

## Entrevista

### Desvendando o "Distinguishing" no Direito Brasileiro

Dr. Cairo Gianini Pires Souza - advogado - OAB/MG 208.227

#### O que é *distinguishing* e como ele funciona na prática?

Imagine que os tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), criam uma espécie de "receita de bolo" para julgar determinados tipos de casos que se repetem pelo país. Essa "receita" é o que chamamos de precedente judicial, e ela serve para garantir que casos iguais ou muito parecidos recebam a mesma solução, trazendo mais previsibilidade e igualdade para as decisões da Justiça. O *distinguishing*, que em português significa "distinção", é uma ferramenta que permite a um juiz ou tribunal olhar para um novo caso e dizer: "Apesar de este bolo parecer com o da receita, ele tem ingredientes diferentes e essenciais que mudam completamente o resultado final".



Na prática, o *distinguishing* funciona como uma análise comparativa. O juiz pega o caso que precisa julgar e o compara detalhadamente com o caso que deu origem ao precedente (a "receita de bolo"). Se ele encontrar diferenças nos fatos ou nas questões jurídicas que sejam realmente importantes e que tornem a aplicação daquela "receita" injusta ou inadequada para o novo caso, ele pode afastar a aplicação do precedente. Para fazer isso, no entanto, ele tem uma obrigação fundamental: explicar de forma clara e detalhada na sua decisão quais são essas diferenças e por que elas são cruciais. Essa exigência está prevista no Código de Processo Civil e serve como um mecanismo de controle para evitar que a técnica seja usada de forma arbitrária.

#### Como o *distinguishing* ajuda ou impede que uma pessoa seja condenada com base em uma decisão anterior?

O *distinguishing* atua como um mecanismo de justiça individualizada, evitando a aplicação automática e cega de uma regra geral a situações que, na sua essência, são diferentes. Ele pode ajudar uma pessoa a não ser condenada (ou a não perder um processo em outras áreas do direito) quando o advogado consegue demonstrar que o caso do seu cliente possui

particularidades que o afastam de um precedente desfavorável. Por exemplo, se uma decisão anterior estabeleceu uma punição severa para uma fraude cometida de uma maneira específica, o advogado pode usar o *distinguishing* para argumentar que, no caso do seu cliente, a fraude ocorreu de forma completamente diferente, com outras motivações e consequências, não se encaixando na lógica da decisão anterior.

Por outro lado, a falha em usar o *distinguishing* ou o seu uso incorreto pode levar a uma condenação injusta. Se um juiz ignora as diferenças relevantes de um caso e aplica um precedente de forma mecânica, ele pode estar, na prática, tratando desigualmente situações que são apenas superficialmente parecidas. A técnica, portanto, funciona como uma garantia de que o julgamento será feito com base nos contornos específicos daquela situação concreta, e não apenas carimbando uma solução pronta que não se ajusta à realidade dos fatos. É uma forma de equilibrar a necessidade de uniformidade das decisões com a necessidade de fazer justiça em cada caso individual.

### **Qual a diferença entre *distinguishing* e seguir simplesmente um precedente?**

Seguir um precedente é a regra geral no sistema jurídico atual. Significa que, ao se deparar com um caso, o juiz identifica que ele é idêntico ou muito semelhante a outro que já foi decidido por um tribunal superior e, por isso, aplica a mesma solução jurídica. Isso é feito para promover a estabilidade, a coerência e a previsibilidade do sistema judicial, garantindo que as mesmas regras sejam aplicadas a todos em situações equivalentes. O objetivo é evitar a chamada "jurisprudência lotérica", na qual a decisão depende da sorte de qual juiz ou turma julgará o caso.

O *distinguishing*, por sua vez, é a exceção fundamentada a essa regra. Ele ocorre quando o juiz, após analisar o precedente, conclui que ele *não se aplica* ao caso concreto justamente porque existem diferenças cruciais entre eles. Portanto, a diferença fundamental é: seguir um precedente é aplicar a tese jurídica consolidada porque os casos são análogos; fazer o *distinguishing* é afastar a aplicação dessa tese porque os casos, apesar de parecerem similares, são fundamentalmente distintos em seus detalhes relevantes. É importante notar que ao fazer a distinção, o juiz não está invalidando ou mudando o precedente; ele apenas reconhece que aquela regra, embora válida, não foi feita para a situação específica que ele está julgando.

### **Em que situações um juiz pode usar *distinguishing* sem que isso seja considerado injustiça?**

Um juiz pode e deve usar o *distinguishing* sempre que a aplicação de um precedente a um caso concreto levaria a um resultado injusto ou

juridicamente equivocado, devido a diferenças factuais ou legais significativas. A utilização legítima da técnica não é um ato de arbítrio, mas um dever de fundamentação analítica. A chave para que o uso não seja considerado uma injustiça está na qualidade e na transparência da argumentação do juiz.

Para que o *distinguishing* seja justo e legítimo, a decisão precisa demonstrar, de maneira inequívoca, quais são os fatos ou as questões de direito do caso atual que o tornam único e por que esses elementos não estavam presentes ou não foram considerados no julgamento que criou o precedente. Por exemplo, se um precedente trata da posse de um imóvel em área urbana com determinadas características, um juiz pode legitimamente usar o *distinguishing* para não aplicá-lo a um caso de posse em área rural, com legislação ambiental específica e uma função social da terra completamente diferente. A injustiça não está no ato de distinguir, mas em fazê-lo sem uma justificativa sólida, usando diferenças irrelevantes para afastar uma decisão que deveria ser aplicada.

### **O uso de *distinguishing* pode causar insegurança jurídica? Por quê?**

Sim, o uso inadequado ou excessivo do *distinguishing* pode gerar uma grande insegurança jurídica. O sistema de precedentes foi fortalecido no Brasil justamente para combater a instabilidade e a imprevisibilidade das decisões judiciais. Quando os juízes começam a usar a técnica da distinção de forma leviana, para afastar precedentes com base em diferenças mínimas ou irrelevantes, o objetivo de uniformizar a jurisprudência se perde. Isso cria um cenário onde, novamente, casos muito parecidos recebem soluções diferentes, e os cidadãos e advogados perdem a capacidade de prever como a Justiça decidirá, minando a confiança no Poder Judiciário.

O risco é que a exceção (o *distinguishing*) comece a ser usada como uma regra para contornar a aplicação de decisões com as quais o julgador discorda ideologicamente. Recentemente, vimos polêmicas em casos criminais, como o de estupro de vulnerável, onde a técnica foi utilizada para absolver réus, afastando o entendimento consolidado de que o consentimento de menores de 14 anos é irrelevante. Tais decisões geraram intenso debate público e acusações de que o *distinguishing* estava sendo usado para criar uma exceção não prevista em lei, fragilizando a proteção de crianças e adolescentes e, conseqüentemente, gerando enorme insegurança sobre a aplicação da norma penal.

### **Quem controla se um juiz está usando *distinguishing* adequadamente?**

O principal controle sobre o uso do *distinguishing* é a exigência de uma fundamentação detalhada, prevista no Código de Processo Civil. Uma decisão que afasta um precedente sem explicar de forma convincente as razões

da distinção é considerada uma decisão sem fundamentação e, portanto, nula. O primeiro controle, então, é exercido pelas próprias partes do processo, especialmente pelo advogado da parte que seria beneficiada pelo precedente, que pode recorrer da decisão apontando a falha na argumentação do juiz.

Em seguida, o controle é feito pelos tribunais superiores. Se um juiz de primeira instância ou um tribunal local usa o *distinguishing* de forma inadequada para não aplicar uma decisão do STJ ou do STF, por exemplo, a parte prejudicada pode levar o caso a essas cortes superiores. Os tribunais superiores, então, analisarão se a distinção feita foi legítima ou se foi apenas uma tentativa de desrespeitar o precedente. Órgãos de controle, como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também podem agir em casos mais graves, especialmente quando o uso indevido da técnica se torna recorrente ou gera grande polêmica social, apurando a conduta do magistrado.

### **O *distinguishing* pode ser usado pelo advogado na defesa do cliente? Como?**

Sim, o *distinguishing* é uma das ferramentas mais importantes e estratégicas para o advogado na defesa de seu cliente. Quando um advogado se depara com uma súmula ou um precedente judicial que, à primeira vista, parece ser fatal para a causa do seu cliente, seu trabalho é justamente realizar uma análise minuciosa para encontrar pontos de distinção.

Na prática, o advogado deve construir sua argumentação demonstrando, com base nas provas e nos fatos do processo, que o caso do seu cliente tem elementos únicos que o diferenciam substancialmente do caso que originou o precedente. Ele pode, por exemplo, em uma petição ou durante uma sustentação oral no tribunal, apresentar um tópico específico intitulado "Da Inaplicabilidade do Precedente - A Necessária Distinção (*Distinguishing*)", e ali detalhar ponto a ponto: "No caso do precedente X, o fato A aconteceu, enquanto no meu caso, ocorreu o fato B; no precedente, a relação jurídica era de consumo, enquanto aqui é uma relação civil pura". O objetivo é convencer o juiz de que aplicar a regra geral seria tratar de forma igual situações que são, na verdade, desiguais em sua essência.

### **Quando o *distinguishing* se torna uma forma de ignorar o entendimento dominante da Justiça?**

O *distinguishing* cruza a linha e se torna uma forma de desrespeitar o entendimento dominante quando é utilizado sem uma base fática ou jurídica genuinamente distinta e relevante. Isso acontece quando o julgador, na verdade, discorda da tese jurídica firmada no precedente e, em vez de seguir o caminho adequado para propor a sua superação (técnica conhecida como *overruling*, que reverte o precedente), ele usa o *distinguishing* como um atalho para não aplicá-lo, com base em justificativas frágeis ou forçadas.

Isso pode ser percebido quando a "distinção" apontada pelo juiz é sobre um detalhe que não tem o poder de alterar o núcleo da questão jurídica decidida. É como dizer que a "receita do bolo" não se aplica porque a forma usada foi redonda em vez de quadrada, quando o que importava eram os ingredientes e o modo de preparo. Esse uso ilegítimo corrói a força dos precedentes e representa um ato de insubordinação à hierarquia do Judiciário, transformando uma ferramenta técnica de justiça em um instrumento de arbítrio pessoal do julgador.

### **O público leigo deve entender que *distinguishing* significa “perdão legal” ou apenas adaptação do julgamento?**

Definitivamente, o público deve entender o *distinguishing* como uma **adaptação técnica do julgamento**, e nunca como uma forma de "perdão legal". A ideia de perdão está associada a anistia, graça ou a uma decisão baseada em clemência, o que não tem nenhuma relação com essa ferramenta. O *distinguishing* é uma técnica jurídica que busca garantir a aplicação correta do Direito, assegurando que uma regra criada para a situação A não seja aplicada de forma automática e injusta à situação B, que possui características próprias e determinantes.

É uma ferramenta que refina a análise judicial, exigindo que o juiz vá além da superfície e entenda as nuances de cada caso. Associá-lo a um "perdão" seria um grande equívoco, pois ele não desculpa um ato ilícito nem concede um benefício por pena. Ele apenas garante que a pessoa seja julgada de acordo com as particularidades de sua própria situação, aplicando-se a regra jurídica que efetivamente se encaixa naquele contexto, o que é a própria essência da Justiça.