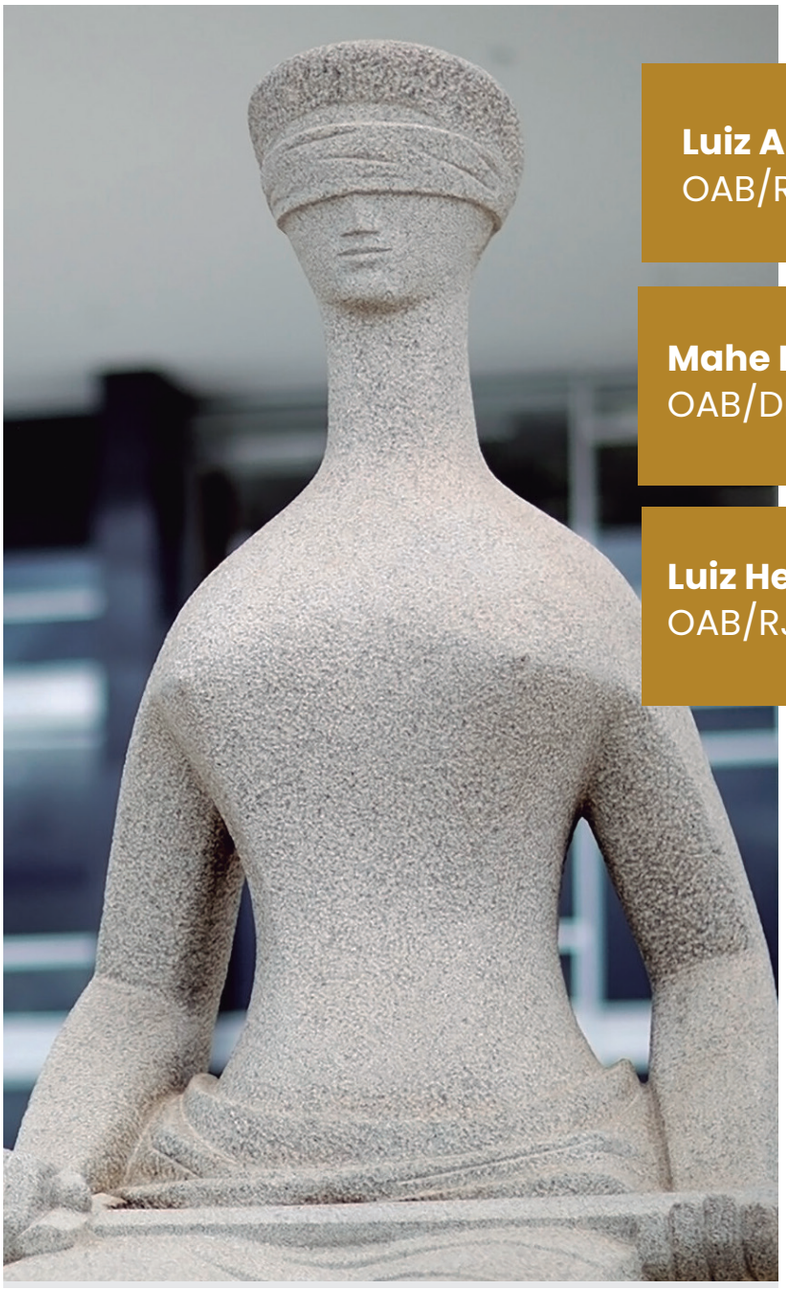
Distinguishing e *overruling* no sistema de precedentes: estratégia para superar entendimentos consolidados no STF e no STJ



Luiz Antonio Cotrim Moreira
OAB/RJ n.º 103.942



Mahe Moreira Maia
OAB/DF n.º 81.552



Luiz Henrique S. D. Cotrim
OAB/RJ n.º 250.737



A experiência processual brasileira do CPC/1973 partia predominantemente da lógica do livre convencimento motivado, exercendo a jurisprudência uma função persuasiva. Ainda assim, foram incorporados ao seu texto importantes embriões do atual sistema de precedentes, tais como o Incidente de Uniformização de Jurisprudência (arts. 476 a 479), a repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-B, introduzido pela Lei n.º 11.418/2006), os recursos especiais repetitivos (art. 543-C, introduzido pela Lei n.º 11.672/08) e os poderes monocráticos do

relator (art. 557), que autorizavam a negativa de seguimento a recursos manifestamente inadmissíveis ou contrários a súmula ou jurisprudência dominante.

Por sua vez, com a chegada do CPC/2015 foi positivada no ordenamento a cultura de precedentes, atribuindo aos tribunais o objetivo precípuo de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926). Para concretizar esse objetivo, o art. 927 passou a exigir que os Juízes e Tribunais observem as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência; os recursos extraordinários e especiais repetitivos; bem como as orientações do plenário e órgão especial.

Essa mudança foi tão profunda que a doutrina a considerou um marco na criação de um sistema híbrido, combinando a tradição da *civil law* (baseada na lei) com elementos da *common law* (baseada nos precedentes).

Tão importante quanto compreender a força dos precedentes na atual sistemática processual é saber como afastar sua aplicação automática, a fim de evitar soluções inadequadas ao caso concreto. Para tanto, o CPC/2015 incorporou duas ferramentas da tradição norte-americana dos precedentes, o *distinguishing* e o *overruling*, técnicas essas decisivas para uma atuação estratégica e qualificada perante os Tribunais Superiores.

O primeiro deles, o *distinguishing*, visa afastar a aplicação automática de precedente quando há distinção fática ou jurídica relevante entre o caso paradigma e o caso em julgamento, impedindo a reprodução de teses sem a necessária análise das particularidades do caso concreto.

No CPC/2015, sua principal consagração está no art. 489, § 1º, VI, segundo o qual não se considera fundamentada a decisão judicial que 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.

Embora a distinção deva ser reconhecida de ofício e de forma fundamentada pelo julgador, cabe ao bom advogado, especialmente perante os Tribunais Superiores, demonstrar de forma técnica que o caso concreto possui peculiaridades capazes de distingui-lo da *ratio decidendi* do precedente vinculante.

Assim, em primeiro lugar, a correta aplicação do *distinguishing* exige a identificação precisa da *ratio decidendi* do precedente que se pretende afastar. A tarefa consiste em reconstruir o precedente, delimitando a regra de direito efetivamente aplicada, os fatos juridicamente determinantes e os fundamentos que sustentaram o resultado do julgamento. Essa análise permite separar a *ratio decidendi* (a razão essencial e necessária da decisão, dotada de potencial força vinculante) do *obiter dictum* (argumentos acessórios sem influência decisiva sobre a solução do caso e, por isso, sem força vinculante própria).

Identificada a *ratio decidendi*, o passo seguinte é realizar o confronto analítico entre o caso paradigma e o caso concreto. Não basta apontar diferenças acidentais; é indispensável demonstrar uma distinção fática ou jurídica relevante, isto é, uma particularidade que, se presente no precedente originário, poderia ter conduzido a resultado diverso. A distinção, portanto, pode decorrer de sujeitos, regimes jurídicos, questões prejudiciais, alterações legislativas ou de questões jurídicas não enfrentadas no paradigma.

Por fim, a distinção deve ser apresentada de forma expressa e comparativa. Deve-se identificar o precedente invocado, explicitar sua *ratio decidendi*, demonstrar a diferença relevante do caso concreto e justificar por que a tese anterior não deve ser aplicada. É nesse ponto que se revela a importância da advocacia, a fim de transformar a peculiaridade do caso em argumento jurídico capaz de afastar a aplicação mecânica de teses consolidadas.

Na prática, o STF tem aplicado a técnica do *distinguishing* em casos de grande impacto. No REsp 1.325.857/RS, por exemplo, discutia-se a legitimidade de associação de consumidores para propor ação civil pública em defesa de poupadores prejudicados por expurgos inflacionários. A parte contrária invocava o RE 573.232/SC com repercussão geral, no qual o STF exigiu autorização expressa dos associados para que associação atuasse judicialmente. O STJ, porém, reconheceu que, de

um lado, o precedente vinculante tratava de hipótese de representação processual, em que a associação atuava em nome de seus filiados; de outro lado, na ação civil pública de consumo, a associação atua como substituta processual, em nome próprio, na defesa de direitos coletivos. Esse *distinguishing* entre a representação e a substituição processual foi decisivo para o afastamento da exigência de autorização individual.

Outro exemplo relevante ocorreu em matéria de transporte aéreo internacional. No Tema 1.240 da repercussão geral (RE 1.394.401/SP), o STF analisou se as Convenções de Varsóvia e Montreal poderiam limitar a indenização por danos morais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional. A Corte distinguiu esse caso do Tema 210, no qual havia sido reconhecida a prevalência das convenções internacionais sobre o Código de Defesa do Consumidor em hipóteses de limitação indenizatória. A diferença central foi que o Tema 210 tratava, essencialmente, de danos materiais sujeitos às regras específicas das convenções, como extravio de bagagem. Com base nessa distinção, o STF concluiu que a *ratio decidendi* do Tema 210 não alcançava os danos morais. O resultado prático foi afastar a limitação indenizatória prevista nas convenções internacionais e admitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, assegurando a reparação integral dos danos extrapatrimoniais.

No STJ, a técnica também tem produzido efeitos relevantes em matéria de saúde suplementar. No Tema 990, a Corte firmou a tese de que as operadoras de plano de saúde não são obrigadas a fornecer medicamento sem registro na Anvisa. Posteriormente, contudo, o Tribunal passou a acolher o *distinguishing* nos casos em que, embora inexistente o registro definitivo, a própria Anvisa havia autorizado excepcionalmente a importação do medicamento. Em julgados como o REsp 1.923.107/SP e o AgInt no AREsp 2.453.994/SP, essa autorização sanitária excepcional foi considerada elemento juridicamente relevante para afastar a aplicação automática do Tema 990. O resultado foi admitir, nessas hipóteses, a obrigação de cobertura pelo plano de saúde, sem negar a autoridade do repetitivo, mas delimitando seu alcance diante de situação não enfrentada pela tese original.

Por sua vez, o *overruling* (superação) pressupõe ônus argumentativo também intenso. Não se trata de afirmar que o caso é diferente, mas de sustentar que a própria orientação anterior deve ser superada. O *overruling* autoriza a superação do entendimento anterior, quando sua continuidade já não se sustenta diante da evolução normativa, constitucional, social ou institucional. Isso acontece quando um tribunal, geralmente o mesmo que o proferiu, decide expressamente revogar um precedente, substituindo sua tese por uma nova.

Exemplo expressivo de *overruling* está na oscilação do STF sobre a execução provisória da pena: em 2016, no HC 126.292, admitiu-se a prisão após condenação em segunda instância; em 2019, nas ADCs 43, 44 e 54, o Tribunal superou esse entendimento e reafirmou a necessidade de trânsito em julgado, ressalvadas as hipóteses de prisão cautelar.

Na esfera cível, exemplo de *overruling* ocorreu na controvérsia sobre o rol da ANS. Em 2022, nos EREsps 1.886.929/SP e 1.889.704/SP, a Segunda Seção do STJ superou a orientação que tratava o rol como meramente exemplificativo e consolidou o entendimento de que ele é, em regra, taxativo, admitindo cobertura fora da lista apenas em hipóteses excepcionais. O julgamento uniformizou a divergência entre as Turmas de Direito Privado e fixou novo padrão decisório sobre a matéria.

Tanto no direito norte-americano quanto no brasileiro, o *distinguishing* funciona como técnica de criação e contenção do direito, cria caminhos para novas soluções e evita o engessamento decisório. Ainda assim, no Brasil, essa técnica tem sido mobilizada sobretudo para afastar a incidência automática de temas, súmulas e teses vinculantes, sobretudo em processos sobrestados por repetitivos ou repercussão geral.

É nesse espaço que a atuação do advogado especializado se torna determinante. Alegar *distinguishing* não é repetir que "o caso é diferente", mas, sim, reconstruir a *ratio* do precedente, demonstrar a diferença juridicamente relevante, preservar o debate nas instâncias ordinárias e formular pedido processualmente adequado.

Do mesmo modo, sustentar *overruling* não é manifestar mero inconformismo com jurisprudência desfavorável, mas, sim, demonstrar que o entendimento anterior perdeu consistência, congruência social ou aderência normativa.

A boa advocacia superior compreende que precedentes não são obstáculos absolutos, mas pontos de partida argumentativos. Dominar *distinguishing* e *overruling* é, portanto, dominar uma das linguagens centrais do processo contemporâneo: a linguagem que permite conciliar segurança jurídica, coerência institucional e justiça do caso concreto perante o STF e o STJ.

