<sup>38</sup>.

Todavia, Rupert Cross bem salienta que “o mérito do teste de Wambaugh é que ele proporciona o que pode ser um meio infalível de se determinar o que não é *ratio decidendi*”<sup>39</sup>. Desse modo, é de ser referir que o conteúdo de uma decisão que não é considerado como as “razões necessárias e suficientes” para o alcance de determinado resultado deve ser entendido como *obiter dictum*, ou seja, trata-se de argumento despido de vinculatidade, que não se configura como precedente, embora faça parte do *decisum* que o originou.

Sendo assim, resta demonstrada a importância da compreensão do conceito de *ratio decidendi*, bem como da necessidade de sua identificação para a correta aplicação do sistema de precedentes no ordenamento jurídico. Logo, imprescindível

<sup>34</sup> Idem, p. 166.

<sup>35</sup> CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press. 1977. p. 53.

<sup>36</sup> Idem, p. 53/54.

<sup>37</sup> Idem, p. 86.

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 164.

<sup>39</sup> CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press. 1977. p. 57.

que se diferencie, em determinada decisão, o que serve como *ratio decidendi* e o que se caracteriza como *obiter dictum*, conforme melhor se elucidará abaixo.

## 2.2 *Obiter Dictum*

Ao contrário do que sempre foi feito nos países de *common law*, o Direito brasileiro não se preocupou em realizar a diferenciação precisa entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*<sup>40</sup>. Isso porque, a tradição do *common law* sempre deu maior ênfase ao estudo dos elementos do julgado, buscando a caracterização de precedentes vinculantes, como forma de conferir unidade ao direito, em oposição ao que se realiza no ordenamento jurídico brasileiro. Este, por sua vez, dá especial relevância ao direito das partes, trabalhando fundamentalmente com a justiça do caso concreto e a declaração da vontade do legislador<sup>41</sup>.

Ocorre que, com o aprofundamento do estudo do sistema de precedentes no Brasil e com o advento do Novo Código de Processo Civil, imperioso que se confira maior enfoque à diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, de modo a possibilitar a utilização do precedente como forma de orientar a sociedade, resguardando-se a unidade do direito e, portanto, a segurança jurídica<sup>42</sup>. Como sobredito, a *ratio decidendi* de uma decisão são, em síntese, as razões necessárias e suficientes para se alcançar determinada conclusão.

Entretanto, tem-se que um *decisum* não se constitui apenas com *rationes decidendi*, mas também com outros elementos que não servirão como precedente, isto é, com elementos despidos de vinculatividade, conhecidos como *obiter dictum*<sup>43</sup>. Isso porque a redação da decisão que gera o precedente contempla argumentos secundários, que, embora importantes para a fundamentação do *decisum* no caso concreto, são dispensáveis para a determinação da norma contida no precedente<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 192/193.

<sup>41</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 103.

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 194.

<sup>43</sup> ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 352.

<sup>44</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 107.

Desse modo, acerca do conceito de *obiter dictum*, também muito discutido na doutrina, Neil Duxbury refere tratar-se, literalmente, de “algo dito de passagem”<sup>45</sup>. Ademais, explica que, nas decisões, os trechos tidos como *obiter* aparecem em diversas formas, na medida em que alguns são (i) desnecessárias ao desfecho, (ii) sem relação com os fatos do caso, ou, ainda, (iii) direcionadas a um ponto não arguido por nenhuma das partes, sendo, muitas vezes, formuladas pelo juiz com menos cuidado ou seriedade do que teria caso o trecho fizesse parte das razões fundamentais do *decisum*<sup>46</sup>.

No mesmo sentido, Rupert Cross refere que *obiter dictum* é nada mais do que uma proposição jurídica que não faz parte da *ratio decidendi*, embora mencione o reconhecimento de diferentes tipos de *dictum* e de distintos graus de autoridade em se tratando de *obiter dictum*<sup>47</sup>, conforme melhor se elucidará abaixo. Igualmente, é correto entender *obiter dictum*, adotando o conceito de Michele Taruffo, como sendo aqueles argumentos e afirmações contidos na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e de seus motivos, não integram o seu fundamento jurídico.<sup>48</sup>

Ou seja, para o autor, trata-se das afirmações e argumentações integrantes da motivação da sentença, mas que, embora possam ser úteis para a compreensão da decisão e de seus fundamentos, não são tidas como partes integrantes do fundamento jurídico da decisão<sup>49</sup>.

No que pertine à doutrina brasileira, *obiter dictum* pode ser compreendida como “aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução”, conforme explica Daniel Mitidiero.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 68.

<sup>46</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 68.

<sup>47</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press. 1977. p. 76.

<sup>48</sup> “*tutte quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione.*” (TARUFFO, Michele. **Precedente e Giurisprudenza**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2007. p. 714)

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> MITIDIERO, Daniel. “**Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial**”. In: Revista de Processo, n. 206, São Paulo, 2012. p. 72. Na mesma linha, Ronaldo Cramer refere tratar-se de “todo e qualquer argumento dispensável para determinar a norma do precedente e que tem apenas o objetivo de ser ilustração, digressão, complementação ou reforço de argumentação

Por outro lado, Neil MacCormick atenta para o fato de que as *obiter dicta* não merecem ser desconsideradas tão somente em virtude de não possuírem valor vinculante<sup>51</sup>. Isso porque, para o autor, tais elementos da decisão “incluem as discussões dos juízes acerca de valores inerentes do Direito, suas ponderações sobre princípios e, inclusive, suas tentativas de formular princípios até então mais implícitos no Direito”, o que contribuiria para o enriquecimento do discurso jurídico, já que juristas estudam casos julgados não apenas buscando o valor vinculante dos precedentes<sup>52</sup>.

Igualmente, José Rogério Cruz e Tucci explica que o *obiter dictum* “não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão”<sup>53</sup>. Isto é, em que pese a dispensabilidade do *obiter dictum* para a formação da norma do precedente, há que se reconhecer sua importância para o exercício adequado da atividade jurisdicional em favor das partes interessadas.

Além disso, conforme supramencionado, há autores que admitem a classificação do *obiter dictum* em duas espécies, dependendo do grau de autoridade que venha a apresentar. Trata-se dos chamados *judicial dictum* ou *gratis dictum*, que seriam uma espécie de *obiter dicta* “com grande efeito persuasivo, reservando-se o tradicional título *obiter dictum* às proposições que tratam de questões não relevantes e periféricas”, como esclarece Luiz Guilherme Marinoni<sup>54</sup>.

Sobre o tema, expõe Rupert Cross:

“It would be possible to distinguish between diferente kinds of *dictum* in a great variety of ways. In the first place, there is an obvious contrast between *dicta* which are irrelevant to the case in which they occur, and those which relate to some collateral issue in that case although they do not form part of the *ratio decidendi*. The term *obiter dicta* is appropriate to the former which often consist of statements made in the course of the argument of a case, while *dicta* relevant to collateral issues are said to be ‘judicial *dicta*’”.

Ademais, para a identificação do *obiter dictum* no Direito brasileiro, é preciso levar-se em consideração o procedimento das decisões proferidas em colegiado, no

---

das razões da decisão.” (CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 107.)

<sup>51</sup> MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 160.

<sup>52</sup> Idem.

<sup>53</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 177.

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 172.

qual a redação do acórdão é realizada, principalmente – e muitas vezes unicamente - pelo relator ou pelo julgador que proferiu o voto vencedor<sup>55</sup>. Nessa senda, observando-se essa sistemática, pode-se considerar como *obiter dictum* o posicionamento do redator do *decisum* – ou de parte dele - que não possua relação com a solução do caso<sup>56</sup>.

Ainda, de modo a melhor ilustrar a dinâmica da identificação do *obiter dictum* e da *ratio decidendi* nas cortes superiores brasileiras, é de ser referir o julgamento proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 954.859, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, conforme restou didaticamente explanado por Luiz Guilherme Marinoni<sup>57</sup>.

No aludido caso, o recurso interposto visava à reforma da decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de que se reconhecesse a necessidade de intimação pessoal do réu para realizar o cumprimento da sentença, desonerando-o do pagamento da multa de 10% prevista no antigo artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973 pelo não pagamento espontâneo. Isso porque apenas o procurador do recorrente havia sido intimado para o cumprimento da obrigação e o pagamento fora realizado dois dias após o fim do prazo conferido pela lei processual vigente à época, tendo sido, portanto, acrescido ao montante exequendo a mencionada multa<sup>58</sup>.

O Ministro Relator votou no sentido de negar provimento ao recurso. Porém, na fundamentação do voto, dentre outras considerações, referiu que “[s]e o causídico, por desleixo omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, ele deve responder por tal prejuízo”.

Ou seja, embora o recurso discutisse tão somente a necessidade – ou não – de se realizar a intimação pessoal do réu para o cumprimento de sentença, reconheceu-se, no acórdão, a responsabilidade civil do advogado pelo pagamento da multa, uma vez comprovada a omissão da informação relativa ao prazo de adimplemento ao cliente<sup>59</sup>. Tal consideração, contudo, não passa de mero *obiter*

---

<sup>55</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 107.

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 196.

<sup>58</sup> STJ, REsp 954.859, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.08.2007. In: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num\\_registro=200701192252&aplicacao=processos.ea](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=200701192252&aplicacao=processos.ea)>

<sup>59</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 196/197.

*dictum*, despido de qualquer valor vinculante a possíveis casos futuros envolvendo a responsabilidade do advogado pela multa do então artigo 475-J, tendo em vista que seu conteúdo é estranho ao objeto da discussão e em nada interferiu no resultado do julgamento<sup>60</sup>.

Assim sendo, conforme demonstrado, embora haja considerável divergência na doutrina a respeito dos conceitos e métodos de identificação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, restou sinteticamente demonstrada a distinção desses dois elementos, assim como a função de cada um deles na decisão originária do precedente. Tal estudo é imprescindível para o correto desenvolvimento e aplicação do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, para que, como ponto de partida, possa-se distinguir o conteúdo vinculante de um *decisum* daquele que não dará origem a precedente algum, embora deva-se considerar o papel do *obiter dictum* como possível elemento de persuasão e de propulsão a fundamentos que possam embasar outros casos e julgados.

---

<sup>60</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 196/197.

### 3 DISTINÇÕES

A análise da sistemática dos precedentes, conforme sobredito, inicia-se a partir da identificação da *ratio decidendi* do julgado que originou o precedente, haja vista ser este o elemento da decisão proferida que vinculará os magistrados nos casos análogos futuros. Isso significa que, uma vez firmado o precedente, descabe aos juízes realizarem um juízo acerca do mérito do caso julgado, sendo obrigatória a sua aplicação independentemente da discordância sobre a forma como fora julgado o caso anterior.

Isso porque, embora existam opiniões dissidentes na doutrina<sup>61</sup>, não há que se falar em precedentes persuasivos (que seriam meros exemplos e poderiam ser afastados por conveniência pelo juiz da instância inferior ainda que se reconhecesse a possibilidade de aplicação ao caso concreto), mas tão somente em precedentes vinculantes (que são normas jurídicas propriamente ditas e obrigam a sua observância pelo intérprete)<sup>62</sup>. Apenas a partir de tal concepção é possível que se garanta a segurança jurídica e a unidade do direito, uma vez que, partindo-se de uma perspectiva lógico-argumentativa<sup>63</sup>, admite-se da pluralidade de significados que pode ser extraída do direito<sup>64</sup>.

Nessa linha, imperioso que, em um ordenamento jurídico preocupado com a proteção da igualdade – como é o sistema brasileiro –, o poder de interpretar a lei, adscrevendo-lhe o sentido mais adequado à luz das demais normas, esteja centralizado nas Cortes Supremas<sup>65</sup>. Desse modo, tem-se que, aos magistrados de primeiro grau e às Cortes de Justiça, incumbirá a análise do precedente formado

---

<sup>61</sup> Em sentido contrário, por exemplo, entendendo pela possibilidade de precedente persuasivos: Ronaldo Cramer, *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 138 e ss., Thomas da Rosa de Bustamante, *Teoria do precedente judicial : a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 307 e ss., e Michele Taruffo, **Precedente e Giurisprudenza**. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 716.

<sup>62</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 31/38.

<sup>63</sup> Nessa linha, explica Daniel Mitidiero: “A teoria lógico-argumentativa, sendo uma teoria não cognitivista, pressupõe a possibilidade de ser atribuída uma pluralidade de sentidos aos enunciados jurídicos, com o que a jurisdição tem de tomar verdadeiras decisões ao longo do processo de interpretação, que devem ser idoneamente justificadas interna e externamente, cujo resultado é uma obra de reconstrução semântica.” (MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 84)

<sup>64</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 84.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 84/85.

pela Corte Suprema, a fim de que se verifique a sua aplicação – ou não – no caso *sub judice*.

Isso não significa que os julgadores das instâncias inferiores resumir-se-ão a meros “declaradores” de precedentes. Muito pelo contrário, observa-se que, aos intérpretes das Cortes de Apelação, ser-lhes-á conferida a árdua tarefa de individualizar os elementos relevantes do precedente invocado e do caso *sub judice*, comparando-os, a fim de buscar semelhanças ou distinções relevantes entre eles<sup>66</sup>.

Para tanto, é preciso que o julgador interprete adequadamente o precedente em questão, levando em consideração os fatos jurídicos essenciais de cada caso e as razões de decidir do precedente, tendo em vista que, como norma que se constitui, pode ser equivocadamente interpretado<sup>67</sup>. Assim, basicamente, a rejeição do precedente pelo magistrado ocorrerá nas hipóteses de distinção (*distinguishing*), quando o precedente não possuir a identidade necessária com o caso concreto, e de superação (*overruling*), quando verificar-se a necessidade de revogação do precedente pela mesma corte que o proferiu ou por outra hierarquicamente superior<sup>68</sup>.

Sendo assim, cumpre referir que o presente capítulo debruçar-se-á sobre o estudo do instituto da distinção, mostrando-se necessária a análise de sua sistemática, para que se compreenda em quais hipóteses será correto o afastamento do precedente por distinções. Ademais, realizada tal análise, será verificada a impossibilidade de distinção por “tese jurídica” trazida pelo legislador na norma disposta nos §§ 5º e 6º do artigo 966 do Código de Processo Civil, ao admitir a hipótese de ação rescisória por manifesta violação de norma jurídica contra a “decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.”<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 99/101.

<sup>67</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87/88.

<sup>68</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 141/145.

<sup>69</sup> Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...]

V - violar manifestamente norma jurídica; [...]

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.



### 3.1 Conceito e Finalidades

A distinção, em um sistema de aplicação de precedentes, é instrumento essencial aos operadores do direito na prática forense – tanto aos advogados quanto aos magistrados. Isso porque, partindo-se do pressuposto de que todos os precedentes proferidos pelas Cortes Supremas vinculam as cortes de instâncias inferiores, cabe aos intérpretes do Direito individualizar os pressupostos fático-jurídicos essenciais dos casos, a fim de verificar se há hipótese de aplicação do precedente no caso concreto<sup>70</sup>.

Assim, o chamado *distinguishing*, adotando-se o conceito de José Rogério Cruz e Tucci, seria um método de confronto, que integra a árdua atividade interpretativa do juiz, na medida em que, por meio de sua utilização, será aferido se o caso *sub judice* é – ou não – análogo ao precedente anteriormente formado<sup>71</sup>. Em outras palavras, ao deparar-se com um caso novo, o julgador deverá comparar os fatos do novo caso com aqueles constantes do precedente<sup>72</sup>.

Isso porque, para que o efeito vinculante do precedente incida no caso futuro, isto é, para que a solução jurídica encontrada na *ratio decidendi* possa ser novamente aplicada, mostra-se necessário que a questão em análise guarde relação de similitude fática com o caso prévio<sup>73</sup>. Assim, a fim de que se aplique o precedente, os fatos do caso futuro deverão ser idênticos ou similares àqueles do caso que originou o precedente, de modo que a solução jurídica anteriormente encontrada possa encaixar-se perfeitamente na resolução satisfatória do problema apresentado, contextualizando o direito discutido e a interpretação previamente realizada<sup>74</sup>.

Admite-se, portanto, que o cenário fático do caso *sub judice* não seja idêntico ao do precedente, bastando que haja similaridade, como supramencionado, em

---

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

<sup>70</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 99/102.

<sup>71</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 174.

<sup>72</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 140.

<sup>73</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 231/232.

<sup>74</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 199.

virtude da possibilidade de os fatos serem enquadrados em categorias<sup>75</sup>. Tais categorias, é claro, dependem do contexto dos fatos, ou seja, do debate jurídico em pauta, haja vista que uma mesma pessoa, por exemplo, pode fazer parte da categoria dos consumidores, dos católicos, dos estudantes etc<sup>76</sup>.

Assim, verifica-se que as teses jurídicas, embora não possuam papel principal nas distinções, apresentam fundamental importância para o enquadramento dos fatos em determinada questão de direito<sup>77</sup>. Adotando-se o exemplo utilizado por Ronaldo Cramer apenas para fins de elucidação, observa-se a possibilidade da aplicação de um precedente oriundo de uma ação de indenização por danos morais em virtude da perda da perna do autor em outro caso que discuta indenização por danos morais em razão de um dedo decepado<sup>78</sup>.

No caso narrado, embora os fatos sejam diversos (“perda de perna” e “dedo decepado”), podem ser enquadrados na mesma categoria, isto é, são similares, devido ao contexto jurídico no qual se inserem (responsabilidade civil – indenização por danos morais - em virtude da perda de um membro por ato ilícito praticado por outrem). Contudo, tem-se que, ainda que ambas as hipóteses supra versassem sobre indenização por danos morais (mesmo fundamento jurídico), se seus fatos não pudessem se enquadrar na mesma categoria (por exemplo, “perda de perna” e “atraso de voo”), os casos não encontrariam similaridade – e, assim, em tese, não poderiam ser utilizados para fins de aplicação de precedentes um em relação ao outro.

Portanto, a despeito de existir entendimento contrário<sup>79</sup>, é de se ressaltar que, embora os fundamentos jurídicos façam, obviamente, parte do processo de interpretação judicial, não são o principal objeto de análise frente à possibilidade de emprego do *distinguishing*, haja vista que é a observância específica aos fatos que situará a questão de direito e determinará a amplitude de aplicação do precedente<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> Idem.

<sup>76</sup> Idem.

<sup>77</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 231/233.

<sup>78</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 143.

<sup>79</sup> Em sentido contrário, entendendo pela utilização das teses jurídicas para o emprego do *distinguishing*, por exemplo: Ronaldo Cramer, *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 141 e ss.

<sup>80</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 199.

Observa-se, outrossim, que, quanto maior a amplitude da categoria dos fatos, maior será âmbito de incidência do precedente, tornando-se difícil a distinção.

Logo, em havendo a possibilidade de aplicação de um precedente em determinado caso, impera ao julgador, primeiramente, (i) identificar a *ratio decidendi* do precedente (“*precedent case*”) e (ii) individualizar os fatos dos casos, verificando se, entre eles, há similaridade (“*instant case*”)<sup>81</sup>. Todavia, uma vez verificada alguma incompatibilidade entre os casos, ou seja, em não havendo uma “*relevant similarity*”, mostrar-se-á imperiosa a utilização do *distinguishing* pelo magistrado, a fim de afastar o precedente invocado<sup>82</sup>.

Isso não significa que, por terem o poder de distinguir precedentes, os julgadores podem ignorá-los por mera liberalidade<sup>83</sup>. Tampouco deve-se entender que o precedente afastado no caso *sub judice* deva ser abolido ou que tenha perdido sua validade, pois a distinção tão somente revela que, no caso concreto, ante a verificação de alguma incompatibilidade, o precedente não poderá ser aplicado<sup>84, 85</sup>.

Nessa linha, tais incompatibilidades podem dar-se em face da verificação de, basicamente, duas situações: (a) fato relevante presente no caso concreto e ausente no precedente e (b) fato relevante ausente no caso concreto e presente no precedente<sup>86</sup>. Diante disso, é possível que o precedente seja simplesmente afastado ou, de forma sutil, seja moldado ao caso concreto, mediante a adaptação da *ratio decidendi*, em não se tratando, é claro, de circunstâncias completamente diversas<sup>87</sup>.

Assim, no que se refere à primeira hipótese apresentada – “fato relevante presente no caso concreto e ausente no precedente” -, para que se possa aplicar o precedente ao caso em exame, mostra-se necessário ampliar o seu âmbito de

<sup>81</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 99/100.

<sup>82</sup> Idem.

<sup>83</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 114.

<sup>84</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial : a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 470.

<sup>85</sup> Por outro lado, é de se dizer que, se o precedente começar a ser afastado recorrentemente, poderá, de certo modo, perder sua força, haja vista que isso demonstraria a sua baixa aceitabilidade pelos aplicadores do Direito. Nesse caso, o precedente se tornaria “*very distinguished*”.

(conforme explica Luiz Guilherme Marinoni, **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 233)

<sup>86</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1019/1024.

<sup>87</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 233/234

incidência, a fim de permitir que o precedente abarque o fato novo apresentado. Trata-se, logo, da aceitação de determinada restrição contida no caso *sub judice* – anteriormente não considerada –, que viabilizará a aplicação do precedente e que será justificada pelo julgador “com o fundamento de que tal restrição não é exigida por qualquer regra estabelecida por lei ou por precedente”, conforme explica Herbert Hart<sup>88</sup>.

Todavia, importa salientar que, para admitir-se que o fato novo, anteriormente não considerado, encontra-se no âmbito de incidência do precedente, é preciso verificar se essa maior abrangência alteraria o resultado alcançado previamente pela *ratio decidendi*<sup>89</sup>. Isso porque, na hipótese de o caso sob julgamento exigir a mudança da solução jurídica anteriormente alcançada, restaria impossibilitada a aplicação do precedente por meio da distinção, haja vista que o seu conteúdo seria alterado e não apenas ajustado<sup>90</sup>.

Ademais, em relação à segunda situação referida – “fato relevante ausente no caso concreto e presente no precedente” –, tem-se que a distinção, com o afastamento da norma do precedente, será medida que se impõe, limitando-se a esfera de aplicação do precedente<sup>91</sup>. Nessa linha, restaria configurada a distinção entre os casos, cabendo ao magistrado, portanto, fundamentar o afastamento do precedente, em razão da incompatibilidade de resultados entre o precedente e a decisão do caso concreto<sup>92</sup>.

No entanto, para que a técnica do *distinguishing* seja assim aplicada, imperioso que as razões das duas decisões diversas estejam em conformidade<sup>93</sup>. Ou seja, a distinção, nessa situação, embora leve a soluções diversas, tem de encontrar compatibilidade entre os fundamentos dos dois casos<sup>94</sup>.

Além disso, importa salientar que, conforme anteriormente mencionado, não é somente ao julgador que importa a utilização da técnica do *distinguishing*, tendo em vista ser ônus das partes a fundamentação e o requerimento da aplicação ou

---

<sup>88</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**, tr. port. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 2001. p. 148.

<sup>89</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 233/234.

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> Idem.

<sup>93</sup> Idem.

<sup>94</sup> Idem.

distinção de determinado precedente<sup>95</sup>, obedecendo, no ordenamento jurídico brasileiro, às disposições dos artigos 319, III, 336 e 341 do Código de Processo Civil<sup>96</sup>, assim como à “simétrica contrapartida ao dever de fundamentação dos juízes, das Cortes de Justiça e das Cortes Supremas”<sup>97</sup>, nos termos dos artigos 93, IX, da Constituição Federal<sup>98</sup> e 489, § 1º, V e VI, da referida lei processual<sup>99</sup>. Nesse sentido, considerando que o precedente é uma fonte da qual se extrai norma jurídica, caberá ao autor, na petição inicial, apresentando sua causa de pedir, individualizar os fatos e demonstrar a existência de semelhança entre o caso concreto e as circunstâncias fáticas de determinado precedente, fundamentando a necessidade de aplicação das mesmas razões determinantes<sup>100</sup>.

Por sua vez, ao réu, na contestação, será conferido o ônus de alegar toda a matéria de defesa, momento processual no qual, dependendo das alegações do autor, o demandado deverá demonstrar a impossibilidade de aplicação do precedente possivelmente invocado, em razão de diferença com o caso concreto, postulando, logo, a aplicação do *distinguishing*<sup>101</sup>. De outra ponta, poderá o réu, igualmente, invocar precedente que entenda cabível no caso, demonstrando a necessidade de sua aplicação, nos termos supramencionados.

<sup>95</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória: do juízo rescidente ao juízo rescisório**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 202/203.

<sup>96</sup> Art. 319. A petição inicial indicará: [...] III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; [...] Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. [...]

<sup>97</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 101.

<sup>98</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>99</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - 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; VI - 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. [...]

<sup>100</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 101.

<sup>101</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer**. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 2009. p. 59.

Frente a isso, imperioso observar-se o atual contexto de processo cooperativo no qual se baseia o ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração a necessidade de equilíbrio entre as partes e o juiz<sup>102</sup>. Desse modo, salienta-se que, diante do requerimento de aplicação de determinado precedente no caso em julgamento ou da alegação de distinção, caberá ao juiz, se entender necessário, “determinar o esclarecimento e a indicação precisa” das razões pelas quais as partes invocam o precedente [...], em atenção aos artigos 6º, 7º e 321 do Código de processo Civil<sup>103</sup>, conforme leciona Daniel Mitidiero<sup>104</sup>.

Outrossim, como já restou mencionado, não há que se falar em privação do poder do juiz de interpretar normas em razão do caráter obrigatório do precedente, tendo em vista que a aplicação ou distinção de precedentes demanda, justamente, a interpretação judicial acerca das circunstâncias de cada caso<sup>105</sup>. Desse modo, deverá o julgador - sob pena de “recusa de vinculação ao Direito”<sup>106</sup> - aplicar determinado precedente, caso observe a sua similaridade com o caso concreto, e utilizar-se da distinção para afastá-lo, uma vez a ausente qualquer “*relevant similarity*”<sup>107</sup>.

Ainda, importa referir que, acerca da sua finalidade, existem entendimentos no sentido de que o *distinguishing* serviria como forma de criação do direito pelos juízes e Tribunais – em verdadeira atividade legislativa<sup>108</sup>. Ocorre que, ao contrário

---

<sup>102</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil : pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 71.

<sup>103</sup> Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

<sup>104</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 100/101.

<sup>105</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória: do juízo rescidente ao juízo rescisório**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 202/203.

<sup>106</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 86.

<sup>107</sup> Idem, p. 102.

<sup>108</sup> Herbert Hart, por exemplo, entende que a força vinculante do precedente leva os tribunais a exercerem atividades legislativas, ao afirmar que “*seja qual for o estatuto dotado de autoridade que uma regra extraída de um precedente possa ter, é compatível com o exercício pelos tribunais por ela vinculados dos dois tipos seguintes de actividade criadora ou legislativa: por um lado, os tribunais que decidem um caso posterior podem chegar a uma decisão oposta à contida num precedente, através da interpretação restritiva da regra extraída do precedente e da admissão de alguma excepção a ela*

do que se poderia entender, trata-se de técnica que visa à melhor utilização do sistema de precedentes, bem como ao desenvolvimento do Direito, na medida em que estabelece parâmetros de incidência e possibilita a interpretação judicial diante das recorrentes peculiaridades que apresentam os casos concretos<sup>109</sup>.

Sendo assim, resta demonstrada a relevância das distinções para a concretização da igualdade em um sistema de precedentes vinculantes, na medida em que servem, frente às peculiaridades do caso concreto, tanto para afastar a incidência de um precedente quanto para ampliar o seu âmbito de aplicação<sup>110</sup>. Diante disso, imperioso que se analise a aplicação do *distinguishing* no ordenamento jurídico brasileiro, contextualizando o referido método de interpretação com as disposições elencadas no Novo Código de Processo Civil, especialmente no que diz respeito aos §§ 5º e 6º do artigo 966, como segue abaixo.

### 3.2 Distinções no CPC/2015: impossibilidade de distinção por “tese jurídica”

O Código de Processo Civil de 2015, conforme mencionado, evidenciou a preocupação do legislador com a promoção de um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, eis que trouxe, positivada, a sistemática dos precedentes, conforme se observa dos artigos 489, § 1º, V e VI, 926 e 927<sup>111</sup>. Salienta-se, todavia, que, especificamente a respeito do *distinguishing*,

---

*que não foi antes considerada ou, se foi considerada, foi deixada em aberto. Este processo de <distinção> do caso anterior implica a descoberta de alguma diferença juridicamente relevante entre aquele e o caso presente, e o número destas diferenças nunca pode ser determinado exaustivamente. Por outro lado, ao seguir um precedente anterior, os tribunais podem afastar uma restrição descoberta na regra, tal como foi formulada a partir do caso anterior, com o fundamento de que tal restrição não é exigida por qualquer regra estabelecida por lei ou por precedente anterior. Fazer isto significa ampliar a regra.”* (HART, H. L. A. **O conceito de direito**, tr. port. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 2001. p. 148.). Ademais, entende no mesmo sentido José Rogério Cruz e Tucci, adotando o posicionamento de Herbert Hart (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 174.).

<sup>109</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 236.

<sup>110</sup> Idem, p. 340.

<sup>111</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - 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 [...].

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

também outro dispositivo, ao tratar das hipóteses de cabimento da ação rescisória, colocou a referida técnica em pauta, qual seja, o artigo 966, §§ 5º e 6º, do diploma processual<sup>112</sup>.

É que a inobservância à necessidade de distinção, se não corrigida antes da formação da coisa julgada, pode ocasionar a propositura de ação rescisória, por violação de norma jurídica, como se pode observar do artigo 966, § 5º, do Código de Processo Civil: “[c]abe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput desse artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”. Por sua vez, o §6º do mesmo artigo determina que “[q]uando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”.

Inicialmente, há que se esclarecer que, embora o § 5º se limite a referir apenas a decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, a interpretação adequada do dispositivo deve se

---

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

<sup>112</sup> Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar manifestamente norma jurídica; [...] § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.



estender ao cabimento de ação rescisória contra decisão que viola qualquer norma jurídica, inclusive precedentes obrigatórios<sup>113</sup>. Outrossim, no que tange ao § 6º, é de se dizer que, da leitura do dispositivo, em uma primeira análise, estar-se-ia diante de uma hipótese de distinção diversa daquelas abordadas por este estudo, qual seja, a distinção por “tese jurídica” (questão jurídica não examinada).

Todavia, antes de passar-se ao exame do conteúdo normativo supra, há que se enfatizar as premissas a partir das quais serão construídos os argumentos, conforme a exposição delineada ao longo do trabalho. Assim, deve-se sempre ter em mente que a finalidade da implementação de um sistema de precedentes é, em síntese, conferir unidade ao Direito, promovendo a segurança jurídica<sup>114</sup>; e que todo e qualquer precedente, por tratar-se de norma jurídica, é dotado de eficácia vinculante horizontal e verticalmente, de modo que, não obstante qualquer juiz ou Corte de Justiça possa utilizar-se do *distinguishing* para afastá-lo, somente a corte que o formulou poderá realizar a sua modificação ou superação<sup>115</sup>.

Nessa linha, cabe observar que o legislador, embora tenha trazido a hipótese de distinção por questão jurídica diversa no § 6º do artigo 966 do Código de Processo Civil, não o fez nos demais dispositivos que tratam da matéria. Dessa forma, da leitura dos artigos 927, § 1º, e 489, § 1º, V e VI, depreende-se o mesmo que restou abordado no tópico anterior, ou seja, que os julgadores, frente a um precedente, deverão identificar os seus fundamentos relevantes (*ratio decidendi*) e, comparando as circunstâncias fáticas dos casos em exame, aplicar ou afastar o precedente, demonstrando o seu cabimento ou a sua distinção<sup>116</sup>.

Por outro lado, sabe-se da existência de posicionamento contrário, no sentido de que a distinção, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser realizada não apenas diante de fatos distintos, mas também frente a entendimento jurídico

---

<sup>113</sup> CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 175.

<sup>114</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 80/81.

<sup>115</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 340.

<sup>116</sup> Ainda, acerca do aludido dispositivo: “A parte final do inc. VI do § 1º do art. alude à necessidade de demonstrar a “superção do entendimento” para deixar de seguir precedente. Não é preciso dizer, na altura em que se encontra o presente livro, que nem o juiz nem o tribunal podem revogar precedente da Corte Suprema. A revogação de precedente, como chega a ser intuitivo, é tarefa da Corte que o emitiu. Assim, para admitir que juiz ou tribunal deixem de aplicar precedente em virtude do que a regra chama de “superção do entendimento”, é preciso entender que se deseja aludir para a não aplicação de precedente já revogado pela Corte Suprema [...]” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 340/341.).

diverso<sup>117</sup>. Com a devida vênia, tal entendimento parece ser incompatível com a sistemática dos precedentes – ou, ao menos, com a finalidade dos precedentes que aqui se defende.

Ora, não serviam os precedentes para conferir unidade ao Direito? De que modo será garantida a segurança jurídica em um ordenamento jurídico que admite a inobservância às suas próprias normas?

No caso, admitir-se que um juiz de primeiro grau ou que um membro de Corte de Justiça deixe de aplicar precedente estabelecido por uma Corte Suprema é o mesmo que admitir a relativização do efeito vinculante que possuem os precedentes, ou seja, trata-se do reconhecimento de uma função meramente persuasiva dos precedentes<sup>118</sup>. Causa estranheza, contudo, que se admitia uma função persuasiva dos precedentes justamente ao discutir-se aspectos do *distinguishing*.

Veja-se que a aplicação da distinção pressupõe, exatamente, a força vinculante do precedente<sup>119</sup>, porquanto não fosse o seu caráter obrigatório, poderia o julgador decidir o caso *sub judice* com base nos fundamentos jurídicos que entendesse mais adequado. Em outras palavras, se o juiz não estivesse atrelado à solução jurídica conferida pelo precedente, não precisaria dar-se o trabalho de demonstrar as diferenças entre os casos como única forma de afastá-lo.

Além disso, impera ressaltar que admitir a distinção por tese jurídica não examinada é muito mais do que reconhecer que precedentes não são obrigatórios. Nesse sentido explica Daniel Mitidiero que “[u]ma Corte de Justiça que se afasta de um precedente que deve aplicar formulado por uma Corte Suprema *não está dessa divergindo*. Está, na verdade, desobedecendo à interpretação da legislação formulada pela Corte Suprema”<sup>120</sup>.

Assim, rejeitar um precedente que não tenha sido superado pela corte competente para tanto, reconhecendo, destarte, que qualquer juiz estaria apto a

---

<sup>117</sup> Defendendo a “distinção judicial”, Ravi Peixoto, **A distinção por questão jurídica e a reconstrução do sistema de precedents brasileiros – uma leitura a partir do art. 966, § 6º do CPC**. Disponível em:

<[https://www.academia.edu/34589769/A\\_distinção\\_por\\_questão\\_jurídica\\_e\\_a\\_reconstrução\\_do\\_sistema\\_de\\_precedentes\\_brasileiros\\_uma\\_leitura\\_a\\_partir\\_do\\_art.\\_966\\_6o\\_do\\_CPC](https://www.academia.edu/34589769/A_distinção_por_questão_jurídica_e_a_reconstrução_do_sistema_de_precedentes_brasileiros_uma_leitura_a_partir_do_art._966_6o_do_CPC)> Acesso em 19 de setembro de 2017.

<sup>118</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer**. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 2009. p. 38.

<sup>119</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 86 e 102.

<sup>120</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 86.

aplicar a superação é, na realidade, refutar uma norma jurídica, ou seja, negar vigência ao Direito<sup>121</sup>. Veja-se que a superação, como mencionado, é técnica que visa ao desenvolvimento do Direito, função que somente uma corte encarregada de a ele dar unidade, “mediante sua adequada interpretação”, poderia executar<sup>122</sup>.

Nessa linha, não apenas estar-se-ia obstaculizando o coeso desenvolvimento do Direito, como também a concretização da segurança jurídica. Isso porque a leitura sugerida por Ravi Peixoto a respeito do § 6º do artigo 966 do Código de Processo Civil é no sentido de entender cabível a ação rescisória “tanto para as hipóteses em que um argumento tenha sido levantado, mas não examinado, como no caso em que aquele argumento não chegou sequer a ser suscitado”<sup>123</sup>.

Em outras palavras, com base na “questão jurídica não examinada”, poder-se-ia ingressar com ação visando à desconstituição da coisa julgada mesmo que a nova questão jurídica não houvesse sido suscitada à época em que tramitava o processo de conhecimento. Tal abordagem, assim, fragiliza duplamente a segurança jurídica: a um, por negar força vinculante aos precedentes de um ordenamento jurídico; e, a dois, tendo em vista que, não obstante tenha o processo transitado em julgado, uma vez aplicado precedente para resolver o caso, poder-se-ia questionar a solução conferida por meio de ação rescisória, desde que demonstrada a existência de um argumento jurídico não abordado no *decisum* - ainda que não tenha sido alegado por nenhuma das partes.

Sobre esse último aspecto, ainda que se admitisse a possibilidade de distinção por tese jurídica nova, o que se faz apenas a título argumentativo, esta não poderia servir como fundamento para eventual ação rescisória, se não alegada no curso do processo de conhecimento. Veja-se que o Supremo Tribunal Federal já

---

<sup>121</sup> Idem, p. 104

<sup>122</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 84

<sup>123</sup> PEIXOTO, Ravi. **A distinção por questão jurídica e a reconstrução do sistema de precedents brasileiros – uma leitura a partir do art. 966, § 6º do CPC**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/34589769/A\\_distinção\\_por\\_questão\\_jurídica\\_e\\_a\\_reconstrução\\_do\\_sistema\\_de\\_precedentes\\_brasileiros\\_uma\\_leitura\\_a\\_partir\\_do\\_art.\\_966\\_6o\\_do\\_CPC](https://www.academia.edu/34589769/A_distinção_por_questão_jurídica_e_a_reconstrução_do_sistema_de_precedentes_brasileiros_uma_leitura_a_partir_do_art._966_6o_do_CPC)> Acesso em 19 de setembro de 2017.

decidiu<sup>124</sup> questão semelhante ao reconhecer o descabimento da ação rescisória visando à aplicação de precedente posterior à prolação da decisão rescindenda<sup>125</sup>.

Inclusive, a referida Corte vem firmando, em casos recentes, esse entendimento<sup>126</sup>, aplicando-se a súmula nº 343<sup>127</sup>. Nessa linha, de tal posicionamento depreende-se que, restando impossibilitada a arguição de precedente posterior para fundar ação rescisória por violação de norma jurídica<sup>128</sup>, obviamente, por analogia, também restará obstaculizada a utilização de “tese jurídica” posterior para fundá-la.

De outra ponta, sabe-se da necessidade de adaptar-se o sistema de precedentes desenvolvido no *common law* ao ordenamento jurídico brasileiro, diante

<sup>124</sup> STF, RE 590.809, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 22.10.2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2630912>> Acesso em 19 de setembro de 2017.

<sup>125</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória: do juízo rescidente ao juízo rescisório**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 240/243.

<sup>126</sup> “Agravo regimental em ação rescisória. Provimento sem concurso público em serventia extrajudicial. Negativa de seguimento. Aplicação da súmula STF nº 343. Entendimento adotado na ação originária em consonância com a jurisprudência da Corte. Sobrestamento da ação rescisória no aguardo do julgamento de extraordinário com repercussão geral. Inadmissão. Inaplicabilidade da sistemática aos processos originários. Agravo regimental não provido. 1. A decisão que se pretende rescindir não diverge da orientação jurisprudencial estabelecida no Supremo Tribunal à época da prolação do decisum rescindendo – e prevalente até a presente data – no sentido da autoaplicabilidade do art. 236, § 3º, da CF/88 e de que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é inconstitucional o provimento em serviços notarial e de registro sem a prévia aprovação em concurso público. 2. Conforme tese fixada no julgamento do Tema 136 da Repercussão Geral (RE nº 590.809/RS), “não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente”, sendo irrelevante a natureza da discussão posta no feito rescindendo (se constitucional ou infraconstitucional) para a observância do enunciado da Súmula STF nº 343. 3. A suspensão dos processos pela aplicação da sistemática da repercussão geral não é obrigatória e, caso determinada pelo relator do processo paradigma, não atinge os feitos originários em curso na Corte. Precedentes: ACO nº 2591/DF-AgR, Relator o Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 2/12/16 e ACO nº 2648/AP-AgR, Relator o Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 2/6/16). 4. Agravo regimental não provido. (STF, AR 2572 AgR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 24.02.2017) Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em 19 de setembro de 2017.

<sup>127</sup> “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.” Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1472>> Acesso em 19 de setembro de 2017.

<sup>128</sup> Também entendem assim Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha: “Se, porém, a desarmonia entre a decisão e o entendimento do Supremo Tribunal Federal vier a ocorrer depois da coisa julgada, aí a ação rescisória não terá fundamento no inciso V do art. 966 do CPC. Isso porque, nesse caso, quando fora proferida a decisão, não existia ainda pronunciamento do STF. Logo, não houve *manifesta violação* a norma jurídica. O órgão julgador não contrariou entendimento do Supremo Tribunal Federal, inexistente à época da decisão.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13ed. Salvador: JusPodivm, 2016. vol. 3. p. 498.)

das peculiaridades atinentes a cada país<sup>129</sup>. Todavia, ao se buscar solução para determinado problema no direito comparado, mostra-se importante que a essência do instituto trazido não se perca.

Destarte, em que pese o direito brasileiro seja recorrentemente ligado à ideia de um direito positivado, no caso, deve-se atentar para a real origem da força dos precedentes no ordenamento jurídico pátrio<sup>130</sup>. Isso porque, partindo-se de uma perspectiva lógico-argumentativa<sup>131</sup>, no que se refere à teoria da interpretação, há que se pensar o precedente como uma verdadeira fonte do Direito que é, cuja força vinculante deriva, justamente, da “força institucionalizante da interpretação jurisdicional”<sup>132</sup>.

Sendo assim, o fato de a expressão “questão jurídica não examinada” restar positivada em nada altera a legitimidade do sistema de precedentes brasileiro, no qual a eficácia vinculante dos precedentes se impõe, devido à sua própria natureza. Logo, se é verdade que força de um precedente advém da força da atividade interpretativa, mesma origem devem possuir os requisitos para a aplicação ou para o afastamento de um precedente, de modo que o sentido da letra fria da lei não se impõe literalmente, mas sim por meio da interpretação que se realiza perante um universo de princípios e fontes do direito.

Nesse sentido, tendo em vista que reconhecer a possibilidade de distinção por tese jurídica seria refutar a força vinculante dos precedentes, estar-se-ia, com isso, retirando das cortes supremas a função que lhes é inerente, qual seja, a de outorgar sentido à lei, de modo a uniformizar o Direito<sup>133</sup>. Nesse sentido, a

---

<sup>129</sup> PEIXOTO, Ravi. **A distinção por questão judicial e a reconstrução do sistema de precedents brasileiros – uma leitura a partir do art. 966, § 6º do CPC**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/34589769/A\\_distinção\\_por\\_questão\\_jurídica\\_e\\_a\\_reconstrução\\_do\\_sistema\\_de\\_precedentes\\_brasileiros\\_uma\\_leitura\\_a\\_partir\\_do\\_art.\\_966\\_6o\\_do\\_CPC](https://www.academia.edu/34589769/A_distinção_por_questão_jurídica_e_a_reconstrução_do_sistema_de_precedentes_brasileiros_uma_leitura_a_partir_do_art._966_6o_do_CPC)> Acesso em 19 de setembro de 2017.

<sup>130</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 69

<sup>131</sup> Vide p. 17. (MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 84)

<sup>132</sup> Nesse sentido, explica Daniel Mitidiero: “o precedente, sendo fruto da reconstrução do sentido da legislação, passa a ser o derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Constitucional. Nessa linha, o precedente judicial constitui fonte primária do Direito, cuja eficácia vinculante não decorre nem do *costume judicial* e da *doutrina*, nem da *bondade* e da *congruência social* das razões invocadas e nem de uma *norma constitucional ou legal* que assim o determine, mas da *força institucionalizante* da interpretação jurisdicional, isto é, da *força institucional da jurisdição* como função básica do Estado.” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 85)

<sup>133</sup> Nessa linha, explica Daniel Mitidiero: “A função de nomofilaquia interpretativa exercida pela Corte Suprema também justifica a vinculação ao precedente. Sendo o propósito desse modelo de corte a eliminação da equivocidade do Direito diante de determinado contexto fático-normativo mediante a

possibilidade de construir-se um ordenamento jurídico coeso, que promova a segurança jurídica e a igualdade restaria, cada vez mais, afastada, o que se mostra inadmissível.

Ademais, há que se desmistificar a concepção de que a atividade dos juízes de primeiro grau e das Cortes de Justiça torna-se desvalorizada com o sistema de precedentes vinculantes<sup>134</sup>. Conforme demonstrado, os juízes realizam, de toda maneira, atividade complexa de interpretação ao aferir sobre a aplicabilidade ou não dos precedentes, razão pela qual a admissão da distinção por tese jurídica não deve se dar com vistas à valorização da atividade dos juízes<sup>135</sup>.

Outrossim, em havendo discordância dos julgadores de primeiro e segundo grau acerca dos precedentes das Cortes Supremas, é possível adotar-se a técnica da “*dissenting opinion*”<sup>136</sup>. Assim, por meio de tal prática oportunizar-se-ia a crítica judicial ao precedente<sup>137</sup>, sem, contudo, atentar contra a isonomia, resguardando a

fixação de sua adequada interpretação, *é natural que a norma daí oriunda desempenhe um papel de guia para sua interpretação futura*, atuando de forma proativa para obtenção da unidade do Direito. A Corte Suprema é uma *corte de interpretação*, cuja *missão é formar precedentes*. Negar eficácia para além das partes do processo e eficácia vinculante à sua interpretação, portanto, é negar a sua própria razão de existência, *tolhendo a Corte Suprema da sua razão de ser dentro do ordenamento jurídico*.” (MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 85)

<sup>134</sup>Em contrapartida, entende Ravi Peixoto: “sendo vedada, a distinção por questão jurídica, remanesce um problema: a possível desvalorização da primeira instância e eventualmente dos tribunais locais, que ficariam obrigado a aplicar os precedentes dos tribunais superiores, mesmo que desatualizados.” (PEIXOTO, Ravi. **A distinção por questão jurídica e a reconstrução do sistema de precedents brasileiros – uma leitura a partir do art. 966, § 6º do CPC**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/34589769/A\\_distinção\\_por\\_questão\\_jurídica\\_e\\_a\\_reconstrução\\_do\\_sistema\\_de\\_precedentes\\_brasileiros\\_uma\\_leitura\\_a\\_partir\\_do\\_art.\\_966\\_6o\\_do\\_CPC](https://www.academia.edu/34589769/A_distinção_por_questão_jurídica_e_a_reconstrução_do_sistema_de_precedentes_brasileiros_uma_leitura_a_partir_do_art._966_6o_do_CPC)> Acesso em 19 de setembro de 2017.)

<sup>135</sup>Na mesma linha, elucida Daniel Mitidiero: “O precedente exige, para sua adequada identificação e aplicação, juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de identificação e universalização de razões.” (MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 88)

<sup>136</sup>MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 107.

<sup>137</sup>Tal prática revela-se cabível no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, inclusive, respaldada pelo enunciado 172 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, senão veja-se: “A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória.”.

Ravi Peixoto, no mesmo sentido, referindo o aludido enunciado, menciona semelhante técnica, conhecida como “disapprove precedent”. (PEIXOTO, Ravi. **A distinção por questão jurídica e a reconstrução do sistema de precedents brasileiros – uma leitura a partir do art. 966, § 6º do CPC**. Disponível em:

<[https://www.academia.edu/34589769/A\\_distinção\\_por\\_questão\\_jurídica\\_e\\_a\\_reconstrução\\_do\\_sistema\\_de\\_precedentes\\_brasileiros\\_uma\\_leitura\\_a\\_partir\\_do\\_art.\\_966\\_6o\\_do\\_CPC](https://www.academia.edu/34589769/A_distinção_por_questão_jurídica_e_a_reconstrução_do_sistema_de_precedentes_brasileiros_uma_leitura_a_partir_do_art._966_6o_do_CPC)> Acesso em 19 de setembro de 2017.)

segurança jurídica e viabilizando, inclusive, a mensuração da aceitabilidade do precedente na comunidade jurídica<sup>138</sup>.

Por conseguinte, a leitura que se faz do § 6º do artigo 966 do Código de Processo Civil, é a de que se entende como “questão jurídica não examinada” aquele fato relevante não apreciado, presente no caso sobre o qual se formou a coisa julgada, e ausente no precedente aplicado<sup>139</sup>. Diante de tal situação, não tendo sido examinada determinada particularidade fática do caso em concreto, que demandaria a produção de efeitos jurídicos diversos daqueles constantes da solução anteriormente apresentada, isto é, do “padrão jurídico que lhe deu fundamento”, restaria cabível o ingresso com ação rescisória por manifesta violação à norma jurídica.

Sendo assim, no caso, diante de todo o exposto acerca da finalidade do precedente e da técnica de distinção, bem como à luz das normas processuais fundamentais e da própria Constituição Federal, que garante a todos igualdade perante a lei, dentre tantos outros direitos e princípios que visam ao alcance da segurança, inviável pensar-se em uma distinção por tese jurídica. Ademais, tal forma de distinção, como sobredito, tampouco faria sentido perante o sistema de precedentes obrigatórios que possui o ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual a interpretação que merece ser dada ao termo “questão jurídica não examinada” não é outra senão a de fato relevante não examinado na decisão rescindenda e ausente no precedente - ou “padrão decisório” - que lhe deu fundamento.

---

<sup>138</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 107.

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1024.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de precedentes, desenvolvido ao longo dos anos pelos países de *common law*, vem sendo incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que se reconheça o verdadeiro papel das Cortes Supremas – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal -, qual seja, o de interpretar o Direito, adscrevendo-lhe o adequado sentido e vinculando juízes e Cortes de Justiça às razões determinantes de suas decisões. Nesse sentido, tem-se que a norma jurídica dotada de força vinculante, extraída das decisões judiciais proferidas pelas Cortes Supremas, é compreendida como precedente.

Por meio do precedente obrigatório, é possível conferir unidade ao direito, com vistas a promover a segurança jurídica, a igualdade e a liberdade em favor sociedade civil como um todo. Essa é, portanto, a razão de o legislador brasileiro ter previsto a utilização dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015, como se observa dos artigos 489, § 1º, V e VI, 926 e 927, tendo elencado, inclusive, nos §§ 5º e 6º do artigo 966 do mesmo diploma legal, como hipótese de ação rescisória por violação manifesta à norma jurídica, a ausência de distinção na decisão rescindenda, quando se mostrava necessária.

Diante disso, o presente trabalho abordou, inicialmente, o estudo dos elementos dos precedentes: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Nesse sentido, verificou-se que, embora exista controvérsia quanto à natureza da *ratio decidendi* – se uma regra, um princípio, uma norma ou uma razão, necessárias e/ou suficientes -, extrai-se dos entendimentos apresentados que se trata de “material normativo” dotado de vinculatividade, o que evidencia a importância da sua correta identificação.

Por sua vez, viu-se que *obiter dictum* seriam, em síntese, os fragmentos das decisões que, embora possam ser úteis para a compreensão do julgado e de seus fundamentos, não são tidos como partes integrantes das suas razões determinantes. Logo, evidenciou-se que, para o correto desenvolvimento e aplicação do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário distinguir o conteúdo vinculante de um *decisum* – *ratio decidendi* - daquele que não dará origem a precedente algum – *obiter dictum*.

Assim, feita a análise dos elementos básicos do precedente, posteriormente, passou-se ao exame do instituto da distinção (*distinguishing*), compreendendo-se que, diante da eficácia vinculante dos precedentes, somente é possível que juízes e



Cortes de Justiça afastem-nos no julgamento de um caso concreto diante de, basicamente, duas situações: (a) fato relevante presente no caso concreto e ausente no precedente e (b) fato relevante ausente no caso concreto e presente no precedente. Destarte, observou-se que, em havendo similaridade fática entre o caso *sub judice* e o precedente, a sua aplicação é obrigatória, sob pena de “recusa de vinculação ao Direito”, não havendo que se falar em desvalorização da função dos magistrados de primeiro e segundo graus, haja vista que a aplicação e o afastamento de precedentes consistem em verdadeira atividade interpretativa.

Por fim, debruçou-se sobre a análise do § 6º do artigo 966 do Código de Processo Civil, que previu a possibilidade de ingresso com ação rescisória por manifesta violação de norma jurídica, no caso de “situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”, fazendo com que se pudesse pensar na possibilidade de distinção por “tese jurídica”. Contudo, pelo que restou estudado acerca da finalidade do precedente e do *distinguishing*, e também em face da própria Constituição Federal, que garante a todos igualdade perante a lei, dentre tantos outros direitos e princípios que visam ao alcance da segurança jurídica, mostrou-se inviável pensar-se em uma distinção por tese jurídica.

Isso porque, estivesse o juiz autorizado a afastar um precedente obrigatório, em razão da existência de outro fundamento cabível à solução do caso concreto (questão jurídica não examinada na decisão rescindenda), não mais haveria que se falar na força vinculante dos precedentes, o que não se pode admitir, já que é, justamente, esta que promoverá a unidade do Direito. Portanto, atentou-se para a possibilidade de utilização da técnica da *“dissenting opinion”*, por meio da qual oportunizar-se-ia a crítica judicial ao precedente, sem, contudo, retirar-lhe a força vinculante, e entendeu-se correto compreender como “questão jurídica não examinada” aquele fato relevante não apreciado, presente no caso sobre o qual se formou a coisa julgada, e ausente no precedente aplicado, que autorizaria, logo, o ingresso com a ação rescisória.

Sendo assim, espera-se que esse trabalho possa contribuir para o estudo dos precedentes no ordenamento jurídico, especialmente no que tange à técnica da distinção. Almeja-se, ainda, que, em breve, a doutrina e as Cortes Supremas possam analisar de forma mais profunda o conteúdo normativo constante do § 6º do

artigo 966 do Código de Processo Civil, a fim de conferir-lhe a adequada interpretação.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.
- CHIASSONI, Pierluigi. **Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto**. *Analisi e Diritto* ano 2004.
- CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press. 1977.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13ed. Salvador: JusPodivm, 2016. vol. 3.
- DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**, tr. port. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 2001.
- MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Ação rescisória: do juízo rescidente ao juízo rescisório**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- \_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- \_\_\_\_\_. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARSHALL, Geoffrey. **What is Binding in a Precedent, Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil : pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. **“Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”.** In: Revista de Processo, n. 206, São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. **Precedentes: da persuasão à vinculação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PEIXOTO, Ravi. **A distinção por questão jurídica e a reconstrução do sistema de precedents brasileiros – uma leitura a partir do art. 966, § 6º do CPC.**

Disponível em:

<[https://www.academia.edu/34589769/A\\_distinção\\_por\\_questão\\_jurídica\\_e\\_a\\_reconstrução\\_do\\_sistema\\_de\\_precedentes\\_brasileiros\\_uma\\_leitura\\_a\\_partir\\_do\\_art.\\_966\\_6o\\_do\\_CPC](https://www.academia.edu/34589769/A_distinção_por_questão_jurídica_e_a_reconstrução_do_sistema_de_precedentes_brasileiros_uma_leitura_a_partir_do_art._966_6o_do_CPC)> Acesso em 19 de setembro de 2017.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer.** Cambridge (Mass): Harvard University Press, 2009.

TARUFFO, Michele. **Precedente e Giurisprudenza.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2007.

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

ZANETI Jr., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** Salvador: JusPODIVM, 2016.