



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O precedente judicial no sistema processual civil brasileiro: a problemática do regime dos recursos repetitivos

Felipe Pires Lopes de Barros

Rio de Janeiro
2013

FELIPE PIRES LOPES DE BARROS

O precedente judicial no sistema processual civil brasileiro: a problemática do regime dos recursos repetitivos

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação *Lato Sensu*.

Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a. Mônica Areal

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2013

O PRECEDENTE JUDICIAL NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: A PROBLEMÁTICA DO REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS

Felipe Pires Lopes de Barros

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj).

Resumo: Não é de hoje que a prestação jurisdicional encontra-se sobrecarregada. O asoberbamento do Poder Judiciário brasileiro fez com que cada vez mais fossem criadas técnicas de abreviamento do processo de julgamento para que se tentasse amenizar o descompasso da duração dos processos e os anseios de uma prestação jurisdicional mais célere. Nesse contexto, gradativamente o sistema brasileiro vem adotando, como uma dessas possíveis técnicas, a lógica dos precedentes judiciais para conferir a tutela jurisdicional ao direito material deduzido de forma adequada, célere e efetiva. Todavia, tem ocorrido uma importação acrítica de técnica do Direito estrangeiro. O objetivo, então, deste trabalho é traçar uma panorama sobre o tema para analisar de forma crítica o regime dos recursos repetitivo (art. 543-C do CPC) para fomentar maiores reflexões.

Palavras-chave: Prestação jurisdicional. Efetividade da Tutela jurisdicional. Precedentes judiciais. Recursos repetitivos.

Sumário: Introdução. 1. O direito jurisprudencial brasileiro. 2. Noção e importância da jurisprudência – o precedente judicial brasileiro. 3. O sistema processual civil brasileiro nos recursos repetitivos. 4. A utilização – falha – do direito jurisprudencial no sistema processual civil brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com a redução das barreiras que dificultavam o acesso à justiça, o Poder Judiciário brasileiro passou a estar asoberbado de demandas. No intuito de atender os anseios da sociedade de maior celeridade possível da prestação jurisdicional, vem sendo implementada técnicas de abreviação do processo de julgamento para que se alcance a decisão final com maior brevidade. Entretanto, tem sido importado aspectos da dinâmica do precedente judicial da

common law com a sua utilização de forma acrítica, sem que haja maiores reflexões a respeito de suas vantagens e desvantagens.

Atento a essas recentes transformações que vem ocorrendo na prestação jurisdicional, cujo objetivo tem sido proporcionar à sociedade um processo mais dinâmico e célere para que haja a efetividade do direito deduzido, é de se questionar se realmente a celeridade deve ser considerada um parâmetro máximo para nortear essas transformações por que o sistema vem passando. Até que ponto a prestação jurisdicional poderá estar sendo sacrificada? Faz-se, assim, necessário analisar a problemática do precedente judicial no sistema processual civil brasileiro.

Pretende-se problematizar um fenômeno recente de mudança na forma de se ensinar, estudar, pensar e aplicar o Direito brasileiro que cada vez mais se intensifica no país. Hoje, vem se tornando comum pensar o Direito brasileiro a partir do que os tribunais vêm decidindo, chegou-se, inclusive, ao ponto de os tribunais superiores – Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) – publicarem informativos de sua jurisprudência quinzenalmente.

Acontece que sempre se foi dito, quase que como um dogma, que o sistema jurídico brasileiro seria o do Direito codificado – *civil law* –, mas isso tem se modificado ao longo dos anos.

Essa mudança, que vem ganhando força no sistema brasileiro, em muito se aproxima com a dinâmica do precedente judicial da *common law*. Tem-se hoje um sistema de direito codificado intrinsecamente dependente das decisões judiciais. A jurisprudência hoje, sem sombra de dúvida, ocupa a função de uma das principais fontes do Direito brasileiro. Em razão da positivação de diversas técnicas de abreviação ou de aceleração do processo de julgamento pelos Tribunais, hoje no Brasil há um verdadeiro Direito jurisprudencializado, como diz Teresa Arruda Alvim Wambier em sua obra *Direito Jurisprudencial*.

Considerando esse contexto, faz-se um recorte temático para delimitar o presente trabalho a um ponto específico dentro do tema que se aborda. Será analisada e problematizada a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do Código de Processo Civil - CPC).

Acontece que cada vez mais se constata uma multiplicidade de casos com identidade de questão de direito a outros que já foram ou estão sendo apreciados pelo STJ. Atento a isso é que veio a previsão do art. 543-C do CPC no intuito de racionalizar os trabalhos na corte superior. Em linhas gerais, busca-se extrair o sentido da norma jurídica quando do julgamento de um caso paradigma para que a tese jurídica firmada sirva para aplicação em outras demandas semelhantes.

Contudo, há uma falta de cientificidade a respeito dessa técnica no ordenamento jurídico brasileiro. Por essa razão identifica-se a existência de algumas falhas que podem prejudicar o desenvolvimento salutar da prestação jurisdicional para o alcance da tutela jurisdicional. O trabalho, então, foi estruturado da seguinte forma.

O primeiro capítulo procura estabelecer alguns marcos de destaque que demonstram a incorporação de uma lógica de direito jurisprudencial ao sistema brasileiro.

O segundo capítulo pretende discorrer sobre a noção e a importância da jurisprudência e do precedente. Analisar se há identidade ou distinção entre essas noções, buscando delimitar uma e outra noção. Por fim, será identificada a sua importância. Tudo isso porque é fato notório que se vem implementando no sistema processual civil brasileiro toda uma mudança de perspectiva, a par de uma análise técnica dessas noções.

Já o terceiro aborda a questão do sistema processual civil brasileiro nos recursos repetitivos. Nesse momento será abordado o âmbito de incidência e quando deve ser aplicado o regime em questão. Em seguida, é expõe-se a dinâmica do recurso repetitivo. Todo esse funcionamento apresenta algumas controvérsias que, além de terem sido abordadas, também será

objeto de uma análise crítica para que sejam firmadas as premissas necessárias ao capítulo seguinte.

O quarto capítulo pretende problematizar a utilização dessa dinâmica e apontar que sua utilização no sistema processual civil é falha. Será feita uma análise crítica comparada do regime dos recursos repetitivos com precedente judicial da *common law*. Primeiro se apontará de forma crítica a distinção do modo pelo qual se alcançou a autoridade do precedente na *common law* e como isso tem ocorrido no Direito brasileiro. Em seguida será abordada as técnicas de conformação e confrontação do precedente judicial na *common law*. Nessa segunda comparação será constatada uma diferença significativa entre um e outro, sendo encontrada aqui as falhas da dinâmica do sistema brasileiro e como o STJ e o STF as trataram. Por fim, será abordado o anteprojeto do CPC e criticado pela ausência de enfrentamento da questão.

1. O DIREITO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO

Não é de hoje que o Direito brasileiro se vale de decisões judiciais como fonte do Direito¹⁻². Todavia, por questões de delimitação científica do trabalho, limita-se temporalmente a controvérsia sobre a égide da Constituição Federal de 1988.

¹ JOSÉ ROGÉRIO CRUZZ E TUCCI explica que no sistema português havia o princípio da interpretação autêntica das leis, que constituía na prerrogativa exclusiva do monarca em estabelecer a correta interpretação da lei. Tal prerrogativa era exercida quando dos julgamentos presidido pelo monarca das sessões da Casa de Suplicação. A sentença nesses casos era considerada precedente judicial com eficácia vinculante para os casos análogos. Essas decisões, por sua vez, eram registradas em um “livrinho” que denominavam de assentos. Ao lado dos assentos, também havia o estilo. Este correspondia à prática introduzida pelos juízes nos tribunais, era entendido então como a jurisprudência constante e uniforme dos tribunais superiores. Segundo o renomado processualista os assentos e os estilos podem ser os primeiros precedentes judiciais a serem considerados como fontes do Direito brasileiro, na medida em que à época estavam sobre e regência das Ordenações (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131-137).

² Fredie Didier Jr. Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, inclusive, faz o seguinte comentário: “[...] é relevante observar que o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, quer vinculado à família da *civil law*, quer vinculado à família da *common law* (como os Estados Unidos e Inglaterra). A diferença, na verdade está no grau da autoridade (eficácia) que possui” (Didier Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 4. ed. Salvador: Juspodvum, 2009, p. 385-386).

Primeiramente, ainda como considerações gerais, é pertinente ao presente trabalho fazer referência ao prof. Mauro Cappelletti. O autor italiano no início da década de 90, antes mesmo que se começasse a pensar numa aproximação dos sistemas, já anteviu que havia sinais de um processo poderoso avizinhamento deles. De fato, não é mais possível negá-la e são notórias as mútuas influências entre eles³. Portanto, as observações dele na época ainda são pertinentes, na medida em que cada vez mais os sistemas jurídicos estão mais próximos um do outro.

São as palavras do prof. Cappelletti⁴:

Resta, certamente, uma diferença de grau, mas esta também está desaparecendo e se atenuando. De vários anos a esta parte, ocorreu poderoso movimento de recíproco avizinhamento ente as duas grandes famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se igualmente sobre o plano do ordenamento judiciário e do direito jurisprudencial.

Atento a isso, passa-se a analisar o sistema brasileiro.

No sistema processual civil brasileiro, pós Constituição Federal de 1988, as mudanças ocorreram inicialmente na expansão dos poderes do relator. Em um primeiro momento, o art. 557 do Código de Processo Civil (CPC) foi alterado em 1995 pela Lei 9.139 de 30 de novembro para permitir que não mais apenas o juízo de admissibilidade fosse realizado de forma monocrática, mas também o de mérito. Com a Lei 9.756 de 17 de dezembro de 1998 chegou-se à redação atual que definitivamente demarcou a importância do direito jurisprudencial proporcionando uma verdadeira revolução no processo de julgamento nos órgãos colegiados⁵. É

³ No âmbito do sistema do *common law* pode-se mencionar, como exemplo o Código de Processo Civil Inglês – *Civil Procedural Rules (CPR)* – que foi elaborado em 1998. Caso se queira ter acesso, ele pode ser encontrado no seguinte endereço: <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules#pagetop> ou <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/3132/contents/made>. Links disponíveis para acesso em 24/04/2014.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão 1999, p. 123-124.

⁵ De fato, no âmbito do STF e do STJ tal mudança ocorreu com a Lei 8.038/90. A modificação do art. 557 do CPC em 1998 reproduziu o art. 38 daquela lei. A bem da verdade, o Código de Processo Civil esvaziou a previsão daquela lei, porque passou a permitir que a previsão dela fosse aplicada para todo e qualquer órgão colegiado e, inclusive, a atual redação do art. 557 atribui ao relator a possibilidade de atuar monocraticamente em hipóteses não contemplada pelo art. 38 da Lei 8.038/90. Portanto, é mais amplo e abrangente o dispositivo do Código. Nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de Processo Civil*, vol. V. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 681.

possível hoje, inclusive, o julgamento favorável ao recorrente de forma monocrática pelo relator, o que até então lhe era vedado⁶.

Outro marco de significativa expressão foi a Emenda Constitucional 45/04 que proporcionou uma reforma no Poder Judiciário. Essa Emenda trouxe a previsão da súmula vinculante e, portanto, um mecanismo que, por força do direito positivo, conferiu eficácia obrigatória a um determinado entendimento firmado pelo do Supremo Tribunal Federal em decorrência da análise de casos concretos⁷. Vale lembrar que a eficácia vinculante alcança os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A Lei 11.672 de 08 de maio de 2008 também trouxe outro instituto de significativa relevância para análise. Introduziu-se com ela o art. 543-C no CPC, o que a doutrina conveniou chamar de recurso repetitivo⁸. O Superior Tribunal de Justiça julga, por amostragem⁹, quando “houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”¹⁰. Por esse regime um único caso será analisado e julgado pelo STJ. Busca-se extrair o sentido da norma jurídica quando do julgamento de um caso paradigma para que a tese jurídica firmada sirva para aplicação em outras demandas semelhantes. Dessa forma, a decisão sobre a mesma controvérsia de direito, ou, nas palavras da lei, a questão de direito idêntica é que valerá para os demais. Evidencia-se, assim, que é de um único caso concreto que será extraído o resultado jurídico a que se pretende, em tese, delimitar como solução para situações semelhantes, o que muito se assemelha ao precedente judicial da *common law*.

⁶ MOREIRA, *op. cit.*, p. 680.

⁷ Enfatiza-se que este não será o foco da presente análise.

⁸ Câmara, Alexandre Freitas, *Lições de Direito Processual Civil*. vol. 2, 22.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.141; Didier Jr., Fredie; Cunha, Leonardo José Carneiro da., *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 3. 7. Ed. Salvador: Juspodvum, 2009, p. 319; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p.494;

⁹ Segundo as explicações de Luiz Henrique Volpe Camargo, ao citar Ada Pellegrini Grinover, essa técnica também é utilizada na Alemanha, Áustria, Dinamarca, Noruega e Espanha (nesta, só para contencioso administrativo) [Camargo, Luiz Henrique Volpe, *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 604].

¹⁰ CÂMARA, *op. cit.*, p. 141.

Percebe-se, com essa sucinta exposição, que o atual sistema processual civil brasileiro tem positivado mecanismos para proporcionar uma aceleração no processo de julgamento, valendo-se de instrumentos que tentam conferir eficácia obrigatória aos pronunciamentos dos tribunais¹¹. Portanto, a jurisprudência uniformizada¹² vem sendo utilizada como estratégia de aceleração do processo de julgamento para que se alcance a decisão final com maior brevidade¹³.

Limitou-se, porém, a exposição a algumas técnicas de abreviamento dos julgamentos implementadas pelo Legislador brasileiro para não se fugir o objetivo deste trabalho.

A título de exemplo podem ser citados: o julgamento de improcedência *prima facie* (art. 285-A do CPC), a dispensa do reexame necessário quando a sentença estiver baseada em jurisprudência do plenário do STF ou súmula de Tribunal Superior (Art. 475, §3º do CPC), a dispensa de remessa ao pleno ou ao órgão especial do tribunal em controle de constitucionalidade difuso (art. 481 do CPC), a súmula impeditiva de recurso (art. 518, §1º do CPC), a objetivação do controle de constitucionalidade com a implementação da repercussão geral como requisito de admissibilidade¹⁴, entre outros.

¹¹ Ressalva-se, porém, como já observado na nota 06 (seis) acima, por uma perspectiva histórica, desde o tempo das Ordenações já havia os assentos, que era a interpretação dos Tribunais com eficácia vinculante para os casos futuros semelhantes. Portanto, percebe-se que não é uma “novidade” em nosso sistema haver precedente obrigatório, já que desde as Ordenações já existia um instituto que previa essa possibilidade.

¹² Expressiva nesse sentido as seguintes Resoluções: (i) Res. 02 de 14 de janeiro de 2013 do Superior Tribunal de Justiça que institui o Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos na referida corte; e (ii) Res. 160 de 19 de outubro de 2012 que dispõe sobre a organização do Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar, Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e nos Tribunais Regionais Federais, e dá outras providências.

¹³ Nesse sentido, conferir Monnerat, Fábio Victor da Fonte, *A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 341-344.

¹⁴ Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p.1077: “Tem-se mudança radical do modelo de controle incidental, uma vez de que os recursos extraordinários terão de passar pelo crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário”.

Portanto, pode-se dizer, sem sombra de dúvida, que o Legislador pátrio vem buscando implementar mudanças na “cultura” jurídica brasileira para o desempenho da prestação jurisdicional. Patrícia Perrone, inclusive, faz a seguinte afirmação¹⁵:

Constata-se, assim, que o Brasil está vivendo um processo que conduz à valorização da jurisprudência como fonte do direito e que, em algumas hipóteses, lhe confere efeitos gerais e vinculantes, à semelhança das leis. Este fenômeno sugere o reexame dos tipos de eficácia reconhecidos aos precedentes brasileiros e da forma de operar com eles.

Toda essa mudança de paradigma defendida por parcela significativa da doutrina nacional é justificada pelo argumento de que são técnicas oriundas da dinâmica do precedente judicial da *common law* como um meio de assegurar a segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, isonomia, entre outros argumentos¹⁶. Todavia, ela é criticada por Georges Abboud como uma “verdadeira fetichização em relação ao *common law*”¹⁷.

Fato é que direito brasileiro de hoje está alicerçado nos pronunciamentos emitidos pelo Poder Judiciário, que, por força de lei, cada vez mais vem atribuindo força cogente aos casos julgados para que sirvam como parâmetros para a resolução de demandas futuras. Acontece que no sistema brasileiro hoje simultaneamente “temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (...) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano germânica”¹⁸. Portanto, como bem diz Fredie Didie Jr., é um sistema com características muito peculiares e com tradições jurídicas próprias que pode ser designado, sem ironias ou chiste, de *braziliam law*¹⁹.

Eis as explicações do renomado processualista baiano²⁰:

¹⁵ Mello, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.60.

¹⁶ Por todos conferir Marinoni, *op. cit.*, p. 121-189.

¹⁷ Abboud, Georges, *Precedente Judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 439.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 4. ed. Salvador: Juspodvum, 2009, p. 41- 42.

¹⁹ *Ibid.*, p. 43.

²⁰ *Ibid.*, p. 41-43.

Costuma-se afirmar que o Brasil é país cujo Direito se estrutura de acordo com o paradigma do *civil law*, próprio da tradição jurídica romano germânica, difundida na Europa continental.

Não parece correta essa afirmação.

O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (...) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano germânica.

(...)

Há controle de constitucionalidade *difuso* (inspirado no *judicial review* estadunidense) e *concentrado* (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.) de óbvia inspiração no *common law*. (...). No Brasil, embora a importância da opinião dos doutrinadores ainda seja bem significativa (característica do *civil law*), o destaque que se tem atribuído à jurisprudência (maca do *common law*) é notável, de que serve de exemplo a súmula vinculante do STF.

(...)

O pensamento jurídico brasileiro começa, inclusive, a ganhar autonomia, desvinculando-se de sua ascendência (...) é preciso romper com o ‘dogma da ascendência genética’, não comprovado empiricamente, segundo o qual o Direito brasileiro se filia a essa ou àquela tradição jurídica. (...). Temos *uma tradição jurídica própria e bem peculiar*, que, como disse um aluno em sala de aula, poderia ser designado, sem ironia ou chiste, como o *brazilian law*.

Feita essas considerações e constatações de que se tem hoje um direito jurisprudencial, será possível analisar a noção e a importância da jurisprudência.

2. NOÇÃO E IMPORTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA – O PRECEDENTE JUDICIAL BRASILEIRO:

Jurisprudência no sistema pátrio é uma noção equívoca, na medida em que há diversos sentidos e significados ao termo. Essa polissemia já é um indício da falta de tecnicidade científica que existe a seu respeito. Isso porque não se sabe ao certo o que se pode considerar

como jurisprudência de um Tribunal. Quais aspectos temporais e circunstâncias que permitem a sua identificação? Não existe qualquer critério para a sua caracterização²¹.

Costuma-se dizer que jurisprudência é o conjunto de decisões reiteradas de um Tribunal²². Essa definição, porém, é demais imprecisa. Não permite identificar elementos mínimos para uma identificação do que ela seria. Isso porque, por essência, um Tribunal produz uma série de decisões em seu dia a dia ao apreciar os diversos casos concretos postos para julgamento. E mais, pela variação de sua composição, com base na “convicção pessoal” do julgador também a prática revela que ocorrem mudanças abruptas do “conjunto reiterado” de decisões²³.

Além disso, os Tribunais hoje estão muito fragmentados pelo excesso de trabalho, de modo que seus órgãos fracionários proferem muitas decisões sem que elas reflitam necessariamente o entendimento do Tribunal, mas sim apenas de seu julgador com seus respectivos julgados²⁴. Dessa maneira, evidencia-se que a mera quantidade de decisões em um determina-

²¹ A título de curiosidade é interessante fazer menção aos *estilos* que havia no tempo das Ordenações. Os estilos nada mais eram que as práticas introduzidas pelos juízes nos tribunais e, por isso, entendiam-se como a *jurisprudência constante e uniforme dos tribunais superiores* (a Casa da Suplicação, da Cível e das Relações). O costume forense, porém, estabeleceu 03 (três) requisitos: (a) posicionamento não contrário à lei; (b) fosse suficiente antigo, 10 anos ou mais (constância); e (c) fosse confirmado em pelo menos 02 (duas) ou 03 (três) decisões (uniformidade). Tudo isso é explicado por TUCCI, *op. cit.*, p. 137.

²² Em sentido semelhante é clássica explicação de Miguel Reale ao dizer que: “para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal é necessário certo número que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.168).

²³ Fato esse que tem sido objeto de diversas críticas pela doutrina em razão da violação à segurança jurídica e à previsibilidade do Direito. Nesse sentido é a crítica de Teresa Arruda Alvim Wambier: “Evidentemente, esta liberdade [decidir ‘conforme a convicção pessoal’ só sentido da regra jurídica aplicável ao caso concreto], se levada às últimas consequências, pode fazer cair num vazio, transformar-se num *nada*, a intenção *racionalmente manifestada*, em dois relevantes momentos históricos [o caminho percorrido pela *common law* e pela *civil law*], no sentido de criar condições para *controlar* a arbitrariedade, gerando *previsibilidade*, como resultado do funcionamento de um sistema tendente à coerência e à harmonia” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Precedente e evolução do Direito*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p.27).

²⁴ Marinoni comenta que “[...] a lei é interpretada de diversas formas, e mais visivelmente, que os juízes do *civil law* rotineiramente decidem de diferentes modos os ‘casos iguais’ [...]” (*op. cit.*, p. 19).

do sentido, por si só, não tem mais qualquer relevância. Portanto, a compreensão difundida do que seria jurisprudência, do ponto de vista técnico, é inadequada e insuficiente²⁵.

Com isso em mente, procura-se neste ponto verificar se há alguma distinção entre precedente e jurisprudência.

Luiz Henrique Volpe Camargo entende que jurisprudência seria o conjunto de precedentes numa mesma direção sobre uma questão uma mesma questão de direito²⁶. Por essa razão a distinção entre os termos estaria apenas no aspecto quantitativo.

Eis a sua explicação:

A distinção básica entre *precedente* e *jurisprudência* reside na circunstância de que enquanto um *precedente* é substantivo singular, a *jurisprudência* é substantivo coletivo, e, para ser corretamente denominada como tal, deve se construir de um conjunto de decisões ou acórdãos uniformes, que reflitam o pensamento dominante de determinado tribunal ou, se possível, do Poder Judiciário inteiro²⁷.

Já Teresa Arruda Alvim Wambier²⁸ atenta que, em regra, nos sistemas de *civil law* os precedentes têm seu valor reconhecido quando num conjunto de outras decisões num mesmo sentido, na medida em que demonstra haver certo consenso a respeito da matéria. Excepcionalmente, é que uma decisão judicial pode se qualificar como um precedente. Por outro lado, na *common law* a regra geral é o inverso, uma única decisão judicial é de se considerar relevante para o sistema. Constata-se, com isso, que o aspecto quantitativo não necessariamente é o que diferencia uma coisa de outra, se é que efetivamente há diferença. O certo, na visão da autora, é que a perspectiva temporal que permite considerar uma decisão como um precedente ou jurisprudência.

²⁵ É quase o senso comum teórico que Luiz Alberto Warat se referia quando verificava discursos forjados pela prática sem qualquer cunho técnico ou senso crítico de conhecimento.

²⁶ CAMARGO, *op. cit.*, p.556

²⁷ *Ibid.*, p. 556

²⁸ WAMBIER, *op. cit.*, p. 16.

Michele Taruffo²⁹, a seu turno, afirma haver uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência. O precedente forneceria uma regra universalizável que depende de uma análise de um outro juiz num caso subsequente para confirmá-lo ou excluí-lo conforme os elementos de identidade ou de diferença entre o caso concreto e o paradigma. Se desse raciocínio no caso subsequente permitir a aplicação das razões de decidir do antecedente, este único caso poderá ser considerado suficiente para se caracterizar como um precedente. Já na jurisprudência as características seriam bastante distintas, pois, ao menos na grandíssima maioria dos casos, faltaria essa análise comparativa.

São as palavras do processualista italiano:

Por outro lado, como sempre acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que leva justamente a que se identifique uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência. O precedente fornece uma regra ('universalizável', como se disse) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou, como acontece de regra, da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalente os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma – por assim dizer – 'cria' o precedente. Além desse perfil – sobre o qual voltarei em seguida –, fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Note-se que, quando se verificam estas condições, um só precedente é suficiente a fundamentar a decisão do caso sucessivo. O emprego da jurisprudência tem características bastantes diversas. Primeiramente, falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na grandíssima maioria dos casos³⁰.

Com essas considerações, pode-se afirmar, sem dúvida, que há diferença entre a noção de jurisprudência e precedente.

O primeiro pode ser considerado um termo genérico na qual aquele está contido, de modo que seja compreendido como os pronunciamentos jurisdicionais de um determinado tribunal constante e uniforme a cerca de uma determinada questão jurídica. Dessa definição

²⁹ *Ibid.*, p.16, *apud* Taruffo, Michele. *Precedente e giurisprudenz.*, Napoli: Editoriale Scientifica SRL, 2007, p. 13-14).

³⁰ *Ibid.*, p. 16.

percebe-se que se tem 03 (três) elementos principais: (i) não ser um único caso isolado; (ii) haver uma uniformidade de sentido nas decisões; (iii) por certo período de tempo (constância). Percebe-se, então, que é postos de forma simultânea o critério da quantidade, da qualidade e da estabilidade.

Já o segundo pode ser compreendido, por sua vez, como o pronunciamento jurisdicional que estabelece, modifica ou extingue um determinado entendimento firmado por um órgão jurisdicional a respeito de questão jurídica cuja tese firmada deve ser aplicada em casos análogos futuros. Diferentemente da jurisprudência, o seu escopo é definir e pacificar controvérsias em razão da sua projeção para situações futuras. Então, o que se chama de “jurisprudência dominante” é o que aqui se denomina de precedente.

Considerando a noção de jurisprudência e de precedente, é inegável que a sua importância está na definição do alcance e do conteúdo das previsões normativas³¹.

Acontece que hoje já se reconhece que não é possível o legislador antever todas as situações a ser regulada pelo Direito. As relações sociais, por essência, são dinâmicas e estão em constante mudança, por isso passou a ser necessária a adoção de técnicas na elaboração das normas jurídicas que conferissem ao intérprete certa flexibilidade para adequação da norma ao fato³². Passou-se, então, a utilizar os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais e princípios para que a delimitação e o alcance da norma sejam atribuídos conforme as necessidades do caso pelo intérprete³³. Em razão disso, a importância da jurisprudência e do precedente é justamente tornar preciso e exato o alcance da norma.

³¹ Monnerat, Fábio Victor da Fonte, *A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 345

³² Nas palavras de Marinoni: “é interessante notar que, nessas hipóteses, o próprio legislador reconhece a sua impotência para regular todas as situações concretas e, igualmente, o seu dever de permitir a realização de um direito fundamental (...)” (MARINONI, *op. cit.* p. 87-88).

³³ MONNERAT, *op. cit.*, p. 346

3. O SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO NOS RECURSOS REPETITIVOS:

Inicialmente, deve-se tratar da incidência do disposto no art. 543-C do CPC.

A primeira observação a ser feita é no sentido de que se limita ao âmbito do recurso especial, não alcança o recurso extraordinário, apesar de neste existir dispositivo semelhante (art. 543-B do CPC). Em relação ao segundo, como uma diferença de um e outro, atenta-se que ele se limita a aferição da repercussão geral em casos de múltiplos recursos³⁴.

Uma segunda observação, inserida no ponto da incidência do artigo em questão, diz respeito quando é que se deve aplicar esse regime.

Alexandre Câmara faz uma interpretação restritiva, de modo que “a regulamentação estabelecida pelo referido art. 543-C do CPC e por seus parágrafos se aplica, tão somente, às assim chamadas ‘demandas repetitivas’”³⁵. Explica o autor que “demandas repetitivas” são aquelas que “são rigorosamente idênticas a incontáveis outras, distinguindo-se apenas por seus elementos subjetivos, mas sendo idênticas as causas de pedir e os pedidos”³⁶. Por essa razão, em seu entendimento, não é possível aplicar o artigo quando envolver discussão surgida sobre a mesma questão de direito. Dessa forma, a correta interpretação do artigo 543-C deve ser no sentido de que teria sido suscitada “a mesma questão de direito”, e não que tenha surgido “idêntica questão de direito”³⁷.

Isso tudo porque a razão de ser da previsão do art. 543-C do CPC seria a criação de um mecanismo que permitisse o STJ enfrentar uma única vez a questão de direito suscitada

³⁴ CÂMARA, *op. cit.*, p. 141.

³⁵ *Ibid.*, p. 141

³⁶ *Ibid.*, p. 141

³⁷ *Ibid.*, p. 141-142.

numa demanda, de modo que a decisão proferida no Tribunal Superior tivesse alcance para outros processos em que se discuta a mesma questão de direito³⁸.

Contudo, a doutrina majoritária e a jurisprudência do STJ não fazem essa distinção. Limitam-se a verificar a existência no processo de identidade de questões de direito³⁹, pouco importa se a questão tenha sido suscitada no processo ou tenha surgido ao longo do processo. Portanto, pela visão dominante, não seria necessária que se trate de questão inserida numa “demandas repetitivas”, basta que seja uma controvérsia que ocorra em múltiplos processos que ensejam múltiplos recursos sobre o mesmo tema.

Superado o âmbito de incidência do artigo. Passa-se a expor como se dá a identificação da questão de direito.

Segundo o Código de Processo Civil, a identificação pode se dá de 02 (duas) formas. A primeira, cabe ao Presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, o que acarretará a suspensão dos demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do STJ (art. 543-C, §1º do CPC). A segunda, ocorre quando não é adotada a providência anterior. O relator no Superior Tribunal de Justiça, então, é que identifica que há a multiplicidade de recursos sobre a questão de direito, cuja matéria já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afetada ao colegiado. O Ministro relator determinará a suspensão dos recursos nos Tribunais de origem até que a controvérsia esteja decidida (art. 543-C, §2º do CPC).

Um aspecto fundamental é a identificação do paradigma. Alexandre Câmara ressalta que a escolha deve ser feita com critérios qualitativos, isso é, “o recurso será considerado um representante adequado de controvérsia se enfrentar a questão analisando-a sob todas as pers-

³⁸ *Ibid.*, p. 142.

³⁹ Por todos Neves, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito Processual Civil, volume único*, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 3. ed., 2011, p. 766-768.

pectivas argumentativas”⁴⁰. Percebe-se, com isso, certa preocupação a respeito da identificação e delimitação do paradigma. O ilustre processualista chega ao ponto de dizer que “caso não exista um recurso assim, será preciso determinar a subida de tantos recursos quantos sejam necessários para que todas as possíveis abordagens da matéria sejam encaminhadas ao STJ”⁴¹.

Essa preocupação não passou despercebida pelo próprio STJ. Foi editada a Resolução 08 de 07 de agosto de 2008, cujo art. 1º, §1º prevê que, para a seleção do recurso representativo da controvérsia, a escolha recairá naqueles que “contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”.

José Miguel Garcia Medina também se mostra preocupado com a escolha do paradigma ao dizer que “é importante, no entanto, que, havendo recursos em sentido favorável ou contrário a uma dada orientação, sejam selecionados recursos que exponham, por inteiro, ambos pontos de vista”⁴².

Luiz Guilherme Marinoni⁴³, a seu turno, crítica à opção política feita pelo legislador. O renomado autor afirma que parece não ter sido adotada a melhor solução dar a um tribunal o poder de “eleger” aleatoriamente os recursos. Ele fundamenta a sua afirmação no argumento de que significaria um ato baseado no acaso ou no vazio de racionalidade, bem como viabilizaria uma chegada da questão de direito de forma prematura para julgamento, já que a controvérsia pode ainda não estar integralmente desenvolvida. Marinoni sustenta que teria sido mais adequado “deixar o primeiro caso chegar ao tribunal superior para que, a partir da sua resolução, ficassem os tribunais e juízos estaduais e federais obrigados em face do precedente então

⁴⁰ *Ibid.*, p. 142.

⁴¹ *Ibid.*, p. 142.

⁴² CAMARGO, *op. cit.*, p. 605, *apud* Medina, José Miguel Garcia, *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed., São Paulo: RT, 2009.

⁴³ MARINONI, *op. cit.*, p. 495.

formado”. Em seu entendimento, caso tivesse seguido isso, teria sido respeitado a lógica do desenvolvimento natural dos processos.

Fato é que feita a delimitação dos múltiplos recursos a serem analisados, haverá a suspensão com o sobrestamento do andamento de todos⁴⁴ os recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. Processado os recursos, é recomendável que seja admitida a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia para que atuem como *amicus curiae*⁴⁵ (art. 543-C, §4º do CPC). Após, deve ser dada a vista o Ministério Público para que no prazo de 15 (quinze) dias emita um parecer (art. 543-C, §5º do CPC). Transcorrido o referido prazo será, então, incluído em pauta para julgamento⁴⁶, com preferência em relação aos demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Julgados os recursos especiais representativos, para aqueles que estavam sobrestados ocorrem algumas possibilidades.

⁴⁴ Apesar da literalidade do artigo não ser tão abrangente, o STJ fixou entendimento que a suspensão alcança a todos os recursos, abrangendo, inclusive, as apelações pendentes de julgamento nos tribunais de segundo grau, e que a decisão que a determina é irrecorrível. Inclusive, não sendo possível o ajuizamento de ação cautelar inominada. Conferir: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MC 17.226 / RJ, Relator Ministro. Massami Uyeda, julgamento em 05/10/2010, DJe 17/11/2010, Terceira Turma, informativo 550; Ag 1.223.072 / SP, Relator Ministro Humberto Martins, julgamento em 09/03/2010, DJe 18/03/2010, Segunda Turma, informativo 426; REsp 1.111.743, Relatora originária Ministra Nancy Andrichi, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux julgamento 25.02.2010, DJe 21/06/2010, Corte Especial, informativo 424. Links para acesso, respectivamente: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1010008&sReg=201001441392&sData=20101117&formato=PDF; https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=950688&sReg=200901604163&sData=20100318&formato=PDF; https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=933606&sReg=200900345077&sData=20100621&formato=PDF. Disponível em 24/04/2014.

⁴⁵ CAMARGO, *op. cit.*, p. 607.

⁴⁶ Havia certa controvérsia a respeito da possibilidade de desistência do recurso especial selecionado como representativo da controvérsia. O STJ já apreciou a questão e a pacificou por maioria. O entendimento que prevaleceu foi no sentido de que o recurso estaria submetido a um regime especial pautado pelo interesse público, na medida em que há uma necessidade de pronta solução de resolução da questão de direito presentes em inúmeras outras demandas. Por essa razão não haveria um interesse que se submeteria a vontade das partes, de modo que não é admissível o pedido de desistência quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia. Houve dois entendimentos vencidos. Um, de que era possível a desistência por se tratar de ato unilateral. Outro, no sentido de que a análise da desistência se daria depois do julgamento da questão de direito tida por idêntica em múltiplos casos; logo, seria diferida a análise para que fosse atendido tanto o interesse público em ter a questão solucionada como o interesse das partes daquele caso. Conferir: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, QO no REsp 1.063.343 / RS, Relatora Ministra Nancy Andrichi, julgamento 17/12/2008, DJe 04/06/2009, Corte Especial, informativo 381. Link para acesso: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=845190&sReg=200801289049&sData=20090604&formato=PDF. Disponível em 24/04/2014.

A primeira delas é a hipótese do acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada no Superior Tribunal de Justiça. Nesse caso, o recurso terá seu seguimento negado e não subirá ao STJ. A outra é quando o entendimento firmado pelo STJ for diverso daquele que foi adotado no tribunal de origem. Caso isso ocorra, o inciso II do §7º do art. 543-C do CPC determina que seja novamente examinada pelo tribunal de origem a questão.

O Tribunal de origem, então, poderá se retratar para que seja proferida uma nova decisão em conformidade com o entendimento firmado no STJ. Quando não houver a retratação na origem, será realizado o exame da admissibilidade do recurso especial (art. 543-C, §8º do CPC). Para depois de então, sendo admitido o recurso, ser aplicado o entendimento firmado pelo STJ quando do julgamento da questão no regime do art. 543-C do CPC.

Observa Alexandre Câmara que não se pode afirmar que a decisão proferida pelo STJ terá eficácia vinculante⁴⁷. Até mesmo porque o Tribunal de origem pode não se retratar.

Marinoni, por outro lado, formula uma pesada crítica em relação a essa dinâmica. Em seu entendimento estaria positivada uma patologia de nosso sistema: “o desrespeito costumeiro à autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça”⁴⁸.

Em suas palavras⁴⁹:

A técnica do julgamento por amostragem e do sobrestamento dos recursos repetitivos constitui um paliativo ao grave problema da insubordinação à autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça – espoliado, pela prática forense, de sua missão constitucional de uniformizar a interpretação da lei federal. Ora, não são apenas os precedentes elaborados em “causas repetitivas” que devem ser respeitados pelos tribunais inferiores. E aqui surge outro sério problema: ao se criar fórmula para impor o respeito às decisões proferidas em “causa repetitivas”, corre-se o risco de se estar abrindo mão da autoridade natural de um tribunal superior em nome da agilização dos processos de massa – como se a razão de se fazer respeitar um precedente estivesse aí.

A celeridade da resolução das causas de massa é uma consequência do respeito ao Superior Tribunal de Justiça e à segurança jurídica.

⁴⁷ CÂMARA, *op. cit.*, p. 143.

⁴⁸ MARINONI, *op. cit.*, p. 495.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 495.

Ainda que se diga que não há eficácia vinculante, percebe-se, por uma interpretação sistemática da dinâmica exposta acima, que a lei atribui, em última análise, efeito obrigatório⁵⁰. Isso porque ou o Tribunal de origem adota o entendimento firmado pelo STJ quando do julgamento do recurso representativo da controvérsia, ou o recurso especial sobrestado, ao ser admitido, é remetido ao STJ para que lá seja aplicada a mesma solução jurídica. Caso assim não seja, será porque existem peculiaridades e circunstâncias que permitem dizer que não havia identidade da questão de direito e, por isso, não estaria alcançado pela incidência do art. 543-C do CPC. Portanto, dizer o contrário esvazia a razão de ser da existência de um regime diferenciado para os casos em que há multiplicidade de recursos com identidade de questões de direito discutida, além de sinalizar “o desrespeito costumeiro” à autoridade do STJ como alude Marinoni.

Em síntese, aqui, foi exposto o funcionamento do regime do art. 543-C do CPC e algumas controvérsias a esse respeito. No próximo será problematizado a sua aplicação.

4. A UTILIZAÇÃO – FALHA – DO DIREITO JURISPRUDENCIAL NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO:

Após a exposição do funcionamento do sistema processual civil brasileiro nos recursos repetitivos, é possível, agora, fazer a sua análise crítica, expor as falhas e abordar como o anteprojeto de um novo Código de Processo Civil tratou da matéria.

A primeira reflexão que deve ser feita envolve a maneira pelo qual o Direito Processual Civil brasileiro vem conferindo autoridade as decisões proferidas pelas cortes superiores.

⁵⁰ Luiz Henrique Volpe Camargo entende que “os precedentes fortes não têm efeito vinculante, mas tem sim elevadíssimo poder de influenciar em decisões futuras” (*op. cit.*, p. 613).

Para uma reflexão mais profunda, será feita uma comparação⁵¹ com o modo pelo qual os países da *common law* chegaram ao sistema dos precedentes judiciais.

O desenvolvimento da teoria do precedente e o *stare decisis* na *common law* decorre de um longo e contínuo processo evolutivo. Não surgiram ou se consolidaram repentinamente. Teresa Arruda Alvim Wambier⁵² afirma que há um “*continuum* histórico”, “um desenvolvimento ininterrupto, tendo sido acumulada a experiência e a sabedoria de séculos”. Além disso, inexistente qualquer regra expressa de que os precedentes deveriam ser vinculantes, eles paulatinamente foram ganhando essa qualidade. Explica a doutrinadora⁵³ que foi desenvolvido um processo de confiança nos precedentes.

Por essa razão é que, nas palavras de Georges Abboud⁵⁴, pode-se dizer que “na Inglaterra ou nos Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicitamente a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou que lhe atribua efeito vinculante”. Evidencia-se, então, que a decisão judicial no *common law* teria uma aproximação, correlação, com a autoridade de uma lei escrita do sistema do *civil law*⁵⁵.

Por outro lado, no Brasil não é bem assim que ocorre com o desenvolvimento do direito jurisprudencial.

Não há um processo natural longo e contínuo evolutivo. Ao contrário, tem-se um processo de mudança artificial. São implementadas modificações por uma – tentativa – de

⁵¹ Apesar de ser muito interessante a comparação por uma perspectiva histórica em que se constata a origem das diferenças dos sistemas, por questões de delimitação científica da abordagem deste trabalho sugere-se a leitura da obra Precedentes Obrigatórios de Luiz Guilherme Marinoni. O renomado autor explica, na parte inicial de seu trabalho, como a Revolução Francesa (sistema do *civil law*) e a Revolução Gloriosa (sistema da *common law*) influenciaram na formação de seus sistemas jurídicos, bem como a maneira pelo qual isso repercutiu no “perfil” e postura de seu respectivo magistrado.

⁵² WAMBIER, *op. cit.*, p.20.

⁵³ *Ibid.*, p. 21.

⁵⁴ ABBOUD, *op. cit.*, p. 493.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 508

imposições legislativas. Verifica-se uma ambição⁵⁶ de ser posta uma solução para “todos” os problemas da prestação jurisdicional por meio de um projeto legislativo⁵⁷. Parecem se esquecer que a utilização do precedente é mais uma questão cultural do que uma imposição legislativa⁵⁸.

Até mesmo porque nos países da *common law* os quase 07 (sete) séculos de tradição e debates ainda não conseguiram definir por completo e de forma unânime o que é exatamente vincula num precedente obrigatório⁵⁹. Todos reconhecem que é a *ratio decidendi*⁶⁰, mas não há consenso do que exatamente a compõe e a sua identificação. Majoritariamente se concorda com o que não pode ser por ela englobado, p.ex., o *obiter dictum*⁶¹. Entretanto, não é precisa qual seria a sua delimitação. Tudo isso porque, em essência, o precedente judicial é algo extremamente dinâmico e flexível que constantemente é confrontado para a sua exata determinação⁶².

Luiz Guilherme Marinoni, inclusive, atenta que não há correspondente específico do que seria a *ratio decidendi* no sistema processual brasileiro⁶³.

⁵⁶ De certa forma envolve um aspecto sociológico da cultura brasileira, que merecia maiores estudos pela literatura específica com um viés interdisciplinar, que é a pré-compreensão de que tudo pode ser resolvido com uma “canetada”.

⁵⁷ Nesse sentido conferir: ABOUD, *op. cit.*, p. 508 e Santos, Evaristo Aragão, *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p.194

⁵⁸ SANTOS, *op. cit.*, p. 194.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 194.

⁶⁰ Segundo Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *ratio decidendi* corresponde aos fundamentos jurídicos que embasam o precedente judicial, seria a tese jurídica fixada pelo órgão jurisdicional (*op. cit.*, p. 381). Patrícia Perrone afirma que constituiria a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores (*op. cit.*, p. 118). Já Marinoni afirma que é a razão de decidir, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão judicial. Todavia, ela não se confundiria com a sua fundamentação, local onde se encontra (*op. cit.*, p. 221). No mesmo sentido da observação de Marinoni, DIDIER Jr., BRAGA, OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 382.

⁶¹ *Obiter dictum* “consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão” (DIDIER Jr., BRAGA e OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 384). É interessante a explicação de Marinoni que o compara com a *ratio decidendi*. Diz ele que diferentemente da *obiter dictum*, a *ratio decidendi* seria um passo necessário e suficiente ao alcance da decisão; logo, as questões desnecessárias ao alcance da decisão seriam *obiter dictum* (MARINONI, *op. cit.* p. 234-235).

⁶² MARINONI, *op. cit.*, p. 223. No mesmo sentido Patrícia Perrone Campos Mello, *op. cit.* p. 119. Marinoni, inclusive, comenta alguns possíveis métodos utilizados para que se identifique a *ratio decidendi* de um precedente, p.ex., há o teste de Wambaugh, o método de Goodhart, entre outros (*op. cit.*, p. 224-228).

⁶³ MARINONI, *op. cit.* p. 222.

Parece, dessa maneira, acertada a crítica feita por Evaristo Aragão Santos⁶⁴, cujo teor é o seguinte: “É no mínimo ingenuidade, como o devido respeito aos que pensam diferente, acreditar que isso seria passível de ser alcançado, assim, impositivamente, apenas por meio do trabalho do legislador”.

Exposta essa primeira questão, passa-se a uma segunda etapa da reflexão que diz respeito propriamente à utilização do regime do art. 543-C do CPC. Aqui, também será realizada uma comparação com a *common law*.

Parece, como atenta Georges Abboud⁶⁵, que se pretende estabelecer no Brasil com o art. 543-C do CPC uma norma pronta e acabada que possa substituir as alegações das partes, a fundamentação e problematização do caso. É como se tornasse desnecessária a necessidade de interpretação da norma, o exame das alegações das partes e as circunstâncias e peculiaridades do caso.

Afirma também o autor que “esse é risco da utilização irrefletida dos arts. 543-B e 543-C do CPC, ou seja, com o intuito de assegurar uma aplicação isonômica e uniforme da legislação, ignora-se a individualidade e as particularidades de cada caso concreto, solucionando-se diversas demandas de forma automática [...]”⁶⁶.

Diferente, porém, é o processo na *common law*.

Como já dito acima, há uma constante confrontação com o precedente para que se obtenha a exata determinação da *ratio decidendi*. Por essa razão é que, quando se aprecia um caso concreto, a sua solução é alcançada a partir de uma análise de toda a cadeia de precedentes existentes que possam estar envolvido na discussão⁶⁷. Ao longo dessa análise, por meio

⁶⁴ SANTOS, *op. cit.*, p. 194-195.

⁶⁵ ABBOUD, *op. cit.*, p. 539.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 539.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 509.

de diversas técnicas, realiza-se a conformação e confrontação do caso concreto com os precedentes.

Tais técnicas, hoje, já estão conhecidas no Direito brasileiro por força do Direito Comparado. Há o *distinguish* que consiste na diferenciação do paradigma do caso concreto em razão de diferenças quanto aos fatos, às circunstâncias ou às especificidades nele contidos, de modo a se constatar que o paradigma não pode ser considerado como análogo ao caso concreto⁶⁸. Marinoni⁶⁹ explica que o alcance do precedente pode ser concebido de forma ampla ou restrita, quando muito abrangente ou quando muito específico. Por essa razão cabe ao juiz fundamentar no sentido de que a distinção é material e concreta para que haja uma justificativa convincente capaz de permitir o isolamento do caso concreto de seu suposto paradigma. Nessa perspectiva, pode-se perceber que o *distinguish* confere maleabilidade ao sistema na medida em que permite a alteração da *ratio decidendi* com a viabilização de pequenas correções ou uma maior delimitação de sua abrangência de incidência⁷⁰.

O *overruling* é o mecanismo no qual há a substituição do precedente por outro. Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira⁷¹ afirmam que se assemelha a revogação de uma norma por outra. Até porque comporta 02 (duas) modalidades. A primeira, *express overruling* quando o tribunal expressamente substitui o precedente para adotar uma nova orientação em outro precedente. A segunda, é o *implied overruling* que se opera quando se firma um novo precedente com uma tese incompatível com a do anterior, o que muito se assemelha o instituto da revogação tácita do sistema codificado. Cruz e Tucci⁷² esclarece que tal

⁶⁸ Neste mesmo sentido MARINONI, *op. cit.*, p. 326; MELLO, *op. cit.*, p.202; TUCCI, *op. cit.*, p. 174.

⁶⁹ MARINONI, *op. cit.*, p.327-330.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 327-330.

⁷¹ DIDIER Jr., BRAGA, OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 395.

⁷² TUCCI, *op. cit.*, p. 179.

substituição ocorre em razão do precedente ter sido considerado ultrapassado ou equivocado, o que demonstra também ser um sistema maleável⁷³.

Há também o *overriding*. Esse é como se fosse, no direito codificado, uma espécie de revogação parcial de uma norma⁷⁴. Explica Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira⁷⁵ que há uma superação parcial do precedente, e não total. Por isso Marinoni⁷⁶ diz que há apenas uma limitação ou restrição da aplicação do precedente num caso concreto. Trata-se, portanto, de uma limitação do âmbito de incidência de um precedente.

O *singaling* aponta para a importância dada a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais no *common law*. Evitam-se, aqui, modificações abruptas do entendimento do Tribunal. Antes de se adotar uma modificação de compreensão da questão, sinaliza-se para os jurisdicionados que haverá uma mudança do direito aplicável a determinadas circunstâncias⁷⁷. Por essa razão Marinoni afirma que a técnica da sinalização “[...] pavimenta o caminho para o *overruling* [...]”⁷⁸. Tem-se o objetivo, aqui, de tutelar a confiança depositada no precedente judicial⁷⁹.

Por fim, a *transformation* que se dá quando há a atribuição de um novo significado a um precedente. Patrícia Perrone esclarece que há “[...] a transformação ou a reconfiguração do precedente sem revogá-lo”⁸⁰. Mal comparando, seria semelhante à alteração de sentido sem a alteração de texto que ocorre na mutação constitucional. Marinoni chega a afirmar que evidencia, em verdade, a superação da tese jurídica do precedente no curso da história⁸¹.

⁷³ É possível também que haja a modulação dos efeitos. Há o *prospective overruling* e o *antecipatory overruling*. No entanto, esse nível de detalhamento não se faz necessário para o presente trabalho. Para maiores informações conferir TUCCI, *op. cit.*, p.179.

⁷⁴ DIDIER Jr., BRAGA, OLIVEIRA. *op. cit.* p. 396.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 396.

⁷⁶ MARINONI, *op. cit.*, p. 347.

⁷⁷ MELLO, *op. cit.*, p. 235-236.

⁷⁸ MARINONI, *op. cit.*, p. 338.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 340.

⁸⁰ MARINONI, *op. cit.*, p. 343.

⁸¹ *Ibid.*, p. 344.

Está evidenciado, com essa exposição sucinta das técnicas de conformação e confrontação do precedente judicial, o quanto maleável e flexível é o sistema existente nos países da *common law*.

Por outro lado, já no sistema brasileiro a dinâmica do art. 543-C do CPC é bem diferente. O funcionamento dos recursos repetitivos é rígido e estático. Aqui, parte-se de uma lógica em que um Tribunal Superior irá impor a “norma pronta e acabada”⁸² para os órgãos julgadores inferiores a ele, enquanto lá a norma é construída ao longo de diversos debates e discussões pelas diversas instâncias julgadoras até se chegar à solução jurídica.

Constatada a existência de certa rigidez do regime do art. 543-C do CPC, pode-se dar um próximo passo na presente reflexão dentro dessa segunda comparação com o precedente judicial da *common law*.

Trata-se da ausência de mecanismo de confrontação e conformação do caso concreto com o suposto paradigma, bem como a inexistência de mecanismo de revisão ou superação da tese firmada. Portanto, há um risco de engessamento do sistema processual civil brasileiro em razão de uma falha cometida na elaboração do regime do recurso repetitivo.

Julgado o recurso paradigma e publicado o acórdão do STJ, pelo Código de Processo Civil deverá ser adotada uma de duas possibilidades para os recursos especiais sobrestados na origem. A primeira, serem reexaminados pelo Tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do STJ (art. 453-C, §7º, II do CPC)⁸³. A segunda, terem seguimento denegado quando o acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada (art. 453-C, §7º, I do CPC).

Todavia, antes de ser adotada ou uma ou outra, faz-se necessário nos Tribunais de origem confrontar o caso que teve seu trâmite sobrestado com o caso paradigma. Deve-se

⁸² ABBOUD, *op.cit*, p. 539.

⁸³ Observa-se que não haverá o julgamento do recurso especial, mas apenas o reexame daquilo que foi julgado.

identificar a similitude das questões de direito apreciadas. E mais, não se pode deixar de considerar a sua inserção num determinado quadro fático existente que foi fixado nas instâncias ordinárias. Em outras palavras, deve ser identificada a tese jurídica firmada (*ratio decidendi*) em seu contexto jurídico, ou seja, contextualizada com as circunstâncias fáticas na qual ela está inserida⁸⁴. A inserção num contexto jurídico tem como razão de ser o fato de que a contextualização fática permite verificar a existência de peculiaridades num dado caso concreto que podem alterar de forma determinante as premissas sobre as quais se funda a tese jurídica firmada, de modo que ela pode vir a não ser a ele aplicado.

Significa dizer, portanto, que, caso haja peculiaridades no caso sobrestado que o diferencie do paradigma, àquele não deve ser aplicada a mesma solução firmada neste. O problema é que essa confrontação para aproximação ou diferenciação dos casos será feita apenas pelo Tribunal de origem, o que é passível de equívocos. A dúvida que se coloca é: qual é o meio recursal cabível contra a decisão que tenha denegado o recurso, que estava sobrestado na origem, quando o acórdão recorrido aparentemente coincidir com a orientação firmada no STJ, mas, em verdade, não tiver a mesma controvérsia de direito? Em outros termos: Qual é o mecanismo que permite a realização do *distinguish*?

De fato, a resposta para essa indagação é: não há previsão legal para isso. Mas e se houver o erro na confrontação e conformação dos casos?

⁸⁴ Em sentido semelhante, mas sem dar o enfoque para a importância da consideração da *ratio decidendi* inserida em seu contexto jurídico, são as palavras de Luiz Henrique Volpe Camargo: “Nos Tribunais de 2º grau, quem tiver a atribuição de fazer o juízo de admissibilidade do recurso deverá analisar um a um os casos cuja tramitação foi reativada, comparando a discussão jurídica neles travadas com a matéria decidida pelo STJ. Vale dizer, caberá ao desembargador responsável pelo juízo de admissibilidade decompor o *precedente forte* formado pelo julgamento do recurso piloto, separando a *essência da tese jurídica (ratio decidendi)* das *considerações periféricas (obiter dicta)*, para depois, se os casos forem *suficientemente iguais*, adotar um dos dois possíveis caminhos” (*op. cit.*, p. 609-610) [itálicos do original].

Na prática, o mecanismo que se tentou manejar foi o antigo agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC⁸⁵. Apesar de não ser a hipótese de previsão do referido recurso, foi feita uma interpretação ampliativa do seu cabimento para tentar levar a questão ao órgão *a quem*. Todavia, a tese não teve respaldo nos Tribunais, porque, em última análise, esvaziara a finalidade do próprio regime dos recursos repetitivos. Nesse sentido é o que firmou o STJ em precedente da sua Corte Especial⁸⁶:

QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 543 E 544 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

- Não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC.

Agravo não conhecido.

(QO no Ag 1154599 / SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgamento 16/02/2011, DJe 12/05/2011, informativo 463)

O STF, por sua vez, foi mais longe. Em uma decisão manifestamente inconstitucional e ilegal criou um meio de impugnação, o agravo regimental⁸⁷. É ilegal porque, como se sabe, pelo princípio da taxatividade só é recurso aquilo que lei federal estabelece como recurso⁸⁸. É inconstitucional porque o STF se avocou uma competência que não tem para criar uma previsão normativa para algo que não existia. Pior, ainda, porque também estabeleceu uma competência para os Tribunais de origem para hipótese em que não havia previsão no ordenamento.

Eis o precedente⁸⁹:

⁸⁵ **Art. 544.** Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

⁸⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, QO no Ag 1154599 / SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgamento 16/02/2011, DJe 12/05/2011, informativo 463. Link para acesso: https://ww2.stj.jus.br/revista_eletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=937926&sReg=200900659392&sData=20110512&formato=PDF. Disponível em 24/04/2014.

⁸⁷ Como não é objeto deste trabalho não se adentrará na discussão da constitucionalidade do agravo regimental.

⁸⁸ DIDIER JR., CUNHA, *op. cit.*, p.47. Princípio da taxatividade “consiste na exigência de que a enumeração dos recursos seja taxativamente prevista em lei. O rol legal dos recursos é *numerus clausus*. É o princípio segundo o qual recurso é somente aquele previsto em lei, não se podendo criar recurso por interpretação analógica ou extensiva, nem por norma estadual ou regimental”.

⁸⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça, QO AI 760358 QO / SE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento 19/11/2009, republicação DJe 19/02/2010, informativos 557 e 568, informativo 463. Link para acesso: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608471>. Disponível em 24/04/2014.

Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. 1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto asentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem. (AI 760358 QO / SE, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento 19/11/2009, republicação DJe 19/02/2010, informativos 557 e 568).

Além disso, percebe-se que a falha é ainda maior ao se constatar que não há a previsão de mecanismos de revisão ou superação da tese firmada em sede de recurso repetitivo. Em outros termos, diferente do sistema da *common law*, inexistente no sistema brasileiro instrumento para também viabilizar o *overruling* ou o *overriding*. Por essa razão, como dito acima, pelo panorama normativo existente, houve uma grave inversão de valores, ao ponto de deixar a cargo da legislação mudar os precedentes firmados em sede de recurso repetitivo⁹⁰.

No ponto, é expressiva a crítica de George Abboud⁹¹:

Ora, se a jurisprudência dos Tribunais Superiores adquire uma vinculação inexorável, que por meio do sobrestamento – verdadeira advocatória reformada – suspende diversos outros processos subjetivos, impedindo, por conseguinte, a subida de novos casos contendo a mesma questão jurídica, a única maneira que resta de se modificar essa atividade jurisprudencial é por via da legislação. Assim, no Brasil a teratologia é tamanha que desde as alterações legislativas promovidas em dezembro de 1994 (Leis 8.950, 8.951, 8.952, 8.953) que modificam o CPC, a lei passou a ser o instrumento de atualização da jurisprudência e não o contrário.

Em doutrina Luiz Henrique Volpe Camargo⁹² defende que deve ser utilizado, por analogia, o procedimento de revisão ou cancelamento de súmula vinculante previsto na Lei 11.417/2006 ou o previsto para revisão da tese de inexistência de repercussão geral previsto no art. 543-A, §5º do CPC. Todavia, por mais nobre que possa ser a intenção do referido autor, não parece adequado tecnicamente essa solução. Isso porque os meios que permitam sus-

⁹⁰ ABBOUD, *op. cit.*, p. 541.

⁹¹ *Ibid.*, p. 541.

⁹² CAMARGO, *op. cit.*, p. 615.

citar a revisão ou o cancelamento de uma tese jurídica firmada estão relacionados com o princípio do devido processo legal.

Pelo referido princípio, em sua perspectiva formal, é assegurado aos jurisdicionado “o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto [...]”⁹³. Desse modo, não é possível estabelecer mecanismos para viabilizar a revisão ou o cancelamento de uma tese jurídica de *lege ferenda*, pois devem estar estabelecidos em lei.

Acontece que, por mais criticável que possa ser do ponto de vista técnico essa tentativa de solucionar a falha decorrente da ausência de instrumento que permita a revisão ou o cancelamento do precedente firmado no regime do recurso repetitivo, dada à importância a que se deve dar ao direito material e o caráter instrumental do direito processual, entre uma falha e outra, é preferível no atual panorama normativo optar-se pela que mais favorece o jurisdicionado. Até mesmo porque é assegurado como garantia fundamental a inafastabilidade da jurisdição quando houver lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988).

Portanto, está evidenciado as falhas do sistema processual civil brasileiro com a importação acrítica de uma lógica semelhante a dinâmica dos precedentes judiciais da *common law*. Fato é que com o regime dos recursos repetitivos conseguiu-se estabelecer algo inusitado. Possibilitou-se a existência de formação de precedentes, mas não existe o espaço para discussão a respeito de sua aplicação para a sua adequada formação. Em outras palavras, importou-se apenas parte da dinâmica do precedente judicial da *common law*, na medida em que foi esquecido os debates em torno da sua conformação que permitem justamente a formação de um paradigma para os casos futuros.

⁹³ DIDIER Jr., *op. cit.*, p. 38

Barbosa Moreira, inclusive, afirma que “[...] é sempre possível que haja aí argumentos novos, até então não considerados”, prossegue defendendo que é preferível suportar a maior carga de trabalho do que contribuir para a fossilização da jurisprudência, eis que “a lei do menor esforço não é necessariamente, sob quaisquer condições, boa conselheira”⁹⁴.

Por fim, cabe comentar que o anteprojeto de Código de Processo Civil traz algumas modificações no regime dos recursos repetitivos. Entretanto, em nada afeta o presente trabalho, pois as alterações não tratam das questões que aqui se pretendeu analisar, problematizar e criticar. Todas elas foram no sentido de estreitar mais a aproximação com a dinâmica do precedente ao determinar que seja aplicada a tese firmada aos casos posteriores⁹⁵. Continuará a não haver qualquer previsão para que fossem superadas as falhas aqui apontadas. Por essa razão, seja no Código de 1973, seja com a aprovação de um novo Código, em nada estará afetado o teor do presente trabalho, na medida em que as mesmas falhas estão também presentes no anteprojeto. Portanto, por essa razão deve ser criticado o anteprojeto no ponto, devido à ausência de enfrentamento da questão.

CONCLUSÃO:

Com a presente reflexão, chega-se a alguma conclusões.

Pôde-se perceber que o sistema brasileiro não se conforma mais com exatidão ao sistema da *civil law* nem da *common law*. Fato é que há um verdadeiro sistema híbrido, o Direito

⁹⁴ MOREIRA, *op. cit.* p. 646.

⁹⁵ Nesse sentido são os seguintes artigos do anteprojeto de Código de Processo Civil. “Art. 958. Sobrevindo, durante a suspensão dos processos, decisão da instância superior a respeito do mérito da controvérsia, o juiz proferirá sentença e aplicará a tese firmada”. “Art. 956. Sendo decidido o recurso representativo da controvérsia, os demais órgãos fracionários ou declararão prejudicados os recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese”. Percebe-se no primeiro que não há como negar o efeito obrigatório. Já no segundo, por uma interpretação sistemática, que o dispositivo irá determinar, caso aprovado tal como redigido, ou o recurso estará prejudicado por já estar em conformidade com a tese firmada, ou será aplicada a tese firmada quando não estiver de acordo com a tese firmada. Os dispositivos podem ser encontrados no seguinte link: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Disponível em 24/04/2014.

brasileiro hoje se encontra baseado principalmente na “jurisprudência”. Desse modo, não seria nenhum absurdo o reconhecimento da existência de um “*brazilian law*”, tal como afirma Fredie Didier Jr. Portanto, tem-se hoje um direito jurisprudencial. Todavia, faz-se necessária a reflexão se a maneira pelo qual isso vem ocorrendo é vantajosa para o sistema brasileiro ou se trata apenas de uma “verdadeira fetichização em relação ao *common law*”, como criticado por Georges Abboud.

Ao comparar o regime dos recursos repetitivos com o precedente judicial da *common law*, verifica-se o quanto a utilização do direito jurisprudencial no sistema brasileiro é falha.

O principais problemas estão relacionados com a importação incompleta e acrítica da dinâmica do precedente da *common law*. Não há mecanismos de diferenciação do caso paradigma com o caso em análise no sistema brasileiro. O STJ e STF, porém, firmaram entendimento de constitucionalidade e legalidade duvidosas para solucionar esse primeiro equívoco.

Além disso, pôde-se também identificar que o problema é ainda mais grave quando se constata que também não há meios judiciais para revisão ou superação da tese firmada. Por essa razão, em última análise, ficou a carga de a legislação modificar aquilo que o STJ definir como resolução da controvérsia de direito que se repetir em múltiplos casos, o que, sem dúvida, é uma grande inversão de valores, como atenta Georges Abboud.

Considerando tudo isso, nota-se que há um risco de engessamento do sistema processual civil brasileiro em razão de uma falha cometida na elaboração do regime do recurso repetitivo. O anteprojeto do CPC, por outro lado, deve ser igualmente criticado por manter as mesmas falhas apontadas.

Em razão das falhas apontadas, há uma tendência de perda de qualidade jurídica, caso o ideal de celeridade acima de tudo se perpetue. Isso porque a inexistência de mecanismos e técnicas de conformação, confrontação, revisão e superação da tese firma no caso paradig-

ma. O que poderia, então, ser uma técnica bem vinda pode se transformar em uma automação do processo de julgamento em prejuízo da adequada análise e compreensão do direito.

Tal como posto o regime dos recursos repetitivos, ele se revela inadequado, do ponto de vista científico, para o sistema processual civil brasileiro. Até mesmo sendo de duvidosa constitucionalidade por afronta ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Isso porque não há mecanismos que possibilitem o debate para a formação do precedente, há apenas a sua aplicação e ponto por parte dos Tribunais. Daí se questionar se a adoção desse sistema no atual quadro normativo poder vir a ser realmente uma solução para o assoberbamento do Judiciário, principalmente, das cortes superiores como se pretende com a sua utilização.

Contudo, acredita-se ser positiva a adoção de uma sistemática de precedentes judiciais brasileiros. Faz-se necessário para isso, primeiro, superar as falhas aqui apontadas para, posteriormente, de forma crítica, organizada e sistemática estruturar um regime próprio dotadas de características adequadas ao sistema processual civil brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de Direito Processual Civil*. vol. 2, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 4. ed. Salvador: Juspodvum, 2009.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2., 4. ed. Salvador: Juspodvum, 2009.

_____; Cunha, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, 7. ed., Salvador: Juspodvum, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de Processo Civil*, vol. V, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito Processual Civil*, volume único, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2004

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.