

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Breno José Antonio Góes Cruz

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO CPC/2015: UMA ANÁLISE
ACERCA DA SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE.**

Belém

2018

Breno José Antonio Góes Cruz

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO CPC/2015: UMA ANALISE
ACERCA DA SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE.**

Trabalho de Curso apresentado como requisito
parcial para obtenção de grau em Bacharel em
Direito do Centro Universitário do Pará
(CESUPA)

Orientador: Prof. Dr. Adelman Oliverio Silva

Belém

2018

Breno José Antonio Góes Cruz

**A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO CPC/2015: UMA ANALISE
ACERCA DA SUA (IN) CONSTITUCIONALIDADE**

Trabalho de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau em Bacharel em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA)

Banca examinadora:

Apresentado em: ___/___/___

_____ - Orientador
Prof. Dr. Adelman Oliverio Silva
Centro Universitário do Estado do Pará

_____ - Examinador (a)
Centro Universitário do Estado do Pará

À minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

Finalmente chega ao fim uma longa trajetória de quase 5 anos, que representa o final e o começo de uma etapa na minha vida. Em uma caminhada tão longa muitos agradecimentos são devidos, tendo isso em mente, venho demonstrar a minha gratidão a todos que contribuíram para a conclusão do presente trabalho e principalmente desta trajetória.

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me dado a oportunidade de viver ao lado de pessoas especiais e por iluminar meu caminho nos momentos de dificuldade.

Agradeço também aos meus pais, José Irandi Cruz Filho e Maria do Perpétuo Socorro Góes Cruz. Saibam que o maior orgulho da minha vida é ser filho de vocês, tudo que eu almejo e em todos os meus planos está gravada a vontade de retribuir tudo que vocês representam pra mim. Sem vocês nada seria possível e tudo o que eu sou e tenho hoje devo a vocês que são imprescindíveis na minha vida e possuem a minha eterna gratidão.

Sou grato também às minhas irmãs, Bianca Góes Cruz e Beatriz Góes Cruz, que sempre me incentivaram e me apoiaram nas minhas decisões e no meu caminho. Em especial à minha irmã Bianca que já abdicou de boa parte de seu tempo para me auxiliar.

Registro também meu agradecimento aos meus primos, que considero como irmãos, Fabio Góes Koury, Victor Góes Koury e Fernando Cruz Lima que sempre estão presentes em todos os momentos da minha vida, oferecendo apoio e companheirismo.

Sou grato a todos os meus demais familiares (avós, primos, tios e tias) que sempre estão na torcida, em especial àqueles formados no campo do direito e que por isso servem de inspiração, os meus tios Fábio Theodorico Ferreira Góes, José Ferreira Góes e Paulo Cruz que muito contribuem em meu aperfeiçoamento humano e profissional, sempre servindo de exemplo na minha trajetória, e às minhas tias, Gisele Góes e Ivana Cruz.

Agradeço a todos os professores que contribuíram de alguma forma para a minha formação acadêmica, especialmente ao professor Adelman Olivério que tive a honra de tê-lo como orientador, e à professora Emilia Farinha que a todos incentiva, no seu modo especial, inclusive no campo pessoal.

Agradeço também a todos os demais funcionários do Centro Universitário do Pará, que também contribuíram nessa caminhada, em especial à nossa querida Rosely, com a qual compartilhei bons momentos no Núcleo de Prática Jurídica.

Por fim não poderia deixar de mencionar aqueles que fizeram parte da minha rotina durante toda essa trajetória, meus amigos, que tornaram essa etapa da minha vida mais leve e

que vou levar para toda a vida. Dentre eles menciono Heitor Moura, Lucas Puget, Leonardo Norat, Gabriel Margalho, Erika Laryssa, Yuri Maia, Samuel Holanda e Mateus Rabelo. Agradeço, em especial, ao meu amigo Lucas Eduardo e à minha querida amiga Luiza, que sempre se fez presente, representando um dos meus principais apoios nesta trajetória, gerenciando crises e compartilhando momentos especiais comigo.

A todos, renovo os meus mais sinceros agradecimentos, nada seria possível sem vocês.

RESUMO

Dentre as mudanças introduzidas pelo novo Código de Processo Civil (CPC/2015), que entrou em vigor em 2016, destaca-se criação de um novo sistema de precedentes vinculantes, refletindo uma tendência contemporânea de aproximação entre os sistemas de Common Law e Civil Law. A inegável valorização dos precedentes, evidenciada principalmente nos Artigos 489, 926, 927 do CPC, se justifica como uma medida apta a superar um quadro de incerteza e insegurança decorrente de decisões conflitantes, concretizando direitos fundamentais como a segurança jurídica e a isonomia. No entanto, para alguns, sob argumentos materialmente aceitos pela Constituição, a nova sistemática de precedentes introduzida pelo CPC/2015 foi construída sem respaldo específico na Constituição Federal, ao legislar acerca de matéria constitucional, motivo pelo qual parte da doutrina diverge acerca de sua constitucionalidade. Diante da celeuma instaurada, esta monografia tem por objetivo analisar as principais críticas que o sistema de precedentes vinculantes instituído pelo CPC/2015 sofre, perpassando para isso, pela teoria dos Precedentes Judiciais e pelo estudo do Controle de Constitucionalidade, para ao final nos posicionarmos acerca da problemática.

Palavras-chave: Precedentes Vinculantes, Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

Among the changes introduced by the new Code of Civil Procedure (CPC / 2015), which came into force in 2016, we highlight the creation of a new system of binding precedents, reflecting a contemporary trend of approximation between Common Law and Civil Law systems. The undeniable valuation of precedents, evidenced mainly in Articles 489, 926, 927 of the CPC, is justified as a measure capable of overcoming a framework of uncertainty and insecurity arising from conflicting decisions, materializing fundamental rights such as legal certainty and isonomy. However, for some, under arguments materially accepted by the Constitution, the new precedent system introduced by CPC / 2015 was built without specific support in the Federal Constitution, when legislating on constitutional matter, which is why part of the doctrine diverges about its constitutionality . In the face of the insurrection, this monograph aims to analyze the main criticisms that the system of binding precedents instituted by the CPC / 2015 suffers, through this, by the theory of Judicial Precedents and by the study of the Control of Constitutionality, in order to finally position ourselves on of the problem.

Key words: Binding Precedents, Judicial Review

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O PRECEDENTE JUDICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	13
2.1 Um apanhado sobre a Teoria dos Precedentes Judiciais	13
2.1.1 Contextualizando o tema à luz dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos	13
2.1.2 O conceito de Precedente Judicial	15
2.1.3 Compreendendo a <i>Ratio Decidendi</i> e o <i>Obter dictum</i>	18
2.1.4 Técnica de aplicação: <i>Distinguishing</i>	22
2.1.5 Técnicas de superação de precedentes: Overruling e Overriding	24
2.1.6 Tipos de Eficácia	24
2.2 O novo Sistema de Precedentes Judiciais Vinculantes introduzido pela Lei 13105 (CPC/2015)	26
2.2.1 Evolução na valorização dos Precedentes Judiciais: Da persuasão à obrigatoriedade	27
2.2.2 As normas fundamentais que introduzem o Sistema de Precedentes Vinculantes no Código de Processo Civil	28
2.2.2.1 O dever do Judiciário.....	29
2.2.2.2 O dever de fundamentação	30
2.2.2.3 Modificação de entendimento, efeitos e modulação	31
2.2.2.4 A eficácia dos precedentes Judiciais.....	33
2.2.2.4.1 Os Precedentes Judiciais persuasivos	35
2.2.2.4.2 Os Precedentes Judiciais de eficácia intermediária	35
2.2.2.4.3 Os Precedentes de eficácia em sentido forte	35
3 UM BREVE ESTUDO ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.....	40
3.1 Noções fundamentais ao controle de constitucionalidade.....	40
3.1.1 Conceito material e formal de Constituição.....	40
3.1.2 O Controle de Constitucionalidade.....	41
3.1.2.1 Formas ou modalidades de Controle de Constitucionalidade_	43
3.1.2.1.1 Controle Judicial e Controle Político	44
3.1.2.1.2 Controle Preventivo e Repressivo	44

3.1.2.1.3 Controle Incidental e Principal e Controle Abstrato e Concreto	45
3.1.2.1.4 Controle Judicial Difuso e Concentrado.....	46
3.1.2.2 O Modelo Brasileiro de Controle de Constitucionalidade.....	47
3.2 As Espécies de Inconstitucionalidade	49
3.2.1 Inconstitucionalidade Formal e Material	49
3.2.2 Inconstitucionalidade Originária e Superveniente.....	50
3.2.3 Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão	52
3.2.4 Inconstitucionalidade direta e indireta.....	54
3.2.5 Inconstitucionalidade total e parcial.....	54
4 A (IN) CONSTITUIONALIDADE DOS PRECEDENTES VINCULANTES.....	56
4.1 Críticas acerca da inconstitucionalidade do sistema de precedentes vinculantes: as teses encontradas na doutrina.....	56
4.1.1 Juiz boca da lei ao juiz boca de tribunal: violação da independência funcional dos magistrados	56
4.1.2 A violação da separação de poderes: O poder judiciário legisla?	58
4.1.3 O IRDR e a violação ao direito de ação.	59
4.1.4 O IRDR e a violação de competências constitucionais: a vinculação dos juizados especiais e as novas hipóteses de cabimento de reclamação	60
4.1.5 O IRDR e a Violação ao contraditório.....	61
4.2 A Constitucionalidade dos Precedentes Vinculantes.....	62
4.2.1 Desconstruindo as teses críticas.....	61
4.2.2 A necessidade dos precedentes vinculantes.....	69
4.2.2.1 A vinculação aos precedentes e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.....	69
4.2.2.2 Os Precedentes Vinculantes como instrumento de efetivação de direitos fundamentais.....	72
5 CONCLUSÃO.....	136
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro tradicionalmente adotou o sistema jurídico de *Civil Law*. Nesse sistema, apesar de haver preponderância das leis, há espaço para os precedentes judiciais. A diferença é que neste sistema, em regra, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas não obriga o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão anteriormente proferida, ou seja, nesse sistema, o precedente não assume uma força normativa vinculante, se atendo a um nível de persuasão ou no máximo a um nível médio de observância.

Não obstante os sistemas jurídicos de *Common Law* e *Civil Law* sejam diferentes, eles não são excludentes. Percebe-se na contemporaneidade uma tendência de aproximação entre eles. Países que tradicionalmente adotaram o sistema de *Common Law* estão progressivamente conferindo maior importância às leis, e a seu modo, os países que tradicionalmente aderiram ao *Civil Law* estão paulatinamente conferindo maior importância aos precedentes judiciais.

Neste segundo caso, insere-se o Código de Processo Civil que entrou em vigor em março de 2016, introduzindo significativas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. Com propostas inovadoras o Código teve como principais objetivos: a segurança jurídica, a isonomia, a celeridade processual, a eficiência, a garantia de acesso à justiça e uma modernização do ordenamento jurídico brasileiro. Tais inovações visam, resumidamente, superar um quadro de incerteza e insegurança decorrente de decisões conflitantes proferidas pelos tribunais e pelos juízes de direito, e nesse sentido foi a intenção do Código ao desenvolver uma teoria dos precedentes judiciais, atribuindo nova feição vinculante aos precedentes, enquanto instrumentos aptos a lidarem com a dura realidade do Judiciário brasileiro que vem, paulatinamente, perdendo a sua credibilidade com a sociedade.

No entanto, as louváveis propostas implementadas pelo Código de Processo Civil, com o intuito de mudar essa realidade, no que se refere à atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais, esbarra em questões de cunho constitucionais que contestam a sua legitimidade e que por isso precisam ser analisadas a fundo.

Nesse contexto, o presente trabalho busca enfrentar como tema principal, a questão da constitucionalidade da atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais instituídos pelo Código de Processo Civil.

A metodologia adotada para a presente monografia será o levantamento bibliográfico, com a utilização de livros e artigos de doutrinadores nacionais.

Primeiramente será realizado um estudo acerca dos principais aspectos que envolvem a teoria dos precedentes judiciais, bem como a forma que se apresentam no ordenamento jurídico brasileiro a partir do novo Código.

Posteriormente, será realizado um breve estudo acerca do controle de constitucionalidade no Brasil a fim de que possamos compreender o modelo adotado e as espécies de inconstitucionalidade existentes em nosso ordenamento.

Por fim, será analisado sob quais argumentos os críticos à introdução de um sistema de precedentes vinculantes baseiam suas teses, para ao final adotarmos o posicionamento que julgamos ser o mais adequado.

2 OS PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

2.1 Um apanhado sobre a Teoria dos Precedentes Judiciais

É fundamental para o presente trabalho a compreensão dos Precedentes Judiciais. O desenvolvimento de uma teoria dos precedentes judiciais é tarefa realizada por boa parte da doutrina que, em muitos momentos, não encontra consenso sobre sua aplicabilidade e dinâmica. No entanto há um núcleo de institutos que corriqueiramente são apontados por diversos doutrinadores, que serão estudados para que possamos entender a inovação introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015.

2.1.1 Contextualizando o tema à luz dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos

Antes de adentrar no estudo do precedente judicial, é necessário compreender os sistemas jurídicos contemporâneos, para que se entenda o contexto de aplicação da teoria dos precedentes judiciais na realidade brasileira, tendo em vista tratar-se de um instituto do direito que tem origem na tradição do sistema jurídico de *Common Law*.

O tratamento conferido à lei e aos precedentes pelo direito varia de acordo com o sistema jurídico adotado, podendo identificar-se dois tipos de sistemas: o sistema de *Civil Law* e o sistema de *Common Law*. Ainda que os referidos sistemas priorizem fontes diferentes, importante notar desde já que em ambos existem precedentes, o que varia é a importância dada a eles. No mesmo sentido Fredie Didier:

Não se pode dizer, portanto, que só há precedente em países de common law; Há precedentes em todo canto, mas os países da tradição jurídica do common law prestam - lhes, como é notório, uma reverência a especial, atribuindo- lhes, muita vez, eficácia normativa (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg. 453).

No sistema de *Civil Law* as leis são as principais fontes do direito, sendo que, as decisões judiciais, via de regra, não são dotadas de efeitos vinculantes, isto é, não são de observância obrigatória para casos futuros, mas apenas para casos concretos possuindo assim uma característica de fontes secundárias do direito. Esse sistema contempla a visão do formalismo clássico, que fundamenta a ideia de segurança jurídica a partir da observância pura e simples aos comandos da lei visando garantir ao cidadão a previsibilidade no julgamento dos casos concretos. No entanto, a aplicabilidade desse sistema mostra-se frágil a

partir do momento em que não leva em conta os diversos modos de interpretar a lei, gerando assim decisões conflitantes e não uniformes (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016).

Por outro lado, no *Common Law* as decisões judiciais são as principais fontes do direito, possuindo efeitos vinculantes erga omnes, ou seja, a decisão proferida em um caso concreto tem aptidão para se reproduzir em casos futuros semelhantes. No sistema de *Common Law* a norma jurídica é extraída da decisão judicial de um caso concreto e utilizada para solucionar casos futuros semelhantes (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016).

Não obstante os sistemas jurídicos de *Common Law* e *Civil Law* sejam diferentes, eles não são excludentes. Percebe-se na contemporaneidade uma tendência de aproximação entre eles e a consequente formação de um sistema misto, em virtude do fato de que ambos são aptos a lidarem da melhor forma com problemas distintos da sociedade, ou seja, onde um sistema falha o outro consegue obter êxito. Quer-se dizer com isso que países que tradicionalmente adotaram o sistema de *Common Law* estão progressivamente conferindo maior importância às leis, e a seu modo, os países que tradicionalmente aderiram ao *Civil Law* estão paulatinamente conferindo maior importância aos precedentes judiciais, e nessa segunda realidade insere-se o ordenamento jurídico brasileiro (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, Pg. 639).

Vale notar que não são todos os doutrinadores que concordam com essa aproximação entre os sistemas jurídicos. Para Lênio Streck (2016) a adoção de precedentes judiciais representa uma apropriação inadequada de outra cultura, que para ele, é aplicada erroneamente pelos tribunais brasileiros. No entanto, devemos compreender a utilização do precedente não como uma apropriação inadequada de outra cultura, mas como o resultado natural de um processo de amadurecimento na teoria da interpretação e na teoria do direito, de modo que, o legislador foi percebendo esta mudança e iniciou um movimento de recepção dos precedentes judiciais (ZANETI e PEREIRA, 2016).

O sistema brasileiro foi, tradicionalmente, estruturado sobre os preceitos do *Civil Law*, onde acreditou-se que a lei seria suficiente para a correta e justa aplicação do direito como prova o Código de Processo Civil de 1973 que define da lei como fonte primária e única do direito e o rebaixamento da jurisprudência a um papel subsidiário e meramente persuasivo (art. 126 do CPC/1973) (ZANETI e PEREIRA, 2016).

No entanto, segundo Luis Roberto Barroso e Patrícia Campos Mello (2016), dois fatores fizeram com que verificássemos que apenas a lei não era suficiente para lidar com os problemas do Poder Judiciário, seriam eles: o caráter estático das leis e a massificação do acesso à justiça.

Primeiramente, com relação ao caráter estático, quer-se dizer que a lei não acompanha o desenvolvimento da sociedade de modo que ao passar do tempo ela vai paulatinamente sendo insuficiente para lidar com situações novas. Além disso, a massificação do acesso à justiça leva ao problema de decisões não uniformes e ao problema da morosidade judicial. Esses fatores foram obrigando os magistrados a reverem seu perfil de atuação, passando a incorporar mecanismos que, através da vinculação de decisões proferidas pelos tribunais, garantissem os princípios da segurança jurídica e da celeridade processual. É nesse contexto de crise que os precedentes judiciais ganham espaço na realidade brasileira (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016).

Diante do fenômeno de valorização do precedente judicial, é evidente a necessidade de se compreender a teoria que envolve este instituto, tendo em vista que sua aplicação exige o domínio de conceitos e técnicas que não fazem parte da rotina dos juristas formados na tradição do *Civil Law*.

2.1.2 O conceito de Precedente Judicial

Conceituar o instituto do precedente judicial não é tarefa fácil, uma vez que diversas são as definições apresentadas pela doutrina, que não entra em consenso sobre o assunto. Justifica-se, assim a necessidade de analisarmos alguns conceitos para posteriormente adotarmos o posicionamento considerado mais adequado.

Primeiramente, na concepção de Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, o conceito de precedente tem relação com a autoridade dos Tribunais Superiores. A compreensão do que é um precedente pressupõe a distinção entre as Cortes de Justiça, cuja função é controlar a interpretação dos fatos da causa e do direito aplicável ao caso concreto e fomentar o debate a respeito das possíveis soluções, das Cortes Supremas, cuja função seria a de uniformizar o direito. Para estes autores o precedente judicial só pode ser extraído a partir da decisão de Cortes Supremas (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, Pg.644 - 645). Em suas próprias palavras:

Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial. E porque tem como matéria -prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões. Por essa razão, operam necessariamente dentro da

moldura dos casos dos quais decorrem. Os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios – isto é, vinculantes (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, Pg. 644 - 645).

Com a devida vênia, não compactuamos por completo com o conceito acima exposto pelos autores. De fato, como veremos, os precedentes são extraídos das decisões judiciais, no entanto, não podemos dizer que apenas as Cortes Supremas emanam precedentes, o que ocorre, na verdade, é que a lei de um modo geral, atribuí vinculação mais forte aos precedentes emitidos pelas Cortes superiores, vinculando o poder judiciário, mas isto não significa dizer, em nossa concepção, que apenas estas produzem precedentes (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, pg.441).

Doutro modo, Lênio Streck (2016) possui outra definição do que seria o precedente judicial. Para ele, o precedente genuíno possui uma “aura democrática” decorrente da aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias do Judiciário, ou seja, o precedente emergiria de forma natural no ordenamento.

O entendimento do terceiro conceito, o qual nos filiamos, pressupõe uma breve análise na evolução do conceito de jurisdição.

Para compreendermos o que é um Precedente Judicial é necessário abandonar a teoria clássica do formalismo que compreende a decisão judicial como um silogismo, ou seja, uma mera adequação da lei ao caso concreto. Durante muito tempo, a doutrina afirmou que o juiz, exercendo jurisdição, se limitava a declarar a vontade da lei, reduzindo a atividade jurisdicional a um ato de conhecimento de um texto normativo com sentido unívoco (ZANETI e PEREIRA, 2016). Tal entendimento teve origem no período da Revolução Francesa, durante o qual, os revolucionários obcecados pela doutrina da separação de poderes introduziam nos códigos diversos mecanismos para inviabilizar a interferência do judiciário na esfera legislativa, surgindo assim a figura do juiz *bouche de la loi* (ZANETI e PEREIRA, 2016).

Com o passar do tempo, a teoria do direito foi desenvolvendo-se, e a ideia de um juiz mecânico foi sendo esvaziada, tendo em vista a impossibilidade de o legislador conseguir regular todas as situações jurídicas, de modo que o intérprete passou a necessariamente desempenhar uma função integrativa (ZANETI e PEREIRA, 2016). Acerca da sujeição do juiz à lei destacam-se os pensamentos de Pontes Miranda:

é algo de “guia de viajantes”, de itinerário, que muito serve, porém não sempre. Equivale a inserir-se, nos regulamentos de fabrica, lei de física, a que se devem subordinar as máquinas: a alteração há de ser nas máquinas. Se entendemos que a palavra “lei” substitui a que lá deve estar – “direito”

– já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. Esse é o verdadeiro conteúdo do juramento do juiz, quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a “letra” legal, e só ela, aos fatos a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: realizar o direito objetivo apaziguar. Seria a perfeição, em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mais: anti-social e – como a lei e a jurisdição serem à sociedade – absurda. Além disso, violaria, eventualmente, todos os processos de adaptação da própria vida social, porque só a eles, fosse a Ética, fosse a Ciência, fosse a Religião, fosse a Arte, respeitaria, se coincidissem com o papel escrito (MIRANDA, 1998, pg. 274 a 275).

Nota-se então uma evolução na definição de jurisdição. Nessa linha de raciocínio Hermes Zaneti Jr. e Carlos Frederico Bastos Pereira argumentam:

O principal elemento que revela essa mudança é o desenvolvimento da teoria da interpretação. A partir da diferenciação entre texto e norma,²³ a interpretação assume um lugar central no campo da teoria do direito, evidenciando que a atividade de julgar é indissociável da atividade de interpretar, afinal, interpretar é decidir.²⁴ Esta premissa modifica absolutamente a relação entre lei e interpretação, pois a legislação se torna apenas o ponto de partida da atividade interpretativa, sendo a norma resultado e não pressuposto da interpretação (ZANETI e PEREIRA, 2016, Pg.4)

Desse modo, seguindo o posicionamento doutrinário exposto acima, deve-se ter em mente que a jurisdição é função criativa e não meramente reprodutora da lei. Ou seja, o juiz ao interpretar a lei e ao aplica-la ao caso concreto está na verdade criando duas normas jurídicas, que busca tutelar da melhor forma os Direitos Fundamentais. Nesse sentido Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

É importante assentar o seguinte: ao decidir um caso, o magistrado cria (reconstrói), necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA 2015, pg.442)

Assim, a norma geral do caso concreto é a interpretação feita pelo juiz, do direito positivo. As normas gerais criadas a partir de casos concretos estão na fundamentação das decisões e se configuram como aquilo que se chama de precedente judicial.

Diante do exposto, precedente judicial pode ser compreendido como uma decisão judicial proferida em determinado caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como parâmetro para o julgamento posterior de casos análogos (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, pg.441).

Nota-se que, neste conceito adotado, não leva-se em conta a autoridade que emitiu a decisão. Ou seja, de qualquer decisão, em tese, pode ser extraída uma norma que poderá servir como parâmetro para um julgamento posterior, variando apenas quanto ao seu grau de vinculação atribuído pela lei, a depender da autoridade que emanou o precedente.

Levando em conta que o Precedente Judicial é fruto do exercício da jurisdição, e sendo esta uma atividade criativa, exercida essa atividade, a produção de decisões com aptidão de se tornar modelo de solução para o julgamento de casos futuros é inevitável. Quer-se dizer com isso que o precedente existe em todo e qualquer ordenamento jurídico que haja exercício da jurisdição, variando apenas grau de autoridade ou eficácia que se atribui a estes (SILVA DE JESUS, 2014).

Oportuno salientar que os conceitos de precedentes judiciais, jurisprudência e súmulas não se confundem. Como já visto, pela teoria adotada, o precedente judicial é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior em casos análogos. É composto das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, bem como da tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório. Um precedente aplicado reiteradamente se transforma em jurisprudência, que se for dominante em um tribunal pode dar ensejo à produção de uma súmula. Logo, a súmula é o texto da jurisprudência dominante, após um procedimento para a sua consolidação perante um Tribunal, e decorrência da reiteração de um precedente. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg.487).

Conceituado o instituto do Precedente Judicial, faz-se necessário compreender as categorias que são a ele inerentes, e que determinam os conteúdos da decisão judicial que irão vincular os casos futuros, isto é, busca-se responder o que compõe um Precedente Judicial, e ainda, quais elementos irão determinar a solução dos casos e em que proporção, trata-se do estudo da *Ratio decidendi* e da *Obiter dictum*.

2.1.3 Compreendendo a *Ratio decidendi* e o *Obiter dictum*

O precedente judicial advém da decisão proferida pelo magistrado diante de um caso concreto, no entanto, não são todos os elementos da decisão que irão compor o precedente

judicial. O Precedente Judicial é composto por duas partes: as circunstâncias que embasam a controvérsia e a tese ou o entendimento jurídico assentado na motivação do provimento decisório (CRUZ E TUCCI, 2014, Pg.12). Acrescente-se ainda a essas duas partes, uma terceira que é a argumentação jurídica. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg.442).

A *ratio decidendi*, também chamada de holding, significa “razão de decidir” e é apenas um dos elementos que compõe o Precedente Judicial, correspondendo à tese jurídica que irá vincular os juízes e os magistrados nos casos futuros, ou seja, diz respeito à essência do precedente. Como explicam Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

A *ratio decidendi* - ou, para os norte-americanos, a holding - são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg.442)

Assim, a *ratio decidendi* é a própria norma geral extraída da decisão judicial em um caso concreto. Do conceito de *ratio decidendi* acima delimitado decorre a dupla função por ela exercida. A primeira é interna e a segunda é externa.

A função interna da *ratio decidendi* se mostra quando a norma jurídica geral, localizada na fundamentação da decisão, serve de base à norma jurídica individual, constante no dispositivo do pronunciamento judicial (sentenças, acórdãos, decisões monocráticas), que rege determinado caso e vincula as partes do processo. A função externa da *ratio decidendi* corresponde à capacidade de a norma jurídica geral se desprender do caso específico no e ser aplicada em outras situações concretas que se assemelham àquela em que foi criada, viabilizando a vinculação (SILVA DE JESUS, 2014).

Examinado o conceito de *ratio decidendi* é necessário compreender como se dá a sua delimitação ou extração a partir de uma decisão judicial, tendo que vista que o juiz que profere a decisão não tem a obrigação de indicar qual é a *ratio decidendi*, sendo esta uma obrigação do magistrado que irá aplicar o precedente em um caso futuro cabendo a ele extrair a norma geral da decisão proferida. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg.447 – 448).

Delimitar ou extrair a *ratio decidendi* consiste na identificação dos aspectos de uma decisão judicial, em um dado caso concreto, que irão vincular os magistrados nos casos futuros e semelhantes. Ou seja, da solução de um caso concreto extrai-se uma norma jurídica que poderá ser generalizada.

O método de delimitação da *ratio decidendi* não encontra unanimidade na doutrina, sendo este, inclusive, um motivo de crítica à aplicação dos precedentes. Identificam-se dois métodos de extração da *ratio decidendi*, importados do direito Norte-Americano: O "Teste de Wambaugh" e o "método de Goodhart" (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, Pg.449).

O primeiro método, denominado "Teste de Wambaugh", foi desenvolvido por Eugene Wambaugh no final do século XIX e adota uma técnica de inversão como critério delimitador da *ratio*. Assim, a *ratio decidendi* seria a razão jurídica sem a qual o julgamento do caso seria diferente. Este método sofre críticas, pois não possibilita a identificação da *ratio decidendi* nos casos em que dois argumentos jurídicos isoladamente conseguem justificar a decisão (MARINONI, 2017, pg. 163).

Por outro lado, para o segundo método chamado de "método de Goodhart" a *ratio decidendi* não se encontra nas razões ou argumentos do julgador mas sim na análise dos fatos considerados importantes na causa e na decisão que neles se funda (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg.448). Importante notar que não são todos os fatos que serão relevantes para a identificação da *ratio decidendi*, mas somente aqueles fundamentais ao caso (MARINONI 2017, pg. 164-165).

Não obstante as peculiaridades de cada método, o critério adotado na doutrina brasileira é aquele que junta os dois. Desse modo, a *ratio decidendi*, apesar de estar contida na fundamentação do pronunciamento decisório, não é extraída integralmente dela, isto é, não corresponde à própria fundamentação da decisão, mas sim é individualizada a partir da conjugação de vários elementos decisórios, logo, a identificação da *ratio decidendi* pressupõe a análise de alguns aspectos essenciais, quais sejam: os fatos relevantes, a questão jurídica posta em juízo, os fundamentos da decisão e a solução determinada pela corte ou seja, o provimento judicial alcançado (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016).

Cumprido destacar o cuidado que o magistrado deve ter ao extrair a *ratio* de uma decisão judicial, como destaca Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso:

Quanto mais genérica for a *ratio decidendi*, maior o número de casos que serão regidos por ela. Por outro lado, a formulação da *ratio* em termos muito amplos pode tornar seu comando superinclusivo, abrangendo situações de fato que não chegaram a ser sequer consideradas. Nesta medida, a perquirição sobre qual foi o conjunto de fatos sobre os quais se erigiu a solução do caso, proposta pelo método fático-concreto, pode ser fundamental para evitar a afirmação de um precedente abrangente demais. (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016, pg.21).

Como já salientado, nem todo elemento presente na fundamentação da decisão judicial se enquadra na ideia de *ratio decidendi*, pelo simples fato de não ser considerado um elemento relevante para a solução do caso concreto, e conseqüentemente, para a solução dos casos futuros semelhantes. Quer-se dizer que, ao lado da *ratio decidendi*, o precedente judicial também é composto por considerações periféricas, desprovidas de força vinculante para julgamentos posteriores, é o chamado *obiter dictum*. Desde já notamos que a definição do *obiter dictum* é atrelada a de *ratio decidendi*.

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), também chamado de *dictum*, são considerações marginais periféricas à decisão do caso, são argumentos jurídicos expostos apenas de passagem na motivação da decisão, que revelam: juízos normativos acessórios, provisórios e secundários; impressões ou qualquer elemento jurídico-hermenêutico que não tenham influência relevante para a decisão; opiniões jurídicas adicionais e paralelas, mencionadas incidentalmente pelo juiz, dispensáveis para a fundamentação e para a conclusão da decisão. É tudo aquilo que, retirado da fundamentação da decisão judicial, não alterará a norma jurídica individual. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg.444).

Embora a doutrina se arrisque a apontar, genericamente, determinados elementos que podem ser considerados *obiter dicta*, a sua identificação é feita, caso a caso, de forma negativa, ou seja, tudo aquilo que não for razão de decidir é *obiter dictum*. O *dictum* não é essencial ao dispositivo da decisão do caso presente e é nesse detalhe que se deve ater o julgador, quando for realizar sua definição.

As ponderações feitas acerca dos *obiter dicta* não significam que os mesmos não tenham relevância jurídica, isto é, podem desempenhar papéis importantes, em um ordenamento jurídico em que se adotam precedentes, eles apenas não produzem orientações vinculantes para casos futuros. Nesse sentido ressaltam Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso:

Essas considerações não significam, contudo, que os *obiter dicta* não tenham relevância jurídica. Entendimentos minoritários, votos vencidos e considerações desnecessárias à solução de um caso podem ser muito importantes para sinalizar as inclinações da corte quanto a julgamentos futuros, para indicar tendências deste ou daquele membro do colegiado, para inspirar novas teses e intervenções do legislador. Além disso, o *dictum* de hoje pode ser o *holding* de amanhã. Portanto, os *dicta* podem ter grande relevância para o desenvolvimento judicial do direito. Apenas não produzem - enquanto *dicta* - orientações vinculantes para o julgamento de casos futuros (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016, pg.25).

Podemos identificar então três funções, relevantes juridicamente, desempenhadas pelos *obiter dicta*: a de auxílio na construção da motivação e do raciocínio exposto na decisão, a de sinalização de tendências do Tribunal para inspirar novas teses, e por fim, pode consistir em um instrumento apto a conduzir à superação de um precedente judicial. (SILVA DE JESUS, 2014).

Os conceitos de *ratio decidendi* e de *obiter dictum* são essenciais para se compreender a Teoria dos Precedentes Judiciais, a partir deles, pode-se estudar os outros conceitos importantes para a utilização desta teoria, tratam-se das técnicas de aplicação e de superação de precedentes judiciais que permitem, de um lado, a estabilidade e uniformidade do direito e, de outro, o seu desenvolvimento.

2.1.4 Técnica de aplicação: *Distinguishing*

Como já destacado, o precedente tem o objetivo “regular” os casos futuros semelhantes, atribuindo coerência, estabilidade, isonomia e segurança jurídica ao ordenamento, assim, uma das questões centrais é saber de que modo a *ratio decidendi* do precedente será aplicada nos casos futuros (MARINONI, 2017, pg.231).

O terceiro conceito fundamental para a operação com precedentes chama-se *distinguishing*, e diz respeito à técnica de confronto, aplicação e interpretação do precedente judicial.

O magistrado, diante de um caso concreto, além de possuir o dever de extrair a *ratio decidendi* dos precedentes existentes sobre a mesma matéria fática e de direito, tem a obrigação de verificar se o precedente anterior se aplica ou não ao novo caso concreto. Para a aplicação dos precedentes vinculantes os magistrados devem realizar uma comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática, e a essa analogia distintiva dar-se o nome de *distinguishing*. O *distinguishing* representa então a distinção entre os casos para que se verifique se o caso concreto irá se subordinar ou não ao precedente (MARINONI, 2017, pg.232).

Segundo a doutrina o *distinguishing* possui duas acepções, a saber, o *distinguish-método* e o *distinguish-resultado*. Na primeira acepção (*distinguish-método*), o *distinguishing* designa o método de comparação entre o caso em análise e o caso paradigma, buscando as semelhanças e as diferenças. Na segunda acepção (*distinguish-resultado*), o *distinguishing* representa o resultado desse confronto, quando se depreende que os casos possuem alguma

diferença que permite a não observância ao precedente (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg.491).

Para que o magistrado faça a distinção dos casos, deve considerar os elementos objetivos da decisão do caso paradigma com os elementos objetivos do caso concreto. Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso explicam esses elementos que devem ser confrontados:

Quatro elementos essenciais devem ser examinados e confrontados para avaliar a semelhança entre dois casos para fins de aplicação (ou não) de um precedente: i) os fatos relevantes de cada qual; ii) os valores e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; iii) a questão de direito que suscitam; iv) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso. Quando duas demandas possuem fatos relevantes distintos, há uma tendência a que normas diferentes incidam na nova causa e, por consequência, que esta coloque uma questão de direito diferenciada. Nessa hipótese, os fundamentos que justificaram a decisão do precedente possivelmente serão insuficientes para decidir a nova ação. (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016, pg. 25-26).

O crucial para que haja a distinção entre os casos é a motivação, somente a partir de justos motivos é que o magistrado poderá afastar a aplicação do precedente vinculante. Da mesma forma, a motivação também se faz necessária para justificar a incidência de um precedente em um dado caso concreto.

Importante destacar que dificilmente haverá identidade absoluta entre os fatos de um caso e os fatos de outro. Assim, mesmo que entre os casos haja peculiaridade é possível que a *ratio decidendi* extraída do precedente paradigma se aplique ao novo caso. Na hipótese de o magistrado perceber que existem diferenças entre o caso paradigma e o caso presente, poderá adotar as seguintes medidas: interpretar restritivamente a *ratio decidendi* do caso paradigma, caso em que poderá deixar de aplica-lo ou aplica-lo parcialmente, ou estender sua aplicação considerando que as diferenças não são relevantes. Em qualquer caso a motivação e a atividade interpretativa serão necessárias para a correta aplicação ou não do precedente (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg.677 – 678).

Não há que se confundir a técnica de distinção de casos com a técnica de superação de precedentes. A primeira diz respeito apenas a não aplicabilidade de um precedente judicial ao caso concreto sem revoga-lo, enquanto que a segunda trata-se da modificação na tese jurídica (*ratio decidendi*) de um precedente, e será estudada a seguir.

2.1.5 Técnicas de superação de precedentes: Overruling e Overriding

O *Overruling* e o *Overriding* são duas técnicas de superação de precedentes que se diferenciam quanto a sua abrangência.

O primeiro ocorre quando um precedente perde sua força vinculante e é substituído por outro. O próprio órgão judiciário que criou o precedente pode abandoná-lo no futuro. A superação pode se dar de duas formas: expressa ou tácita. A expressa ocorre quando o Tribunal decide expressamente abandonar um entendimento anterior por um novo. A implícita ocorre quando o Tribunal adota nova postura sem se manifestar sobre a anterior, não sendo esta admitida no ordenamento jurídico brasileiro que exige a fundamentação das decisões (DIDER, BRAGA e OLIVEIRA 2015).

A seu modo, há o *overriding* quando o Tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente (MARINONI, 2017, pg. 247). Importante destacar que ao contrário do que ocorre no *overruling*, no *overriding* não há alteração da *ratio decidendi* do precedente, mas apenas uma limitação de sua abrangência. A limitação se justifica em decorrência da necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente formado ou com uma inovação posterior no ordenamento jurídico (MARINONI, 2017, pg.247).

Importante mencionar a possibilidade de retroação do novo precedente para incidir sobre casos passados que foram regidos pelo entendimento substituído. O CPC/2015 trouxe em seu Art.927 §3 a possibilidade de modulação dos efeitos, que será analisada mais a frente.

Por fim, cumpre-nos analisar mais uma técnica de operação com precedentes identificada na doutrina, trata-se do *signaling*. O *signaling* é a técnica por meio da qual o Tribunal, percebendo que o precedente está desatualizado, anuncia que poderá modificá-lo, sem no entanto deixar de aplicá-lo no caso concreto por força e exigência da segurança jurídica. Logo, a sinalização tem a finalidade imediata de comunicar aos jurisdicionados que o precedente poderá vir a ser revogado (MARIONI, 2017,pg. 238).

2.1.6 Tipos de Eficácia

Em virtude da diversidade dos sistemas jurídicos, os precedentes judiciais apresentam modalidades e forças diversas, desde a vinculação total até a mera orientação. Existem diversas classificações acerca da eficácia dos precedentes judiciais, ater-se-á este trabalho a três espécies: a eficácia persuasiva, a eficácia intermediária e a eficácia em sentido forte.

Primeiramente, a eficácia persuasiva era tradicionalmente atribuída ao ordenamento jurídico brasileiro em decorrência da adoção de um sistema de Civil Law. Neste tipo de

eficácia os precedentes são fontes secundárias do direito e não vinculam casos futuros, servindo apenas de orientação para o julgamento, ou seja, nenhum magistrado está obrigado a segui-lo. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg.456)

A seu modo, os precedentes com eficácia normativa ou vinculante em sentido forte são aqueles que devem obrigatoriamente ser observados pelas instâncias do judiciário. Importante notar que há certa divergência no conceito de eficácia vinculante. Para um primeiro grupo de autores, só se fala em eficácia vinculante caso o descumprimento do precedente enseje o cabimento de reclamação constitucional. Nesse sentido:

Nos países do common law, um instrumento como a reclamação é prescindível para que a eficácia normativa se torne efetiva. O respeito aos binding precedents é pressuposto e tradição do sistema. A experiência mostrou, contudo, que não é isso o que ocorre no Brasil. O cabimento de reclamação é essencial, em nosso sistema, para a efetividade do respeito ao precedente. Não há, aqui, tradição neste sentido. Ao contrário, há mesmo alguma resistência em aceitar a ampliação dos precedentes vinculantes, por se considerar que estes interferem indevidamente na independência e no livre convencimento dos juízes. E a correção das decisões que violam os precedentes judiciais pelo sistema recursal tradicional pode levar muitos anos. Consequentemente, só é possível falar em eficácia normativa forte, por ora, para aqueles casos em que é cabível a reclamação. (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016, pg.13).

Seguindo entendimento diverso, para Didier, Braga e Oliveira (2015, pg.461) seriam obrigatórios todos os precedentes que a lei determinar que devam ser observados e sobre os quais o juiz deva se manifestar, conforme aqueles elencados no Art.927 do CPC/2015.

Considerar-se-á nesta pesquisa que são precedentes em sentido forte aqueles cujo o descumprimento enseje o cabimento da reclamação. A opção se justifica no fato de que é extremamente relevante levar em conta o estágio cultural em que nos encontramos no que diz respeito à operação com precedentes judiciais. Levando em conta uma realidade na qual não se tem o costume de respeitar precedentes, o cabimento da reclamação se torna essencial para a efetividade destes (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016, pg.13).

Por fim, os precedentes com eficácia intermediária são aqueles cuja a vinculação é mais forte que os de eficácia persuasiva, pelo fato de que sempre deverão ser observados pelos magistrados, por determinação legal, mas porém não ensejam o cabimento da reclamação constitucional em caso de descumprimento. Nesse sentido:

Não são dotados de eficácia meramente persuasiva porque o próprio ordenamento lhes atribui efeitos para além dos casos em que foram

produzidos, em favor ou desfavor de quem não era parte nestes, ou, ainda, porque o próprio direito determina expressamente que a observância dos entendimentos proferidos em tais julgados é obrigatória. Não é possível, por outro lado, afirmar que tais precedentes produzem eficácia normativa em sentido forte porque a lei não permite o uso de reclamação, em caso de desrespeito à orientação neles traçada. Esta terceira categoria é residual. Abriga, por isso, decisões judiciais com efeitos heterogêneos que produzem efeitos impositivos em diferentes graus. (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016, pg.13 - 14).

Realizado o breve mas imprescindível estudo acerca da Teoria dos Precedentes Judiciais, passa-se agora a analisar a nova realidade brasileira introduzida pelo Novo Código de Processo Civil no que se refere ao uso dos precedentes judiciais, evidenciando-se o processo de valorização dos precedentes pelo qual o ordenamento jurídico brasileiro passou até alcançar um modelo de sistema de precedentes vinculantes.

2.2 O novo Sistema de Precedentes Judiciais Vinculantes introduzido pela Lei 13105 (CPC/2015)

Como já tratado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro tradicionalmente adotou o sistema jurídico de Civil Law. No sistema do Civil law, apesar de haver preponderância das leis, há espaço para os precedentes judiciais. A diferença é que neste sistema, em regra, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas não obriga o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão anteriormente proferida, ou seja, nesse sistema, em regra, o precedente nunca assume uma força normativa vinculante, se atendo a um nível de persuasão ou no máximo a um nível médio de observância (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016).

No entanto, nota-se um evidente processo de valorização da eficácia dos precedentes judiciais na realidade brasileira, que atingiu seu ápice com o Novo Código de Processo Civil, que incorporou os conceitos da Teoria dos Precedentes Judiciais e atribuiu eficácia normativa a determinados Precedentes, como será analisado adiante.

Vale mencionar duas críticas feitas por parte da doutrina que refuta a ideia de que o CPC/2015 instituiu um sistema de precedentes vinculantes. A primeira crítica parte do próprio conceito de precedentes, no sentido de que estes não existiriam em nosso ordenamento, havendo apenas a instituição de provimentos judiciais vinculantes (que não se confundem com precedentes), nesse sentido Lênio Streck e Georges Abboud discorrem:

Para tal desiderato, cremos ser fundamental a correta noção sobre o que é efetivamente um precedente genuíno do common law e a necessária compreensão do que é um provimento vinculante por disposição legal, por exemplo, súmula vinculante, acórdão paradigma etc. O sistema genuíno de precedentes inglês é criador de complexidade. O que o CPC-2015 faz é criar provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva. Respostas antes das perguntas. Mas, não podemos equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC. Os provimentos colocados no artigo 927 devem ser lidos como provimentos judiciais legalmente vinculantes, ou seja, textos normativos redutores de complexidade para o enfrentamento das nossas lides repetitivas. Só isso. Nada de common law aí. (STRECK e ABBUD, 2016).

A segunda crítica diz respeito a adoção da terminologia “sistema”. Seria equivocada a adoção da terminologia em virtude do fato de que um sistema pressupõe a ideia de um todo coerente e harmônico de normas, o que não ocorre com o Código de processo civil que não se aplica a todos os ramos do direito. Desse modo, para esses autores o que ocorre é a instituição, pelo CPC/2015, de provimentos judiciais vinculantes que tem por objetivo enfrentar a problemática das lides repetitivas e das de decisões conflitantes, não havendo de fato uma instituição de um sistema de precedentes vinculantes como defende-se nesta monografia (STRECK e ABBUD, 2016).

2.2.1 Evolução na valorização dos Precedentes Judiciais: Da persuasão à obrigatoriedade

É evidente o processo de valorização da eficácia dos precedentes judiciais na realidade brasileira, que vieram ganhando maior força vinculante desde o avanço do controle concentrado de constitucionalidade até a criação de um novo sistema de precedentes por meio do Código de Processo Civil de 2015, relativizando assim o papel da lei e da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido destacam Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso:

O processo de valorização da jurisprudência no Brasil pode ser compreendido em três perspectivas ou etapas: i) o avanço do controle concentrado da constitucionalidade; ii) a valorização da jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais que progressivamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973); iii) a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas integrantes da Lei nº 13.105/2015, nosso Novo Código de Processo Civil (CPC/2015). (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016, pg.7).

Seguindo a linha de raciocínio proposta por Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso (2016), primeiramente, no que se refere ao avanço do controle concentrado de constitucionalidade, destacam-se como principais instrumentos de fortalecimento dos precedentes a Constituição Federal que ampliou o rol de instrumentos que possibilitam o controle concentrado de constitucionalidade, a Emenda Constitucional n°3 de 1993 que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Lei 9.868/1999 que regulamentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Lei 9.882/1999 regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e finalmente, a Emenda Constitucional n° 45/2004 estabeleceu a possibilidade de edição de súmula vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal. Reforçando a ampliação, expansão e a valorização dos precedentes, junto com o avanço do controle concentrado de constitucionalidade, o Código de Processo Civil de 1973, durante a sua vigência, sofreu inúmeras alterações legislativas com o intuito de conferir maior valor aos precedentes como forma de combater a divergência no entendimento dos tribunais e dos juízes, dentre elas destaca-se: a Lei n° 11.418/2006 que criou um procedimento especial para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, procedimento este que foi também criado para os recursos especiais por meio da Lei 11.672/2008 e para os recursos de revista por meio da Lei 13.015/2014.

Finalmente, completando a linha evolutiva de valorização dos precedentes destaca-se o advento do novo Código de Processo Civil que criou um novo sistema de precedentes obrigatórios a partir do Art.927 que reproduziu um rol de precedentes que devem ser observados pelos juízes e tribunais (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016).

2.2.2 As normas fundamentais que introduzem o Sistema de Precedentes Vinculantes no Código de Processo Civil

Em primeiro lugar, ressalta-se que não há no Código uma sistematização objetiva da teoria, ela é tratada como norma fundamental sendo abordada em vários institutos e encontra-se “espalhada” ao longo dos vários capítulos do CPC. Entretanto, há uma espécie de concentração da teoria em alguns dispositivos, definindo a forma como os tribunais devem tratar os processos. Tais dispositivos serão analisados adiante, tendo em vista que materializam institutos inerentes a teoria dos precedentes instituída pelo Código de Processo Civil.

2.2.2.1 O dever dos Tribunais

O artigo 926 trata dos deveres dos tribunais em relação aos precedentes, ou seja, a forma de aplicação e tratamento. Introduce-se por meio de tal dispositivo, as razões para adotar-se um sistema de precedentes vinculantes.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Nesse dispositivo o legislador busca a adequação dos entendimentos jurisprudenciais em todos os níveis jurisdicionais, evitando decisões contraditórias e, conseqüentemente, a insegurança jurídica e o descrédito nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Ou seja, neste dispositivo estão os valores que o Novo Código de Processo Civil buscou preservar ao adotar a utilização de precedentes judiciais.

O primeiro dever corresponde a um aspecto da segurança jurídica, qual seja, a estabilidade. Assim, o tribunal deve conservar o precedente na maior medida do possível, impedindo que ele abandone ou modifique sem justificativa plausível o entendimento ora consolidado, sob pena de violação do princípio da isonomia e da segurança jurídica. Assim, sem que haja razões objetivas e fortes para a modificação, o tribunal não poderá alterar o precedente. A superação, como vimos, é excepcional e deve ser justificada, não há um engessamento, mas a modificação deve ser motivada (MARINONI, 2017, pg. 103).

O segundo é de uniformização, significa que o tribunal deve ter um entendimento uniforme dentro do seu âmbito interno para proceder a criação de um precedente vinculante, não pode haver divergências internas, é um pressuposto lógico. Esse dever atende à segurança jurídica previsibilidade, estabilidade, coerência, respeito à hierarquia e maior eficiência.

O terceiro é o dever de integridade. Tal dever exige que os magistrados construam seus argumentos a partir do conjunto de todo o direito, consiste desse modo em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas (STRECK, 2016).

O Quarto é o da coerência, da fundamentação interna das razões utilizadas pelo tribunal para decidir sobre um precedente. Ao criar um precedente vinculante, todos os fundamentos, contrários ou favoráveis, devem constar na motivação da decisão. Esse dever

assegura uma aplicação isonômica do entendimento ora firmado em casos semelhantes, é possível afirmar que cria um dever ao tribunal de decidir casos análogos com a mesma interpretação da questão comum à todos eles, impedindo o tratamento diferente aos sujeitos que possuem situações iguais. Assim, haverá coerência haverá se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos (STRECK, 2016).

Acerca da coerência e da integridade, explica Lênio Streck:

A coerência e a integridade são, assim, os vetores principiológicos pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido. Em outras palavras, em qualquer decisão judicial a fundamentação — incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas — deve ser respeitada a coerência e a integridade do Direito produzido democraticamente sob a égide da Constituição. Da decisão de primeiro grau à mais alta corte do país. Se os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, logicamente os juízes de primeiro grau devem julgar segundo esses mesmos critérios (STRECK, 2016, pg.5).

Por fim, há um outro dever básico que não consta no artigo 926 como os demais, mas está presente nos parágrafos do artigo 927, que é o de publicidade, obrigando os tribunais a terem uma plataforma ou sistema que possibilite a consulta dos precedentes vinculantes em cada um, dando publicidade às suas decisões. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015)

2.2.2.2 O dever de fundamentação

O Art.489 trata dos elementos que compõe uma decisão judicial, contemplando as técnicas de aplicação e superação de precedentes, ou seja, o dever de o magistrado confrontar o caso concreto com o caso paradigma o qual pretende-se utilizar como precedente ou o dever de justificar a superação de uma tese. Nesse sentido:

Art. 489º. São elementos essenciais da sentença:

(...)

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Como nota-se, os dispositivos contemplam a técnica de distinção de casos e a técnica de superação de precedentes, contemplando inclusive a observância à *ratio decidendi*, representada pela expressão “fundamentos determinantes”(MARINONI, 2017, pg.338).

De acordo com o dispositivo em análise, não basta que o magistrado invoque o precedente ou a súmula em seu julgado. É necessário que ele identifique os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) que o levaram a seguir o precedente. Quer-se dizer que, cabe ao magistrado, ao fundamentar sua decisão, explicitar os motivos pelos quais está aplicando a orientação consolidada ao caso concreto, a partir da distinção analógica com os casos paradigmas, sob pena de a decisão ser considerada não fundamentada. Portanto, quando um juiz vai aplicar um precedente consolidado pelas cortes superiores, estando ele sumulado ou não, deve considerar os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* firmada no acórdão e não o enunciado em si (MARINONI, 2017, pg. 339).

Importante observar que não há necessidade que os fatos do caso concreto sejam exatamente iguais aos fatos do caso paradigma que originou o precedente, sendo necessário apenas que a questão de direito resolvida através da *ratio* esteja no caso sob julgamento. Ou seja, apenas quando os fatos do caso concreto atribuírem outra moldura à questão de direito presente na *ratio* do caso paradigma é que o precedente deste poderá deixar de ser seguido, devendo-se para tanto ser realizada a devida distinção (MARINONI, 2017, pg.340).

Assim, a parte inicial do inciso VI do § 1.º do art. 489 contempla a técnica da distinção, para a não aplicação do precedente e sua parte final contempla necessidade de demonstrar a superação do entendimento para deixar de aplicar o precedente ressaltando-se que a superação de entendimento é técnica restrita da Corte que o criou (MARINONI, 2017, pg. 340).

No §4º do art. 927, o legislador traz novamente a previsão da técnica de superação de entendimento de precedente e a sua necessária fundamentação, regulamentando inclusive os efeitos dessa modificação, como será visto a seguir.

2.2.2.3 Modificação de entendimento, efeitos e modulação

O CPC contemplou a técnica de superação de precedentes em mais de um dispositivo, tendo no Art.927 § 4º sua regulamentação principal, dispondo:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
(...)

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Percebe-se que a superação dos precedentes deve ser realizada com rigor, na medida em que exige-se uma fundamentação adequada e específica. Tal exigência se justifica no próprio dispositivo que prevê inclusive direitos fundamentais assegurados com a vinculação de precedentes, quais sejam: a segurança jurídica, a confiança e a isonomia.

Luiz Guilherme Marinoni (2017, pg. 357) destaca dois fatores que justificam a revogação de um precedente. Para ele o precedente deverá ser revogado quando não mais corresponder aos padrões de congruência social (não representa os valores da sociedade) e/ou de consistência sistêmica (deixa de guardar coerência com as decisões da própria Corte).

Enfatiza-se ainda a rigidez do legislador ao prever a possibilidade de superação de precedentes, pois, além de exigir a fundamentação, também prevê a possibilidade desta ser precedida de audiências públicas que servirão para democratizar o debate e legitimar as novas decisões sobre o tema em discussão, como nota-se no dispositivo abaixo:

Art. 927º. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Além disso, o CPC contemplou ainda a possibilidade de modulação dos efeitos decorrentes da superação de um precedente, como nota-se no Art.927 §3º:

Art. 927º. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

A previsão da possibilidade de modulação dos efeitos decorrentes da superação de entendimento é uma exigência lógica, na medida em que não haveria sentido atribuir o poder de elaborar e revogar precedentes à uma Corte cujo fim é o de justamente conferir segurança

jurídica e isonomia, e não conferir poder para proteger àqueles que pautaram suas condutas no entendimento anterior (MARINONI, 2017, pg. 359).

Regra geral, o entendimento das cortes superiores se aplica aos casos em andamento, ou seja, às demandas pendentes de julgamento, não importando a jurisprudência vigente à época da formação jurídica em juízo deduzida.

No entanto, como meio de evitar prejuízos em razão da mudança de entendimento das cortes e visando proporcionar ao jurisdicionado maior segurança jurídica, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão, limitando sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos prospectivos. A modulação de efeitos se faz necessária principalmente diante da revogação de precedentes que gozavam de credibilidade no momento da revogação, assim como diante de precedentes que interferem em condutas e planejamentos (MARINONI, 2017, pg. 360).

2.2.2.4 A eficácia dos precedentes Judiciais

O Art.927 do CPC/2015 inovou o ordenamento jurídico brasileiro ao prever um rol de precedentes/provimentos vinculantes que devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes diante do julgamento de um caso concreto, como nota-se no dispositivo em análise:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade

de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Acerca do dispositivo alguns debates preliminares devem ser enfrentados, a fim de se evitar o solilóquio.

O primeiro debate a ser enfrentado já foi mencionado anteriormente, e diz respeito ao tratamento conferido ao rol elencado no Art.927 caput do Código de Processo Civil, isto é, se podem ser denominados de precedentes judiciais. Para Lênio Streck e Georges Abboud (2016) não há que se falar em precedentes judiciais, mas sim em provimentos judiciais vinculantes que não guardam qualquer relação conceitual com aqueles. No entanto, nos filiamos ao entendimento de que há um rol de precedentes no Art. 927. Em uma concepção literal do dispositivo chegaríamos à conclusão que de fato não se trata de precedentes judiciais, pois, como já analisado, estes não se confundem com súmulas, enunciados, ou com as teses. No entanto, a partir do conceito de precedente proposto, podemos entender que o que se manda observar não é o texto do enunciado das súmulas ou das teses e orientações firmadas abstratamente considerados, mas sim, os precedentes extraídos dos casos concretos que lhe deram origem, isto é, a norma geral (*ratio decidendi*) que pode ser deles extraída a partir de uma atividade interpretativa, tendo em vista que, tais enunciados surgem de casos concretos reiterados.

O segundo debate a ser enfrentado se refere ao significado do termo “observarão” presente no Caput do Art. 927. A delimitação do conceito é necessária, pois, a depender do sentido adotado pode-se atribuir eficácia vinculante em sentido forte a todos os provimentos elencados, ou ainda, pode nos levar ao entendimento de que todos teriam apenas caráter de persuasão. O entendimento aparentemente majoritário é o de que tais precedentes são obrigatórios, não cabendo aos magistrados a eles sujeitos a opção de seguir ou não, nessa linha tem-se o enunciado 170, do FPPC: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos” (PEIXOTO, 2017).

Há no entanto, posicionamento no sentido de que tem-se diferentes níveis de vinculação no rol do Art. 927, ou seja, as referidas espécies de precedentes elencadas do inciso I ao inciso V se diferenciariam umas com as outras pela autoridade, seu nível de eficácia e pelo seu procedimento de formação (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg.461), sempre levando em

conta que nenhum pode ser ignorado por força do Art.489, §1 do CPC. Os precedentes serão analisados a seguir conforme essa classificação proposta.

2.2.2.4.1 – Precedentes de eficácia persuasiva

Esta espécie de precedentes por um bom tempo foi a regra no sistema jurídico brasileiro, no entanto, com o Novo Código de Processo Civil passa a ser exceção. Possuem eficácia persuasiva as decisões proferidas por juízes de primeiro grau e os acórdãos dos tribunais, desde que não proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016).

Nota-se então que mesmo juízes de primeiro grau podem produzir precedentes, no entanto, este não terá aptidão para vincular todo o poder judiciário, podendo no entanto ser utilizado em argumentações jurídicas por exemplo.

2.2.2.4.2 Precedentes de eficácia Intermediária

Dentre os precedentes elencados no Art. 927, são considerados de eficácia intermediária os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e as orientações do plenário ou de órgão especial da corte. Vale reforçar que esses entendimentos são obrigatórios e devem ser seguidos como dispõe o caput do Art.927. Porém, tendo em vista que a inobservância desses precedentes não enseja o cabimento de reclamação, na prática, essa obrigação de observar esses precedentes serão vistas como mera recomendação, em decorrência da tradição predominante no ordenamento jurídico brasileiro. (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016).

Vale Ressaltar que nesses provimentos citados, o que irá vincular será o precedente extraído dos casos que deram origem a esses enunciados, orientações e súmulas, isto é, a *ratio decidendi*, e não os comandos em si.

2.2.2.4.3 Os Precedentes de eficácia em sentido forte

Como já estudado, considera-se que um precedente possui eficácia normativa quando o seu descumprimento enseja o cabimento de reclamação. Logo, para identificarmos os

precedentes normativos, é necessário analisar as hipóteses de cabimento da reclamação presente no Art.988 que dispõe:

Art. 988º. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

Pela análise do dispositivo, são ressalvadas das hipóteses de cabimento da reclamação apenas as hipóteses de descumprimento de súmulas simples e de orientações firmadas pelo pleno e pelos órgãos especiais dos tribunais. Desse modo, como já ocorria nos casos de súmulas vinculantes, as decisões divergentes de entendimentos firmados em repercussão geral e em recursos extraordinários e especiais repetitivos, desde que exauridas as instâncias ordinárias, poderão ser contestadas por meio de reclamação. O mesmo passou a ser possível em casos de julgados em desacordo com decisões produzidas em incidente de resolução de demanda repetitiva e em incidente de assunção de competência (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016, pg.12).

O inciso I do Art.927 trata dos precedentes firmados em controle concentrado de constitucionalidade. Tal hipótese já era prevista na Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou ao Art.102 o § 2º, determinando que as decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade concentrado tem efeito vinculante sobre todos os órgãos do judiciário e sobre a Administração pública Direta e Indireta. (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg.464).

No inciso II, o Art.927 prevê a observância dos enunciados de súmula vinculante, que são precedentes cuja *ratio decidendi* foi prevista em súmula. Essa espécie de precedente também foi reafirmada pelo NCCP, já que encontra previsão expressa no Art.103-A da

Constituição Federal, prevendo também a sua possibilidade de revisão. Assim como todo precedente, a súmula tem como objetivo e limitação, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, conforme dispõe o § 1º.

Com relação ao inciso IV, que prevê a observância aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, seguindo a concepção de Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso (2016, pg.12), não seriam hipóteses de precedentes normativos por não haver expressa a hipótese de cabimento da reclamação. No entanto, por uma exigência de racionalidade do ordenamento jurídico, e levando-se em conta a competência constitucionalmente prevista de ambos os Tribunais no sentido de uniformização da interpretação da Constituição e da aplicação da lei Federal, os precedentes cuja *ratio decidendi* foi prevista nestas súmulas, também deverão ser observados. Seguindo esse entendimento diverso, Fredie Didier considera que trata-se de hipótese de precedente obrigatório (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, Pg.465).

O inciso III merece especial atenção pois contempla novas espécies de precedentes vinculantes, incorporados pelo NCPC, quais sejam: Os precedentes firmados em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e aqueles firmados em Incidente de Assunção de Competência.

Primeiramente, o incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR) está previsto do Art.976 ao 987 do CPC, e corresponde a um incidente que tem por objetivo gerir casos repetitivos e padronizar o julgamento de demandas repetitivas a partir da fixação de uma tese padrão e vinculante. Assim, diz-se que o IRDR compõe dois microssistemas, o de julgamento de casos repetitivos e o microssistema de formação de precedentes obrigatórios. Vale notar que trata-se de um procedimento especial para julgamento de caso repetitivo instaurado diante da efetiva repetição de demandas. Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal, além disso, sua instauração deve respeitar alguns requisitos, quais sejam: A efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, a questão repetida for unicamente de direito (DIDIER e CUNHA, 2016, pg. 590).

Oportuno salientar que para Luiz Guilherme Marinoni (2017, pg.321) no IRDR não há formação de precedente pois apenas resolve-se casos idênticos. Diferentemente do que ocorre nos recursos repetitivos onde há formação de precedentes, pois seriam julgados por cortes supremas, que são as cortes de precedentes. Em virtude do conceito de precedente adotado,

não concordamos com o autor, tendo em vista que tanto no IRDR como no julgamento de recursos repetitivos há formação de precedente pois da decisão do tribunal que julga a causa e fixa a tese a ser seguida, pode ser extraída a *ratio decidendi* que será aplicada nos casos pendentes e aos casus futuros que venham a se enquadrar na mesma situação (DIDIER e CUNHA, 2016, pg. 591).

Importante destacar que, a força vinculante da tese jurídica firmada no IRDR está ligada ao Tribunal que o julgou, isto é, caso a tese jurídica seja adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. Doutro modo, caso a tese seja firmada por um Tribunal local ou regional, a tese só será vinculante na respectiva jurisdição do órgão, como nota-se nos dispositivos a seguir:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Por sua vez, o incidente de assunção de competência (IAC) esta previsto no Art.947 e consiste no deslocamento da competência funcional de órgão fracionário que seria originariamente competente para apreciar o recurso, processo de competência originário ou remessa necessária, para um órgão colegiado de maior composição, devendo a lide ser isolada e envolver situação de relevante questão de direito com repercussão social. O acórdão proferido pelo órgão colegiado consubstanciará em um precedente que vinculará todos os órgãos daquele tribunal (DIDIER e CUNHA, 2016).

O IAC é uma grande inovação pois prevê criação dos precedentes obrigatórios mesmo sem a multiplicidade de causas, contudo desde que cumpra os pré-requisitos, quais sejam:

relevante questão de direito e repercussão social. Ao contrário do que ocorre com o IRDR que exige uma multiplicidade objetiva de demandas.

Por fim, existe uma outra hipótese de precedente vinculante, cujo descumprimento enseja cabimento de reclamação, trata-se das decisões e entendimentos firmados em repercussão geral e em recursos repetitivos, desde que exauridas as instâncias ordinárias. Os recursos repetitivos, assim como o IRDR, compõe o microsistema de julgamento de casos repetitivos (DIDIER e CUNHA, 2016).

Realizado o estudo dos precedentes judiciais e da eficácia vinculante que a eles foram atribuídos pelo Novo Código de Processo Civil, passa-se agora para o estudo das espécies de inconstitucionalidades existentes em nosso ordenamento, para que possamos compreender as críticas que esse novo sistema de precedentes vinculantes sofre e para que possa ser determinado se o mesmo é constitucional ou inconstitucional.

3 UM BREVE ESTUDO ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Noções fundamentais ao controle de constitucionalidade

O Controle de constitucionalidade é tema de grande relevância para o presente trabalho, pois, além de representar o ponto de partida na construção de um sistema de precedentes vinculantes visto anteriormente, nos permite compreender o que seria o fenômeno da inconstitucionalidade no direito brasileiro.

Assim, a fim de contextualizar a problemática debatida neste trabalho faz-se necessário um estudo não exaustivo acerca das noções fundamentais sobre o controle de constitucionalidade para que possamos compreender as espécies de inconstitucionalidades existentes em nosso ordenamento jurídico.

3.1.1 Conceito material e formal de Constituição

O conceito de Constituição é elemento essencial para a compreensão do controle de constitucionalidade, tendo em vista que, a possibilidade deste irá depender do sentido atribuído àquela. Existem diversos critérios para conceituar a Constituição, ater-se-á este trabalho apenas a análise de seu sentido material e formal.

Primeiramente, refere-se à Constituição em sentido material, quando o seu critério definidor limita-se ao conteúdo das normas. Ou seja, o que vai importar na delimitação das normas que possuem caráter constitucional será o seu conteúdo, sendo irrelevante a forma pela qual essa norma introduzida no ordenamento jurídico (LENZA, 2016, Pg.89).

Assim, seriam consideradas normas constitucionais aquelas que tivessem por conteúdo a proteção do indivíduo e os elementos essenciais à organização do Estado. Em sentido mais amplo, asseveram Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O conceito material de Constituição, portanto, segue a inteligência sobre o papel essencial do Direito e do Estado na vida das relações em uma comunidade. A Constituição, como ordem jurídica fundamental da comunidade, abrange, hoje, na sua acepção substancial, as normas que organizam aspectos básicos da estrutura dos poderes públicos e do exercício do poder, normas que protegem as liberdades em face do poder público e normas que tracejam fórmulas de compromisso e de arranjos institucionais para a orientação das missões sociais do Estado, bem como para a coordenação de interesses multifários, característicos da sociedade plural.

(MENDES e BRANCO, 2017, pg.68).

Por outro lado, fala-se em Constituição em sentido formal quando o seu critério definidor não depender mais do conteúdo de suas normas, mas sim da maneira como esta foi introduzida no ordenamento jurídico, ou seja, são aquelas cujas normas são introduzidas por meio de um procedimento mais rígido e solene (LENZA, 2016. Pg. 89). Neste mesmo sentido:

A Constituição, em sentido formal, é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo. Em suma, participam do conceito da Constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas. (MENDES e BRANCO, 2017, pg.68).

Diante dos conceitos expostos, pode-se concluir que ao adotar o critério material admite-se a existência de normas constitucionais fora do texto constitucional, tendo em vista que apenas o conteúdo é relevante. A seu modo, pelo critério formal, basta que a norma tenha sido inerida pelo procedimento formal solene. Vale notar que, a doutrina majoritária define que o Brasil adota um critério misto. (LENZA, 2016, Pg, 90).

A distinção é relevante pois será visto adiante que o Controle de Constitucionalidade só será possível caso adote-se ao menos o critério formal, tendo em vista os pressupostos exigidos para sua realização.

3.1.2 O Controle de Constitucionalidade

Partindo da concepção de que o ordenamento jurídico é um sistema e que, este pressupõe a harmonia e a ordem de suas partes integrantes, é essencial que contemple mecanismos que visem preservar tais valores. Nesse contexto insere-se o Controle de Constitucionalidade (BARROSO, 2016, Pg. 23).

O Controle de constitucionalidade nada mais é do que um mecanismo, criado pelo poder constituinte originário, por meio do qual os atos normativos são controlados, verificando sua adequação aos preceitos previstos na Constituição (LENZA, 2016, Pg.291). Vale notar que a maioria da doutrina brasileira adota, por influência do direito norteamericano, a caracterização da teoria da nulidade ao se declarar a inconstitucionalidade do ato normativo,

ou seja, a verificação de incompatibilidade opera no plano da validade (BARROSO, 2016, Pg.33).

A doutrina costuma apontar alguns pressupostos necessários para que tal mecanismo possa ser realizado, quais sejam: a Supremacia da Constituição e a rigidez constitucional, que passarão a ser analisados.

Do próprio conceito anteriormente exposto já nota-se a primeira premissa de que a Constituição deve ocupar o topo do ordenamento para que o controle faça sentido, isto é, necessita-se de uma hierarquia, trata-se aqui do princípio da Supremacia da Constituição.

Acerca do princípio da supremacia da constituição é válido mencionar que o controle de constitucionalidade surgiu de um histórico precedente, o caso *Marbury v. Madison*, que deu origem ao controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, fixando a subordinação de todos os Poderes estatais à Constituição e a competência do Judiciário como seu principal interprete (BARROSO, 2016, Pg.29).

O princípio da supremacia da constituição é basilar nos ordenamentos jurídicos modernos, colocando a Constituição no ápice da estrutura jurídica como forma de garantir a integridade e a organização do Estado, pois é dela que resulta sua fundamentação. Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição. (BARROSO, 2016, Pg.23)

A seu modo, o segundo pressuposto é a existência de uma constituição rígida. É necessário que a norma constitucional tenha um processo de elaboração e modificação diverso e mais complexo do que aquele referente a normas infraconstitucionais. Caso contrário, não iria existir distinção entre a norma objeto de controle e aquela que serve de parâmetro de controle. Não iríamos nos referir a inconstitucionalidade e sim a revogação (BARROSO, 2016, Pg.24). Acerca da rigidez constitucional:

Parece axiomático que as Constituições rígidas somente podem ser revistas com a observância dos ritos nelas prescritos. São exigências quanto ao quórum, à forma de votação, à imposição de referendun popular, ou de ratificação (MENDES e BRANCO, 2017, pg.957).

Esse segundo pressuposto justifica a afirmação feita anteriormente de que apenas em Estados que adotam ao menos o sentido formal de constituição será possível o controle de constitucionalidade.

Falando-se de rigidez constitucional, é oportuno realizar uma breve explicação acerca da forma de alteração da Constituição. A Constituição Federal de 1988 é caracterizada como rígida em decorrência do processo dificultoso para sua modificação, que se dá por meio de uma espécie normativa específica, qual seja, a Emenda Constitucional. Apenas por meio de emenda constitucional será possível alterar o texto da constituição, no entanto, tal modificação encontra diversos limites, dentre eles pode-se citar as chamadas cláusulas pétreas, que consistem em limitações materiais (LENZA, 2016, Pg.711).

Por fim, vale mencionar ainda a proteção dos direitos fundamentais como um dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade. Ao concluir que a Constituição contempla garantias ao indivíduo, assegurar o seu respeito por meio de mecanismos de controle de compatibilidade, visa em última análise a preservação do indivíduo frente ao Estado, que corriqueiramente comete atos políticos atentatórios. (BARROSO, 2016, Pg.24).

Inclusive, cabe ressaltar que visando a maior eficácia desse controle de compatibilidade, e, dentre as diversas modificações, a Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de legitimados para o exercício do controle direto de constitucionalidade, conforme o Art.103 da Constituição Federal, democratizando e ampliando o mecanismo de controle dos atos normativos do estado.

Compreendida a ideia central do Controle de Constitucionalidade, passa-se agora a estudar algumas classificações deste controle.

3.1.2.1 Formas ou modalidades de Controle de Constitucionalidade

A partir da análise do direito comparado, costuma-se identificar no constitucionalismo moderno, três principais modelos de controle de constitucionalidade: o americano, o austríaco e o francês. Com base nestes, diferentes países foram assimilando e construindo a modalidade de controle adequada ao seu ordenamento jurídico. (BARROSO, 2016, Pg.48).

Não obstante existam diferentes modelos, é possível compreender suas características com base em algumas classificações que levam em conta critérios objetivos, subjetivos, temporais e processuais e que juntas, formam diferentes modelos. Expostas as classificações, será definido o modelo brasileiro contemplado pela constituição federal de 1988.

3.1.2.1.1 Controle Judicial e Controle Político

Quanto a natureza do órgão que realiza a verificação de compatibilidade das normas infraconstitucionais com a constituição, classifica-se o controle em Judicial ou político. O controle judicial é o mais comum dentre os diversos ordenamentos jurídicos existentes, e decorre da experiência americana e austríaca, doutro modo, o modelo político decorre, em sua origem, da desconfiança no judiciário e está ligado a experiência francesa (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1072).

Primeiramente, o controle político é aquele realizado por órgãos diversos do Poder Judiciário, como por exemplo, pelo Parlamento, pelo Poder Legislativo ou até mesmo pelo Poder Executivo. O controle político, atualmente, é mais contundente na realidade francesa em decorrência principalmente das ideias firmadas nas revoluções francesas que atribuíam mais força ao parlamento (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1072). No entanto, vale mencionar desde já que não é exclusivo do modelo francês, como será visto adiante.

Por outro lado, o controle judicial, que tem origem na experiência norte-americana e que foi posteriormente assimilado pela Áustria (de uma forma diferenciada), é o mais recorrente nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, e é caracterizado por atribuir ao Poder Judiciário a interpretação e a palavra final em matérias constitucionais. A justificativa central de atribuir ao judiciário o controle de constitucionalidade, guarda relação com o princípio maior da Separação de Poderes, afinal, se o poder de controlar a constitucionalidade fosse conferido ao Legislativo, como ocorre no modelo francês, e não ao Judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente (BARROSO, 2016, Pg. 50). Dentro do controle judicial, há ainda uma outra distinção, que diz respeito ao órgão do judiciário que realiza o controle, que será analisada mais a frente por fins didáticos.

3.1.2.1.2 Controle Preventivo e Repressivo

A presente classificação diz respeito ao momento em que o controle é realizado. Primeiramente o controle prévio é aquele realizado durante o processo legislativo, antes da entrada em vigor da lei inconstitucional. Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

Controle prévio ou preventivo é aquele que se realiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei e visa a impedir que um ato inconstitucional entre em vigor. O órgão de controle, nesse caso, não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação de eventuais

inconstitucionalidades. (BARROSO, 2016, Pg. 51).

Valido mencionar que o controle preventivo, visto como fase do processo legislativo, confunde-se com o controle político, assim, em regra o controle preventivo será não judicial. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1078).

A seu modo, o controle repressivo é aquele realizado após a entrada em vigor da lei inconstitucional. Em regra, o controle repressivo é feito pelo poder judiciário. Porém, como já mencionado anteriormente, existem exceções a essas regras.

3.1.2.1.3 Controle Incidental e Principal e Controle Abstrato e Concreto

Em virtude das semelhanças práticas que estas classificações possuem, serão analisadas em conjunto para melhor compreensão. Inclusive, alguns autores sequer mencionam diferenças entre estas classificações. Não obstante as semelhanças, tratam-se de classificações distintas. Nesse sentido:

Controles principal e incidental constituem “modos” como a questão de constitucionalidade é levada à apreciação do Judiciário. Enquanto isto, os controles abstrato e concreto exprimem a maneira como a questão de constitucionalidade é apreciada e julgada pelo Judiciário. Quando a questão de constitucionalidade é relacionada com uma situação pessoal e concreta, há controle concreto. Na hipótese em que se examina a compatibilidade da norma com a Constituição, independentemente de qualquer situação concreta, há controle abstrato (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1083)

Assim, primeiramente quanto ao modo que a questão acerca da constitucionalidade é levada ao judiciário, o controle poderá ser incidental ou principal. No controle incidental a questão acerca da constitucionalidade não é objeto do litígio, mas apenas uma questão preliminar ou prejudicial a este, ou seja, deve ser resolvida como uma premissa para que se possa solucionar um determinado litígio.

Ao contrário do controle incidental, que segue uma tradição americana, o controle principal, que decorre da experiência europeia, é exercido fora de um caso concreto (BARROSO, 2016, Pg.55). Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

O contraposto do controle incidental é o controle principal. No controle

principal a questão constitucional não é suscitada incidentalmente nem constitui prejudicial ao julgamento do litígio que constitui objeto do processo. No controle principal, o objeto do processo é a própria questão constitucional. O processo é instaurado em virtude e apenas em razão da própria alegação da questão de constitucionalidade, não existindo litígio dependente da solução desta questão para ser dirimido (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1082).

Por outro lado, quanto a maneira que a questão acerca da constitucionalidade é apreciada pelo judiciário, o controle poderá ser concreto ou abstrato. No controle concreto, a análise da constitucionalidade da norma se apresenta conjugada à aferição de direito subjetivo ou interesse legítimo, cuja tutela jurisdicional dela depende. A constitucionalidade da norma, em outras palavras, não é o objeto ou mesmo o fim do processo. O controle abstrato, ao contrário é realizado diretamente sem vincular a questão da constitucionalidade a nenhum caso concreto. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1079).

Enfatizando as diferenças entre as classificações:

O controle incidental sempre é de natureza concreta. O controle principal, em regra, é de natureza abstrata, mas pode, excepcionalmente, ter natureza concreta, como é exemplo o mandado de injunção, em que a questão de inconstitucionalidade por omissão constitui objeto da ação, mas é aferida a partir da situação pessoal, concreta, lamentada em juízo pelo demandante. É o caso também da ação direta interventiva, cuja decisão favorável é requisito de admissibilidade para a intervenção federal. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1083).

3.1.2.1.4 Controle Judicial Difuso e Concentrado

Como já mencionado anteriormente, o controle judicial pode ser classificado conforme o órgão que o realiza, podendo ser difuso ou concentrado, fazendo surgir duas possibilidades de sistemas.

Primeiramente, o controle difuso, que decorreu da experiência norte-americana, se dá quando o controle de constitucionalidade é exercido por todo e qualquer juiz ou tribunal do poder judiciário. Diz-se que o controle difuso tem íntima relação com o controle incidental, tendo em vista qualquer juiz pode fazê-lo, diante de casos concretos (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1083).

A seu modo, o controle concentrado, originário do modelo austríaco, é aquele em que o controle de constitucionalidade é atribuído a um único órgão ou a um número limitado de órgãos do poder judiciário (BARROSO, 2016, Pg.54).

Compreendidas as classificações, passa-se agora para o enquadramento do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

3.1.2.2 O Modelo Brasileiro de Controle de Constitucionalidade

A compreensão das mais diversas espécies de controle de constitucionalidade nos permite sistematizar a forma que este controle é exercido no Brasil, salientando-se desde já, a tendência brasileira em assimilar todas as espécies.

Primeiramente, quanto à natureza do órgão que exerce o controle de constitucionalidade, o modelo brasileiro contempla tanto o controle judicial quanto o político ou não judicial. Tipicamente, cabe ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade no Brasil, no entanto, existem diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo destacando-se aqui o veto de uma lei por inconstitucionalidade realizado pelo Presidente da República, como no do Poder Legislativo, que pode ocorrer com a rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade. Ressalta-se que nos dois casos o controle também será preventivo (BARROSO, 2016, Pg.51). Existem no entanto, hipóteses de controle político repressivo, nos casos de o Poder Legislativo sustar atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar e sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o limite da delegação legislativa (LENZA, 2016, Pg.316).

Assim, no Brasil, o controle judicial será em regra repressivo e o controle político será em regra preventivo. Porém, assim como o controle político excepcionalmente é exercido de forma repressiva, é possível também um controle preventivo feito pelo Poder Judiciário no caso de Mandato de Segurança impetrado por parlamentar contra o processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas (BARROSO, 2016, Pg.51). É válido mencionar que para Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, Pg.1078), esta não seria uma hipótese de controle preventivo, e sim repressivo.

Cabe ainda mencionar que a doutrina majoritária afirma que no Brasil vigora o controle judicial, em um sistema eclético que combina elementos do modelo americano e do europeu. Ou seja, haveria tanto o controle de modo incidental quanto o controle de modo principal, e ainda, tanto o controle concentrado quanto o controle difuso (BARROSO, 2016, Pg.64). No entanto, rechaçando a existência de um modelo misto:

Bem vistas as coisas, portanto, os sistemas difuso e concentrado constituem abstrações que apenas podem ser separadas, e assim ter validade conceitual, quando se apresentam autonomamente. Se o controle de constitucionalidade é deferido aos juízes em face de todo e qualquer caso, inexistindo previsão de via direta, o controle é difuso, porém, note-se bem, incidental. De outra parte, se o controle é conservado nas mãos da Corte Constitucional, como no sistema austríaco pré-1929, o controle é concentrado, mas, sublinhe-se, exercido na forma principal. Isso quer dizer que, nos sistemas em que os juízes exercem o controle de constitucionalidade diante de qualquer caso, e, ao lado disso, este controle também é deferido à Suprema Corte mediante a via direta, há, na realidade, controle difuso decorrente das formas incidental e principal. Misturam-se, portanto, os modelos incidental e principal, não o controle difuso com o concentrado. Se existe sistema misto, esse é constituído pelo modelo incidental somado ao principal, os quais, por sua vez, permitem o controle concreto e o controle abstrato, ainda que, como já demonstrado, a via principal possa, excepcionalmente, também levar ao controle concreto. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1084).

É razoável a ideia exposta acima, de que não há concomitantemente um controle concentrado e um difuso, pois esta classificação limita-se a definir qual o órgão que realiza o controle de constitucionalidade e levando-se em conta que todos os órgãos podem realizar tal controle, há então um modelo difuso, que no entanto pode ser exercido de forma principal ou incidental. No entanto, adotamos a posicionamento de que há de fato um modelo misto, pois, quando analisamos o controle exercido de modo principal, notamos uma delimitação do órgão que pode realiza-lo o que não ocorreria em um modelo estritamente difuso.

Assim, no Brasil há tanto um controle difuso que em nossa realidade se confunde com o incidental, quanto um controle concentrado, exercido de modo principal e em regra abstrato, que são os casos das ações diretas.

Seguindo os ensinamentos de Luis Roberto Barroso (2016, Pg.64) as ações diretas existentes em nosso ordenamento são os instrumentos aptos a desencadear o controle de constitucionalidade concentrado, exercido de modo principal e abstrato. Atualmente existem 5, e são aptas a combater as mais diversas espécies de inconstitucionalidade, são elas: A ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a), ação direta interventiva (art. 36, III) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

Válido mencionar, desde já, que a opção por um modelo eclético é um dos fatores que enseja a adoção do sistema de precedentes vinculantes como será visto mais a frente.

Realizado um panorama geral e ilustrativo acerca do controle de constitucionalidade no Brasil, passa-se agora ao tema central que consiste na análise mais aprofundada acerca das diversas espécies de inconstitucionalidades presentes em nosso ordenamento jurídico, que são

as bases para as críticas direcionadas ao sistema de precedentes vinculantes introduzido pelo CPC/2015.

3.2 As Espécies de Inconstitucionalidade

Doutrinariamente se concebem diversas classificações acerca dos tipos de inconstitucionalidades existentes em nosso ordenamento jurídico, que variam a partir de diversos critérios, como por exemplo, o procedimento de criação, o conteúdo da norma, o momento de criação ou o tipo de atuação estatal que a ocasionou (BARROSO 2016, Pg.38). Serão expostas as principais classificações.

3.2.1 Inconstitucionalidade Formal e Material

Como visto anteriormente adota-se no ordenamento brasileiro um conceito misto de constituição, que leva em conta tanto a forma de introdução das normas como também seu conteúdo. Assim, impõe-se que as normas infraconstitucionais sigam a forma adequada de inserção no ordenamento, e ao mesmo tempo, que obedeçam ao conteúdo das regras e dos princípios presentes na constituição. Nesse sentido:

Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico. A inconstitucionalidade será material quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio (BARROSO, 2016, Pg.38).

A inconstitucionalidade material consiste em uma incompatibilidade de conteúdo entre o ato normativo infraconstitucional criado com as regras e os princípios explícitos ou implícitos presentes na constituição. Diz – se então que a constituição cria um modelo de atuação para o legislador, que devera sempre atuar dentro dos limites impostos, vedando-se a atuação que extrapole tais limites (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1088).

Por outro lado, a inconstitucionalidade formal é aquela em que ocorre um desrespeito ao procedimento de criação da norma previsto na constituição, e pode ser subdividida em três espécies: inconstitucionalidade formal orgânica, inconstitucionalidade formal propriamente

dita e inconstitucionalidade formal por violação dos pressupostos objetivos do ato normativo (LENZA, 2016, Pg.302).

A inconstitucionalidade formal orgânica ocorre em decorrência da violação das regras de repartição de competência previstas na Constituição Federal, ou seja, quando o ato normativo é criado por uma autoridade incompetente. Por exemplo caso a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação crie uma lei em matéria penal, em matéria de direito civil, ou ainda editar normas gerais sobre direito tributário, incorrerá em inconstitucionalidade por violação da competência da União na matéria (BARROSO, 2016, Pg.39).

A seu modo, haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita se a determinada espécie normativa for produzida sem a observância do seu processo legislativo próprio. Cada espécie normativa possui uma forma adequada de inserção no ordenamento jurídico, e a esse procedimento de inserção denomina-se de processo legislativo. O processo legislativo possui etapas que vão desde a iniciativa até a promulgação. Desse modo, a inobservância de qualquer etapa desse procedimento irá gerar a inconstitucionalidade formal propriamente dita (LENZA, 2016, Pg.304).

Por fim, a inconstitucionalidade por violação dos pressupostos objetivos do ato se da hipótese de o agente competente para expedir determinado ato não o fazer diante dos requisitos impostos pela Constituição Federal. Cita-se como exemplo a expedição de Medidas Provisórias sem preencher os requisitos da relevância e da urgência previstos no Art. 62 *caput* da Constituição.

Um mesmo ato pode conter tanto uma inconstitucionalidade formal quanto uma material, sendo que, em qualquer caso a consequência será a mesma, qual seja, a nulidade do ato normativo. Haverá, no entanto, uma única situação em que o caráter formal ou material da inconstitucionalidade acarretará efeitos diversos: quando a incompatibilidade se der entre uma nova Constituição — ou uma emenda constitucional — e norma infraconstitucional preexistente. Fala-se aqui da inconstitucionalidade superveniente, que será estudada (BARROSO, 2016, Pg.40).

3.2.2 Inconstitucionalidade Originária e Superveniente

A distinção em análise leva em conta os momentos de edição da norma constitucional e da norma infraconstitucional.

Primeiramente, a inconstitucionalidade originária se dá quando a norma jurídica infraconstitucional já nasce inconstitucional, ou seja, com incompatibilidade formal ou material com a constituição vigente (BARROSO, 2016, Pg. 426).

A seu modo, a inconstitucionalidade superveniente seria aquela em que a norma infraconstitucional nasce compatível com a constituição vigente, porém, viria a se tornar inconstitucional posteriormente. Discute-se na doutrina a possibilidade da chamada inconstitucionalidade superveniente. Nesse sentido:

É correto dizer que a lei é inconstitucional quando confronta com a Constituição vigente. Porém, se, posteriormente à edição da lei, surge novo texto constitucional, é possível indagar se a lei foi revogada ou se a lei permanece constitucional, cogitando-se, neste último caso, de inconstitucionalidade superveniente. Sustentar a existência de inconstitucionalidade superveniente pressupõe aceitar que a lei pode ter a sua validade aferida em face de Constituição posterior, com base no princípio da supremacia da Constituição. Por outro lado, falar em revogação implica admitir que a superveniência de norma constitucional derroga a lei com ela incompatível, circunscrevendo-se a questão ao âmbito do direito intertemporal. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1103).

Para Luis Roberto Barroso, quem nos filiamos neste tema, não existe inconstitucionalidade superveniente no ordenamento brasileiro. Em suas palavras:

A inconstitucionalidade será superveniente quando resultar do conflito entre uma norma infraconstitucional e o texto constitucional, decorrente de uma nova Constituição ou de uma emenda. Como já assinalado, não existe no direito brasileiro inconstitucionalidade formal superveniente: a lei anterior subsistirá validamente e passará a ter status da espécie normativa reservada pela nova norma constitucional para aquela matéria. Já a inconstitucionalidade material superveniente resolve-se em revogação da norma anterior, consoante orientação consolidada do Supremo Tribunal Federal (v., supra) (BARROSO, 2016, Pg.48).

Deve-se esclarecer as diferenças entre a inconstitucionalidade superveniente com os fenômenos da recepção e da revogação.

Fala-se em revogação e não em inconstitucionalidade quando há incompatibilidade material da norma infraconstitucional com a Constituição ou com a emenda constitucional que passou a vigorar posteriormente à sua promulgação. Tal entendimento foi firmado na ADIN número 2 de 1997. A seu modo, fala-se em recepção quando a norma jurídica infraconstitucional, embora seja materialmente compatível com a nova Constituição ou

emenda constitucional, for formalmente incompatível (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1103).

Discute-se ainda, a possibilidade de configuração de inconstitucionalidade superveniente em face da chamada mutação constitucional que consiste na mudança de entendimento de dispositivos da constituição vigente, sem no entanto, haver uma alteração formal. Para Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero não há que se falar em inconstitucionalidade superveniente:

Não é correto equiparar decisão de inconstitucionalidade revogadora de precedente com inconstitucionalidade superveniente. O fenômeno da mutação jurisprudencial e da revogação dos precedentes se situa em local distinto ao daquele que é reservado ao processo de inconstitucionalização de norma (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg.1107).

Não obstante a existência de certa divergência acerca da matéria, tal discussão não se faz relevante devido a a Lei 9.882/1999 que regulamenta o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental que possibilita levar tal discussão diretamente ao STF (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg.1107).

3.2.3 Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão

A Constituição Federal é composta de normas preceptivas e normas proibitivas. As normas preceptivas são normas que ordenam um dever jurídico de legislar, a seu modo, as normas proibitivas ordenam um não fazer ao legislador. Nesse contexto, é possível se falar em inconstitucionalidade por ação ou por omissão (BARROSO, 2016, Pg.41).

Primeiramente, a inconstitucionalidade por ação é aquela que decorre da realização de atos normativos incompatíveis com a constituição, violando normas proibitivas, que podem ser originários de qualquer dos três poderes. É a espécie mais recorrente, conforme leciona Luis Roberto Barroso:

Os múltiplos modelos de controle de constitucionalidade — americano, austríaco, francês —, bem como as variadas modalidades de controle — político ou judicial, prévio ou repressivo, difuso ou concentrado, principal ou incidental —, foram concebidos para lidar com o fenômeno dos atos normativos que ingressam no mundo jurídico com um vício de validade. Todos esses mecanismos se destinam, de uma forma ou de outra, a paralisar a eficácia ou a retirar do ordenamento um ato que foi praticado, que existe. Uma lei inconstitucional. (BARROSO, 2016, Pg.42).

Doutro modo, a inconstitucionalidade por omissão decorre do descumprimento de alguma norma preceptiva imposta pela Constituição Federal, ou seja, é a inconstitucionalidade decorrente da inercia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada ou então, no âmbito do Poder Executivo, caso este deixe de tomar medidas político-administrativas de sua competência, que esteja obrigado a fazer (BARROSO, 2016, Pg. 42).

A inconstitucionalidade por omissão é tema relativamente recente na realidade brasileira, que só veio a ser tutela na Constituição de 1988 com o mandato de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

A omissão poderá ser total ou parcial. A omissão inconstitucional total estará configurada quando o legislador, deixar de legislar inteiramente sobre determinada matéria, fazendo surgir três alternativas: reconhecer autoaplicabilidade à norma constitucional, penas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente, criar para o caso concreto a regra faltante (BARROSO, 2016, Pg.45).

A omissão parcial comporta a identificação de duas espécies: a omissão parcial no plano subjetivo e a omissão parcial no plano objetivo. No primeiro caso a norma não atinge a todos os destinatários para a qual foi criada. No segundo caso, a lei não é legislada na sua integralidade. (BARROSO, 2016, Pg.45).

Diante de uma inconstitucionalidade por omissão, Luis Roberto Barroso identifica três alternativas:

Também aqui há três linhas possíveis de atuação judicial: (a) a declaração da inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação; (b) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias; (c) a extensão do benefício à categoria dele excluída. A primeira solução, embora encontre amparo na ordem constitucional, traria o inconveniente de universalizar a situação desvantajosa, em lugar de beneficiar os excluídos. É claro que, se a desequiparação fosse pela criação de um ônus para determinada categoria, e não um benefício, a declaração de inconstitucionalidade seria solução indiscutível. A segunda possibilidade já foi acolhida no Brasil, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, mas sem fixação de prazo para o legislador 93. A terceira enfrenta dificuldades relativamente a princípios como separação de Poderes, legalidade, orçamento e reserva do possível. A posição tradicional da jurisprudência no Brasil é a de rejeição de pleitos dessa natureza com base na Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal, que, todavia, abriu uma controvertida exceção a sua própria jurisprudência. (BARROSO, 2016, Pg.46).

A nosso ver, a solução deve ser analisada caso a caso, adotando-se a alternativa mais viável a partir da ponderação de princípios, quais sejam: a separação de Poderes de um lado e a supremacia da Constituição e a isonomia de outro lado. Não podendo ser pré-determinada a impossibilidade de extensão a partir de interpretações analógicas da sumula 339 do Supremo Tribunal Federal.

3.2.4 Inconstitucionalidade direta e indireta

A inconstitucionalidade será direta quando há entre o ato impugnado e a Constituição uma violação imediata. A seu turno, ocorrerá inconstitucionalidade indireta quando o ato normativo expedido, antes de contrastar com a Constituição, conflita com uma lei, falando-se assim em uma violação reflexa (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg.1109).

3.2.5 Inconstitucionalidade total e parcial

Tal classificação diz respeito ao aspectos da norma que são tidos como inconstitucionais. Nesse sentido:

Uma lei pode ter um ou mais artigos inconstitucionais, sendo constitucional em seu restante. Do mesmo modo, parte de um artigo pode ser inconstitucional e a outra constitucional. Isso quer dizer que uma lei pode ter artigos constitucionais e artigos inconstitucionais, assim como um artigo pode ter parte constitucional e parte inconstitucional (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg.1107).

A inconstitucionalidade será total quando toda a espécie normativa estiver contaminada pelo vício da inconstitucionalidade, s por não ter obedecido a forma adequada ou por possuir conteúdo incompatível com a constituição. Por outro lado, será parcial quando recair sobre um ou vários dispositivos, ou sobre fração de um deles, ou até mesmo sobre palavras. (BARROSO, 2016, Pg.47)

Importante não confundir a inconstitucionalidade parcial com a inconstitucionalidade por omissão parcial, nesse sentido:

Não se deve confundir inconstitucionalidade parcial com inconstitucionalidade derivada de omissão parcial. São situações nada semelhantes. A inconstitucionalidade derivada de omissão parcial constitui defeito decorrente de inação do legislador, que, diante do seu dever de legislar para dar concretude à norma constitucional, comete ilicitude,

fazendo aparecer a inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade parcial, por sua vez, significa que porção de uma lei ou de um artigo contém inconstitucionalidade, constituindo, portanto, defeito da lei e, assim, da própria ação do legislador (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg.1107).

Realizado o estudo das espécies de inconstitucionalidade, resta agora compreendermos quais pontos e sobre quais argumentos parte da doutrina sustenta a inconstitucionalidade do sistema de precedentes vinculantes introduzido pelo CPC/2015.

4 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES VINCULANTES

4.1 Críticas acerca da inconstitucionalidade do sistema de precedentes vinculantes: as teses encontradas na doutrina

Como já destacado, o Código de Processo Civil de 2015 desenvolveu a partir de vários dispositivos, uma nova sistemática de operação com precedentes vinculantes, dentre os dispositivos podem ser mencionados o Art. 311 que permite a concessão de tutela de evidência com base em precedentes, o Art. 489 que impõe a observância dos precedentes na fundamentação das decisões dos magistrados, o Art.988 e seguintes que prevê hipóteses de cabimento de reclamação e etc. Dentre os diversos dispositivos normativos instituídos, sem dúvida aquele crucial para a vinculação dos precedentes é o Art.927 que trouxe um rol de incisos que contemplam precedentes que devem ser obrigatoriamente observados pelos magistrados.

No entanto a vinculação aos precedentes não foi aceita por completo na doutrina, havendo assim a polarização no debate acerca da temática. De um lado há quem defenda a inconstitucionalidade dos precedentes vinculantes por alguns motivos que serão analisados. Por outro lado, há quem defenda que tal vinculação é, além de constitucional, necessária.

Primeiramente, far-se-á uma análise acerca dos principais pontos que são tidos como inconstitucionais por parte da doutrina.

4.1.1 Juiz boca da lei ao juiz boca de tribunal: violação da independência funcional dos magistrados

A primeira crítica encontrada na doutrina diz respeito à imposição de observância obrigatória aos precedentes que restaria por limitar a atividade interpretativa dos magistrados, tal como ocorria anteriormente com a observância cega da lei, e isso, conseqüentemente, comprometeria a independência funcional dos magistrados.

Preliminarmente, é necessário compreender o que seria a independência funcional dos magistrados. O Art. 95 da Constituição Federal estabelece três garantias à magistratura, quais sejam: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. Por trás de tais garantias existe a proteção de um direito mais amplo que é a independência judicial. Assim, a tríplice garantia buscou criar segurança para o exercício da função de julgar sem interferências externas. Vedar a redução de seus subsídios, sua remoção injustificada ou a perda do cargo

sem o trânsito em julgado de decisão com esse conteúdo, confere ao magistrado a independência necessária para o exercício de sua função, logo, seria a independência um direito dos magistrados (TAVARES, 2012). Mais que um direito dos magistrados, a independência pode ser vista ainda como uma garantia institucional de um regime democrático (COMPARATO, 2004).

Deve-se ainda fazer um segundo esclarecimento acerca da independência dos magistrados. Esta pode ser dívida em interna e externa. Diz-se externa quando leva-se em conta o Poder Judiciário em seu conjunto, ou seja, é independente quando não está subordinado aos demais Poderes do Estado. Por outro lado, a interna diz respeito a própria organização do judiciário, são independentes os magistrados quando não há subordinação hierárquica entre eles (COMPARATO, 2004).

Como já destacado, antigamente, por influência da revolução francesa a atividade jurisdicional se limitava a declarar a vontade da lei, reduzindo a atividade jurisdicional a um ato meramente declaratório, e assim perdurou por muito tempo no Brasil até o aperfeiçoamento nas teorias interpretativas. Para alguns doutrinadores a vinculação aos precedentes transforma os antigos juízes “bocas da lei” em juízes “boca dos tribunais” na medida em que, em suas concepções, os magistrados passarão a ter que seguir, sem liberdade interpretativa, os entendimentos dos tribunais superiores, Nesse sentido:

Pretendem uma transição tardia: ao mesmo tempo em que se abandona o juiz boca da lei (o que, cá para nós, isso é muito velho; já tinha sido superado por Kelsen, Hart e todos os positivistas pós-exegéticos, sem falar nos pós-positivistas e não positivistas que lhes sucederam), quer-se, aqui, a institucionalização de um realismo de segundo nível ou grau: Cortes que produzam teses que serão aplicadas pelo, agora, juiz (e desembargadores) boca-dos-precedentes (ou teses). Ou seja, o boca da lei troca de nome e função (STRECK, 2016, Pg.4).

O ponto central desta crítica é a de apontar uma possível inconstitucionalidade formal, qual seja, a violação da independência funcional dos magistrados. Defende-se que a independência funcional dos magistrados é uma garantia constitucional de todos os juízes, que poderia ser relativizada apenas pela própria constituição, como ocorreu no caso das súmulas vinculantes, e nunca por lei infraconstitucional (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015). Ou seja, critica-se o uso da lei ordinária como instrumento legislativo inadequado, havendo então uma inconstitucionalidade formal propriamente dita.

No entanto, há entendimento de que a independência funcional, por ser uma garantia individual dos magistrados, estaria coberta pelo Art.60 §4º inciso IV da CF (PEIXOTO, 2017),

sendo então uma cláusula pétrea, insuscetível de modificação ainda que por emenda constitucional, devendo-se falar então em inconstitucionalidade material, o que atingiria inclusive as súmulas vinculantes introduzidas na Constituição via emenda.

Argumenta-se que a vinculação a precedentes criados por cortes superiores causaria uma proibição de juízes e tribunais inferiores interpretarem no momento de aplicação do direito, o que representaria nítida violação a independência funcional interna dos magistrados (STRECK, 2016).

Defende-se ainda, que o CPC estaria alterando a competência dos tribunais superiores, os transformando em cortes de precedentes, sendo que tal alteração só poderia ser feita via emenda constitucional por alterar competências constitucionais (STRECK, 2016). Reforçando o argumento, vale lembrar que o STF já analisou e admitiu a mudança de competência constitucional por meio de emenda constitucional no julgamento do HC 78418-3 cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio em 1999 (TAVARES, 2012, versão digital).

4.1.2 A violação da separação de poderes: O poder judiciário legisla?

A segunda crítica a ser analisada aponta uma violação ao princípio constitucional da separação de poderes sob dois aspectos: O primeiro refere-se ao fato de que a vinculação a precedentes obrigatórios via lei ordinária violaria a independência judicial (o que por si só já é alvo de crítica como visto) o que conseqüentemente afetaria a separação de poderes, tendo em vista que esta seria uma garantia institucional do judiciário. O segundo está ligado a ideia de que os precedentes seriam preceitos abstratos e gerais, tal como uma lei, o que implicaria na concessão de poderes legislativos ao judiciário sem autorização constitucional (PEIXOTO, 2017).

O principal ponto da crítica centraliza-se na ideia de que os precedentes seriam preceitos gerais e abstratos e só poderiam ser vinculantes casos essa observância obrigatória fosse introduzida via emenda constitucional, logo, referem-se especificamente aos incisos III e IV do Art.927. Nesse sentido:

Vinculação a preceitos abstratos, gerais, vale dizer, com característica de lei, só mediante autorização da Carta Política, que até agora não existe. STF e STJ, segundo a CF 102 e 105, são tribunais que decidem casos concretos, que resolvem lides objetivas (e.g. ADIn) e subjetivas (e.g. RE, REsp). Não legislam para todos, com elaboração de preceitos abstratos: salvo quanto à súmula vinculante (STF, CF 103-A), não são tribunais de teses. Fazer valer e dar eficácia ao CPC 927 III a V é deixar de observar o due process of law, o

texto e o espírito da Constituição (NERY ANDRADE NERY, 2015, pg.1911).

No mesmo sentido acima, Lênio Streck (2016, pg.3) critica: “Porém, sem que eles percebam, acabam atribuindo ao judiciário um papel de criar ‘normas gerais e concretas’ com aptidão e conformar situações futuras de maneira vinculante como se lei fossem”.

Reforçando a tese da inconstitucionalidade formal, Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti (2015) ressaltam dois casos semelhantes aos precedentes que foram declarados inconstitucionais em nosso ordenamento jurídico: o prejudgado previsto no Art.263 do Código Eleitoral e o Art.902 §1º da CLT que conferia força normativa geral para as decisões do TST.

4.1.3 O IRDR e a violação ao direito de ação

O direito de ação está previsto no Art.5º Inciso XXXV da Constituição Federal e garante o acesso ao judiciário diante da lesão ou ameaça de lesão a direito. Neste ponto, a doutrina dirige sua crítica ao fato de que o IRDR, quando instaurado, gera uma absoluta vinculação de todas as demandas repetitivas sem permitir ao particular optar prosseguir com sua ação individual, o que já asseguraria seu direito de ação (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015).

Em dois dispositivos podemos perceber o caráter geral e absoluto do IRDR: no Art. 982, Inciso I que prescreve a necessidade de suspensão de todos os processos quando admitido o IRDR e no Art. 985 Inciso I, que prevê a aplicação da tese a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. Criticando o IRDR, Georges Abboud discorre:

Essa forma de vinculação absoluta fere o direito fundamental de ação (art. 5.º, XXXV, da CF/1988). Não há como o NCPC impedir o direito de a parte prosseguir com sua demanda isoladamente, ou seja, fora do regime jurídico do IRDR.¹⁹ O sistema processual deve sempre assegurar ao litigante o direito de opção. Essa possibilidade de escolha decorre do direito fundamental de ação, de sorte que o legislador não pode criar uma forma de vinculação absoluta pro et contra sem estabelecer mecanismos processuais que assegurem seu pleno exercício (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015,Pg.6).

Desse modo defendem os críticos que o CPC ao não possibilitar a autoexclusão do IRDR acaba por violar o direito de ação, havendo assim uma inconstitucionalidade material

tendo em vista que o direito de ação está inserido dentro do rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

4.1.4 O IRDR e a violação de competências constitucionais: a vinculação dos juizados especiais e as novas hipóteses de cabimento de reclamação

Outra inconstitucionalidade apontada é a vinculação dos juizados especiais às teses firmadas pelos tribunais no IRDR, como dispõe o Art.985, Inciso I:

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:
I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

O argumento acerca da inconstitucionalidade do dispositivo acima seria a determinação de que a tese jurídica posta no incidente incidisse nos processos que tramitam nos juizados especiais, sendo que, o STF já possui o entendimento de que os juizados não estão submetidos aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015).

Desse modo os tribunais locais e regionais por não possuírem competência recursal sobre os juizados especiais de seu território, por força do arranjo de competências fixado na Constituição Federal, não podem vincular os juizados especiais, assim, seria inconstitucional uma lei ordinária infraconstitucional desrespeitar as regras de competência existentes na Constituição.

Vale anotar ainda, dentro do argumento de violação a distribuição de competências pelo CPC/2015, há quem defenda que a vinculação a precedentes não pode ensejar o cabimento de novas hipóteses de reclamação constitucional como fazem os Arts. 988, IV, 985, § 1º que possibilitam o cabimento da reclamação em incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência (LENZA, 2015). Defende-se ainda que não seria possível prever hipóteses de cabimento de reclamação a tribunais que não sejam o STF e o STJ.

Assim, em síntese, os críticos do sistema de precedentes defendem que os juízes devem ser livres para decidir sem qualquer vinculação à decisões remotas, desde que hajam de acordo com a lei, salvo se houver previsão constitucional de observância a precedentes (PEIXOTO, 2017).

4.1.5 O IRDR e a Violação ao contraditório

Por fim, uma última inconstitucionalidade apontada na doutrina, também referente ao IRDR, diz respeito à ausência da previsão de uma representatividade adequada como pressuposto para a vinculação que soluciona casos repetitivos a partir de um caso-piloto (ABBOUD e CAVALCANTI, 2015). Fala-se então de uma inconstitucionalidade material.

O Incidente de resolução de demandas repetitivas é uma técnica processual destinada a criar uma solução para uma questão de direito que se repete em diversas ações. Ou seja, a solução aplicada em um caso vinculará todos os outros que encontram-se pendentes na jurisdição daquele tribunal. Nesse sentido, discute-se a necessidade da previsão da presença de um ente legitimado à tutela dos direitos dos litigantes presentes nos casos pendentes, tendo em vista que todos serão atingidos pelo resultado.

4.2 A constitucionalidade dos precedentes vinculantes

Apontadas as possíveis inconstitucionalidades existentes na introdução de um sistema de vinculação a precedentes, busca-se agora, a partir da desconstrução das teses críticas, defender a constitucionalidade dos precedentes obrigatórios, e além disso, demonstrar a sua necessidade e eficiência na tutela de direitos fundamentais frente a atual conjuntura do judiciário brasileiro.

4.2.1 Desconstruindo as teses críticas

Primeiramente é relevante constatar a incongruência na argumentação de quem defende que a vinculação à precedentes só poderia ser feita via emenda constitucional e não por lei ordinária sob pena de violar a independência funcional e a separação de poderes. Deve-se compreender que a independência judicial e a separação de poderes são cláusulas pétreas, logo, se adotarmos posicionamento no sentido de que os precedentes vinculantes violam tais cláusulas estes não poderiam ser introduzidos sequer por emenda constitucional, que já nasceria inconstitucional (ZANETI E PEREIRA, 2016). Logo, é incongruente defender a inconstitucionalidade formal por violação de cláusulas pétreas.

Feita a observação preliminar, o primeiro argumento a ser combatido diz respeito à afirmação de que o sistema de precedentes vinculantes seria inconstitucional por violar a independência funcional. Ou seja, sustenta-se que o juiz apenas é independente quando

tem poder para decidir de forma diferente e independente das Cortes Supremas, sem levar em conta sua competência para uniformizar a aplicação da lei federal e sedimentar entendimento constitucional, e sem considerar direitos fundamentais como o da isonomia (MARINONI, 2017, pg. 150).

Afirmamos que a existência de precedentes obrigatórios não implica na violação à independência judicial e nem retira a possibilidade interpretativa dos magistrados pelos seguintes motivos.

O Poder Judiciário não pode ser visto de forma isolada a partir da perspectiva de cada magistrado, e sim deve ser considerado enquanto uma instituição que deve sempre garantir segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados. O CPC/2015 ao introduzir os precedentes obrigatórios busca construir uma isonomia na aplicação do direito, ou seja, ao contrário de uma inconstitucionalidade o que se tem é uma busca de se efetivar direitos fundamentais. Quer-se dizer que, de fato os precedentes vinculantes atingem a independência individual dos juízes de primeiro grau, no entanto, esta relativização ocorre de forma legítima (MARINHO, 2016, pg. 94).

Adiante será visto que a vinculação à precedentes além de legítima, é uma exigência implícita da Constituição Federal na medida em que esta busca a defesa de direitos fundamentais, e os precedentes vinculantes nada mais são instrumentos normativos destinados que buscam a efetivação destes.

Assim, considerar a independência judicial a partir de uma perspectiva individual é permitir a existência de um sistema jurídico irracional que falha na tutela dos direitos fundamentais (MARINONI, 2017, pg.151).

A independência judicial consiste na garantia de que o magistrado esteja submetido e decida apenas conforme o direito. Tendo isso em mente, não podemos considerar apenas a lei como direito, este é mais amplo, e sem dúvida deve englobar a norma jurídica formada nos casos concretos em especial àquelas decorrentes da atuação dos tribunais superiores cuja função é uniformizar o direito. Nesse sentido, cabe ainda mencionar que o Art.8 do CPC dispõe que o juiz ao julgar deve aplicar o ordenamento jurídico e não apenas a lei, devendo incluir assim os precedentes obrigatórios (MARINHO, 2016, Pg. 94).

A própria Constituição assegura ao STF e ao STJ as funções de, respectivamente proteger a constituição unificando sua interpretação e a de uniformizar a aplicação da lei federal (Art.102, caput e 105, III, c da CF). Esse argumento já nos permite afastar a tese de que o CPC estaria alterando competências ao criar “cortes de precedentes”, tendo em vista

que manter a uniformidade na aplicação do direito já é uma competência dos Tribunais superiores (PEIXOTO, 2017).

Importante ressalva deve ser feita acerca da tese que afirma que o CPC teria criado competências originárias aos tribunais ao prever o IRDR:

Como se sabe, não é possível ao legislador ordinário criar competências originárias para os tribunais. As competências dos tribunais regionais federais estão estabelecidas no art. 108 da Constituição Federal, cabendo às Constituições Estaduais fixar as competências dos tribunais de justiça (art. 125, § 10, CF). O legislador ordinário pode - e foi isso que fez o CPC - criar incidentes processuais para causas originárias e recursais que tramitem nos tribunais, mas não lhe cabe criar competências originárias para os tribunais. É também por isso que não se permite a instauração do IRDR sem que haja causa tramitando no tribunal (DIDIER e CUNHA, 2016, Pg. 595)

Logo, o IRDR não é uma nova competência na medida em que é um incidente que poderá ser instaurado nas causas originárias dos tribunais, inexistindo cabimento de IRDR sem a existência de alguma causa.

Junto ao exposto, é extremamente equivocada afirmação de que os precedentes obrigatórios proibiriam os juízes de interpretar transformando-os em “boca dos tribunais”. Os precedentes sempre precisam ser interpretados e sempre tem a possibilidade de serem superados pelo tribunal competente e sempre poderão ser afastados de um caso concreto quando feita a distinção por qualquer um aplicador. A crítica de que os precedentes proíbem os magistrados de primeiro grau de interpretar ocasionando a violação de sua independência parte principalmente da má compreensão acerca da aplicação da teoria dos precedentes. Assim, os precedentes, assim como as leis, mas diferentes destas, também são elementos normativos que demandam de atividade interpretativa para sua aplicação (PEIXOTO, 2017).

O fato de o precedente ser vinculante significa que ele será aplicado independentemente da vontade do magistrado, no entanto, tal aplicação não é, e nem deve ser automática, existem técnicas para que a aplicação ocorra, sendo que, esta sempre dependerá da interpretação para que haja a adequação ao caso concreto. A incidência da *ratio decidendi* a um caso concreto pressupõe uma análise dos elementos que integram os casos. Ou seja, a aplicação do precedente depende da interpretação do caso concreto e dos casos remotos para que se verifique a incidência ou não da norma, sendo que, está só irá ocorrer diante da similitude dos fundamentos determinantes dos casos e de sua compatibilidade, tal como exige o Art.489 §1º inciso V do CPC (PEIXOTO, 2017).

Vale notar que, permite-se a utilização da ressalva de entendimento na aplicação de um precedente vinculante. A ressalva de entendimento é uma técnica importante na verificação da qualidade do precedente e na sua possível superação. Ainda que a vinculação do precedente se dê em decorrência da lei, por meio do Art.927, o que nos levaria a crer que não seria a qualidade do precedente que o tornaria vinculante como ocorre nos países que adotam o sistema jurídico do Common Law, é importante notar que um precedente frágil pode ser facilmente superado, ou seja, o que quer dizer-se com isso é que a qualidade do precedente é importante para fortalece-lo ou enfraquece-lo, o que levaria neste último caso á sua superação. A técnica da ressalva de entendimento é de grande relevância pois também evidencia o papel dos juízes de primeira instância na superação dos precedentes (CARVALHO E SILVA, 2016, Pg.744).

Cumpre-nos destacar ainda, que o precedente vinculante não é criado de forma arbitrária pelos tribunais superiores, eles decorrem de um processo harmonioso de formação, que depende da participação das partes e de todos os órgãos jurisdicionais representando assim o entendimento de todo o Poder Judiciário (PEIXOTO, 2017).

Logo, pelo que se expos, é inconcebível defender que o uso de precedentes obrigatórios implica na violação da independência judicial e proíbe o juiz de interpretar, pois como visto, a interpretação não é só presente como também é necessária para a adequada aplicação dos precedentes, e além disso, a formação dos precedentes demanda participação de todos os órgãos jurisdicionais e ainda fortalece o judiciário enquanto uma instituição que deve assegurar a isonomia e a segurança jurídica entre os jurisdicionados.

Afastou-se também o argumento de que o CPC teria alterado a competência dos tribunais superiores, pois como visto, uniformizar a aplicação do direito sempre foi um dever atribuído pela Constituição, sendo também necessária para concretizar direitos fundamentais. Além disso, especificamente no que tange ao IRDR, como já foi dito, não representa uma nova competência originária na medida em que se aplica incidentalmente a causas já existentes.

O segundo argumento a ser afastado diz respeito aos dois aspectos da violação a separação de poderes. Discute-se o fato de que os precedentes seriam preceitos gerais e abstratos com característica de lei e com aptidão para obrigar toda a sociedade, ou seja, o CPC estaria concedendo poderes legislativos ao judiciário, o que só poderia ser feito por emenda.

Na mesma linha do que foi sustentado anteriormente, as críticas ao sistema de precedentes partem principalmente de sua má compreensão. Não há que se confundir preceitos abstratos e gerais com os precedentes judiciais. Como vem sendo defendido, o

precedente judicial é a norma extraída da decisão judicial em um caso concreto cujo núcleo essencial pode ser aplicado a casos análogos, isto significa dizer que as súmulas, os enunciados e as teses firmadas, que possuem caráter vinculante pelo Art.927, não podem se desprender dos casos que as originaram, e nesse mesmo sentido está o Art.926 §2º ao determinar que os tribunais ao editarem súmulas não podem se desprender das circunstâncias fáticas que as originaram. Ou seja, os provimentos no Art. 927 não são autônomos, eles possuem uma dupla limitação, quais sejam, a lei e as circunstâncias dos casos que lhe deram origem, logo, o que vincula não é o enunciado em si, mas sim a *ratio decidendi* que pode ser extraída das decisões proferidas nos casos que lhe deram origem (ZANETI E PEREIRA, 2016).

Além disso, os precedentes previstos no Art.927, inciso III a V (que são aqueles tidos especificamente como inconstitucionais) possuem uma obrigatoriedade apenas interna, ou seja, não vinculam os outros poderes como fazem as súmulas vinculantes, reforçando seu caráter integrador e uniformizador na aplicação do direito pelos magistrados. Não há que se confundir a lógica de vinculação de uma súmula vinculante com os precedentes previstos exclusivamente no Art.927. Estes últimos, só vinculam diretamente o próprio Poder Judiciário (PEIXOTO, 2017).

Logo, não há que se falar em violação a separação de poderes pois não há semelhança entre uma lei a criação de um precedente, muito menos estes últimos presentes exclusivamente no Art.927 (inciso III a V) que não possuem aptidão para vincular outros poderes, não havendo assim uma interferência do judiciário em outras esferas.

Afastando a tese de inconstitucionalidade por violação a separação de poderes, asseveram Hermes Zaneti Jr e Carlos Frederico Bastos Pereira:

Esta expressão, por sinal, é uma contradição em termos por dois motivos. A uma, porque não há violação ao princípio democrático e à separação de poderes. A criação da norma - geral e abstrata - é e continuará sendo uma prática privativa do Poder Legislativo, uma vez respeitado dentro do devido procedimento legislativo o aspecto formal, consistente na liberdade de conformação do legislador no âmbito de sua discricionariedade estrutural, e o aspecto material, correspondente à proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais no âmbito de sua discricionariedade epistêmica. Por sua vez, a reconstrução da norma - geral e concreta - é tarefa ínsita à atividade jurisdicional em razão da impossibilidade de ser criada uma norma a partir do nada do vácuo normativo, do vazio textual, devendo o Poder Judiciário reconstruir os significados normativos de acordo com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e a tradição jurídica (art. 1.º do CPC/2015 (LGL\2015\1656)) (ZANETI, 2016, Pg.4).

Além do que foi exposto, contesta-se na doutrina (ABBOUD E CAVALCANTI, 2015) o fato de que haveria violação ao direito de ação por não estar prevista a possibilidade de autoexclusão do IRDR sem ter que desistir da demanda, ou seja, defende-se a possibilidade de se prosseguirem as ações individuais.

Concordamos com a ideia, não unânime na doutrina, de que o IRDR é de fato um instrumento de tutela coletivizada, por tratar de um situação jurídica coletiva, qual seja, a repetição de casos. Percebe-se assim que o grupo é formado *a posteriori* de forma ficta, com a instauração do incidente (ZANETI e DIDIER, 2016).

Na tradicional tutela coletiva brasileira prevalece o direito de exclusão (*opt out*). Isso significa dizer que todos os membros do grupo serão atingidos pelos benefícios resultantes das ações coletivas, exceto se optarem por não fazerem parte do resultado do julgamento. No entanto, com o IRDR houve uma mudança, pois é espécie de tutela *opt in*, isto é, somente aqueles que ingressaram com demanda poderão ser beneficiados ou prejudicados com o resultado do julgamento não havendo direito de retirada do grupo (BRANDÃO e CARDOSO, 2016).

Como já vem se falado, os precedentes obrigatórios tem por finalidade uniformizar o direito, garantindo segurança jurídica e isonomia entre os jurisdicionados, logo, neste caso, a autoexclusão comprometeria toda a racionalidade do sistema de precedentes. A única maneira do titular da demanda em trâmite se excluir do IRDR sem ter que desistir da demanda é demonstrando de forma fundamentada que sua causa apresenta uma situação particular, o que ensejaria uma tutela diferente (DIDIER e CUNHA, 2016, Pg.600)..

Não haveria razão para permitir que o particular prosseguisse com sua ação individual, já que a tese seria formada de uma forma ou de outra e se tornaria vinculante para os casos semelhantes. Permitir a exclusão em casos semelhantes é abrir espaço para a jurisprudência lotérica é reconhecer que o judiciário age de forma incoerente e desigual, proferindo decisões diferentes para casos iguais, o que não pode mais ser aceito.

Logo, não há que se falar em violação ao direito de ação, pois este é garantido no momento em que o autor ingressa sua pretensão no judiciário. O fato de sua causa fazer parte e se vincular ao resultado de um incidente de resolução de demandas repetitivas não obsta o direito de ação pois não interfere em seu resultado, já que a tese firmada sinalizará o entendimento do tribunal o qual seria alcançado ainda que individualmente pela parte. Ao contrário do que se defende, há um respeito maior ao direito de ação da parte na medida em que a sistemática de precedentes vinculantes buscará conferir maior celeridade na prestação jurisdicional.

Além disso, importante observar que o IRDR confere resultado mais democrático ao processo pois permite, com a sua ampla publicidade exigida pelo Art. 979, a intervenção de partes de outros processos e de *amicus curiae*, que poderão contribuir oferecendo elementos técnicos e argumentos para a formação da tese jurídica (DIDIER e CUNHA, 2016, Pg.606). O relator poderá designar ainda audiências públicas, o que amplia a qualidade do debate e fortalece a formação do precedente. Garante-se assim um resultado justo e igualitário.

Aponta-se ainda a inconstitucionalidade na vinculação dos juizados especiais aos precedentes firmados pelos Tribunais em IRDR. Tal vinculação, de fato, é problemática e enseja alguns questionamentos sinalizados por Rodrigo Becker e Victor Trigueiro:

i) haveria relação hierárquica entre os Tribunais (TJs e TRFs) e a suas Turmas Recursais e Juizados Especiais, a justificar a submissão dos juízes que compõem esses últimos aos precedentes firmados por aqueles?; ii) poderia um juiz vinculado a um juizado especial suscitar o IRDR diretamente ao TJ ou TRF, mesmo não estando a ele subordinado hierárquica e funcionalmente?; iii) caberia ao tribunal julgar o caso e firmar a tese jurídica ou apenas firmar a tese (procedimento-modelo ou caso piloto[7])?; iv) uma vez descumprida a tese pelo juiz ou turma recursal, poderia a parte ingressar com reclamação perante o Tribunal formador do precedente? (BECKER E TRIGUEIRO, 2017, pg.3).

Primeiramente, não obstante não exista relação hierárquica entre os juízes, que compõem a estrutura dos juizados especiais para com os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais e o STJ, o exercício de controle destes sobre aqueles não seria novidade, tem –se como exemplo o entendimento de que cabe ao TRF decidir conflitos de competência entre juizados especiais federais e juízos federais, conforme estabelecido na Súmula 428 do STJ. Não havendo assim inconstitucionalidade na submissão aos precedentes firmados por estes tribunais simplesmente por não haver hierarquia (DIDIER e CUNHA, 2016, Pg.643).

Não vislumbra-se óbice à possibilidade de um juiz vinculado ao juizado especial suscitar o IRDR diretamente ao TJ ou TRF. No entanto, a dúvida surge a partir do momento em que deveremos verificar se o Tribunal irá julgar o caso do juizado e firmar a tese (sistema causa-piloto) ou se irá apenas firmar a tese para o caso como ocorre no sistema causa-modelo (BECKER e TRIGUEIRO, 2017).

Vale notar que a regra proposta pelo ordenamento foi adotar o sistema causa-piloto. No sistema da causa-piloto, o órgão jurisdicional seleciona um caso para julgar, fixando a tese a ser seguida nos demais. Diferente do que ocorre no sistema da causa-modelo, a qual instaura-se um incidente apenas para fixar a tese a ser seguida, não havendo a escolha de uma causa a ser julgada (DIDIER e CUNHA, 2016, Pg.593). No entanto, há uma hipótese em que

aplica-se o sistema causa-modelo, como ocorre no art. 976 parágrafo primeiro do CPC: "A desistência ou o abandono do processo não impede o exame do mérito do incidente". Ou seja, neste caso mesmo que haja desistência na causa piloto, o tribunal ainda fará a tese (DIDIER e CUNHA, 2016, Pg.595).

Nos parece mais correta a tese que defende que os Tribunais irão apenas firmar a tese para o caso, tendo em vista que, se fossem julga-lo haveria violação de competência pois a corte não possuiria competência funcional para apreciar demanda proveniente do juizado especial, nem mesmo poderia selecionar um caso já existente no tribunal para julgamento, já que a demanda é proveniente do juizado (BECKER E TRIGUEIRO, 2017).

Com relação ao ajuizamento de reclamação perante o Tribunal contra decisão proferida pelo juizado especial ou pela Turma Recursal, o próprio Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento, através da Resolução nº 6/2016, que esta reclamação será cabível (BECKER E TRIGUEIRO, 2017).

Outra tese que questiona a constitucionalidade do IRDR diz respeito à suposta violação ao contraditório tendo em vista a ausência da previsão de intervenção de um legitimado extraordinário. Refuta-se tal argumento a partir de uma análise sistemática do ordenamento jurídico.

Não podemos considerar a ausência de previsão de intervenção dos legitimados extraordinários como uma violação ao contraditório, tendo em vista que como já explicado acima, o Art. 979 do CPC prevê a possibilidade de intervenção de partes de outros processos e de *amicus curiae*, o que possibilita assim o contraditório amplo. Ou seja, a concretização do direito fundamental ao contraditório perpassa por uma publicidade adequada do Incidente que deve ser sempre analisada e assegurada pelos magistrados, de modo que, caso não seja cumprida, será um caso de erro no procedimento e não uma inconstitucionalidade decorrente do IRDR.

Além disso, nada impede a intervenção dos legitimados extraordinários, tais como o Ministério público ou as Associações Cívicas, pois como se viu, será ampla a participação na formação da tese vinculante e a intervenção desses legitimados sempre será admitida quando presentes os seus interesses institucionais no caso em questão.

Desse modo, nota-se que não pendem inconstitucionalidades perante o IRDR, nem por representar uma nova competência dos tribunais, nem por violar direito de ação, nem por vincular os juizados especiais e nem por representar violação ao contraditório.

Por fim, tem-se a afirmação de que seria inconstitucional prever hipóteses de cabimento de reclamação para tribunais que não sejam o STF e o STJ.

Seguindo a doutrina de Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, pg. 530) o cabimento da reclamação constitucional decorre da teoria dos poderes implícitos. Sendo assim, todos os tribunais teriam a reclamação como um instrumento apto a resguardar as usas competências e a preservação da autoridade de suas decisões.

4.2.2 A necessidade dos precedentes vinculantes

Realizada a desconstrução das teses que defendem a inconstitucionalidade do sistema de precedentes vinculantes, afirmando assim sua constitucionalidade, passa-se à compreensão de sua importância e necessidade no ordenamento jurídico tendo em vista a realidade atual do judiciário brasileiro.

4.2.2.1 A vinculação aos precedentes e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade

Conforme já foi analisado nesta monografia, o constituinte brasileiro, no intuito de ampliar a proteção aos direitos constitucionais, optou por um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, juntando tanto um controle difuso que em nossa realidade se confunde com o incidental e concreto, quanto um controle concentrado, exercido de modo principal e em regra abstrato. Desse modo, a Constituição admitiu um controle difuso realizado por qualquer juiz de primeira ou segunda instância e também permitiu o Supremo Tribunal Federal de efetuar o controle difuso e concentrado.

Pela teoria tradicional, em regra, a decisão do Supremo que declara incidentalmente uma lei inconstitucional produziria efeitos *inter partes* e não vinculantes. Após declarar a inconstitucionalidade de uma lei em controle difuso, o STF deveria comunicar essa decisão ao Senado e este poderia suspender a execução, no todo ou em parte, da lei viciada (art. 52, X) (CAVALCANTE, 2017).

Ou seja, originalmente, no Brasil, a vinculação às decisões do Supremo Tribunal Federal decorrem principalmente da natureza dessas decisões (abstratas) e não da necessidade de se assegurar a coerência, isonomia e previsibilidade.

Podemos destacar então, principalmente, dois problemas que permeiam o modelo clássico do controle de constitucionalidade difuso exercido pelo STF, quais sejam: a ausência de vinculação do precedente firmado e os poderes atribuídos ao Senado no procedimento.

Primeiramente tal procedimento fazia com que a expansão do efeito das decisões proferidas pelo STF ficasse a mercê da discricionariedade do Senado Federal, sendo então incoerente a presença deste órgão legislativo no procedimento (IVO, 2017).

Gilmar Mendes e Paulo Branco (2017, pg. 1039) defendem um releitura no papel do Senado Federal, a partir do reconhecimento de uma verdadeira mutação constitucional do Art. 52, X, da CF/88. Teria a referida casa legislativa apenas o papel de dar publicidade àquilo que foi decidido pelo Supremo, sem ponderar acerca do grau de vinculação da decisão.

Além do exposto, a opção por um modelo eclético se mostra problemática na prática em decorrência do fato de não haver uma vinculação geral aos precedentes constitucionais, isto é, aos precedentes julgados de modo incidental pelo STF. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no âmbito do modelo difuso-incidental de constitucionalidade, irão vincular somente as partes, mantendo-se a lei ou ato normativo declarados inconstitucionais na demanda válidos perante a sociedade, ainda que tal decisão emane do STF (IVO, 2017).

É inadmissível, incoerente e até mesmo inconstitucional aceitar que um juiz de primeiro grau, ao julgar uma demanda, possa, em sede de controle difuso de constitucionalidade, aplicar uma lei que o próprio STF, guardião da Constituição Federal, já declarou inconstitucional, independentemente da espécie de controle exercido (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1138).

Não atribuir vinculação aos precedentes firmados pelo STF em controle difuso é incoerente com o fim pretendido pelo constituinte originário ao adotar um modelo híbrido de controle de constitucionalidade.

Ao se conferir a possibilidade de todo e qualquer juiz realizar o controle de constitucionalidade amplia-se a proteção, porém, ao mesmo tempo, ao atribuir-se eficácia apenas *inter partes* às decisões proferidas pelo STF acerca da constitucionalidade da lei, sem determinar a observância por parte de todo o judiciário, a tutela dos direitos fundamentais perde-se na insegurança e na falta de isonomia dos pronunciamentos dos magistrados que podem vir a ter entendimentos diferentes acerca da constitucionalidade de uma mesma lei, ocasionando decisões que não respeitam a isonomia (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 1136-1137)

Ou seja, a vinculação à precedentes constitucionais é um requisito de racionalidade para dar a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei (MARINONI, 2017, pg. 63-64).

Defende-se então a necessidade de as decisões do STF, seja em controle concentrado ou difuso, firmarem precedentes vinculantes aos demais órgãos do poder judiciário (IVO, 2017).

Aliás, com o Código de Processo Civil de 2015, especificamente a partir do Art.949 §único, vislumbra-se a possibilidade de se atribuir normatividade vinculante e eficácia geral conferida às decisões incidentais de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que dispensa a instauração da arguição de inconstitucionalidade quando o Supremo já houver se manifestado acerca desta, sem especificar o tipo de pronunciamento (IVO, 2017). Dispõe o Art. 948 §único:

Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Válido notar que este foi o atual posicionamento do STF nas ADI's 3406/RJ e ADI 3470/RJ julgadas em 29/11/2017. Ou seja, se uma lei ou ato normativo é, incidentalmente, declarado inconstitucional pelo plenário do STF essa decisão, assim como acontece no controle abstrato, também produz eficácia erga omnes e efeitos vinculantes. Houve assim o acolhimento da teoria da abstrativização do controle difuso (CAVALCANTE, 2017).

Nesse mesmo sentido lecionam Gilmar Mendes e Paulo Branco:

Esse entendimento marca evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal, proferida *incidenter tantum* (MENDES e BRANCO, 2017, pg.1039).

Assim, a vinculação à precedentes constitucionais é um importante, e necessário, passo, na medida em que confere racionalidade à opção do constituinte pelo modelo híbrido

de controle de constitucionalidade, tornando efetiva a proteção pretendida por este e assegurando os direitos fundamentais ligados à observância dos precedentes, que serão analisados a seguir.

4.2.2.2 Os Precedentes Vinculantes como instrumento de efetivação de direitos fundamentais.

Conceituar os direitos fundamentais é o primeiro passo para que possamos demonstrar sua relação direta com os precedentes judiciais.

Seguindo a posição adotada por Scarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, pg. 348-349) os direitos fundamentais possuem uma dupla fundamentalidade, quais sejam: a formal e a material. A partir da fundamentalidade formal, são considerados direitos fundamentais aqueles que estão presentes na norma máxima de um estado, ocupando o ápice do ordenamento, isto é, estão na Constituição. A seu modo, levando em conta a fundamentalidade material, são considerados direitos fundamentais aqueles que, por seu conteúdo, estão atrelados à estrutura do Estado e da sociedade e à proteção da pessoa humana.

Atualmente o Poder Judiciário brasileiro vive um momento paradoxal. Na mesma medida em que crescem o número de demandas aumenta-se também o descrédito na prestação jurisdicional e isso decorre principalmente da morosidade e da falta de isonomia nas decisões proferidas em casos semelhantes, o que compromete a segurança jurídica e direitos constitucionais como o acesso a justiça. Destacam-se como problemas atuais do judiciário brasileiro: decisões conflitantes, sobrecarga e morosidade da justiça e insatisfação com o Poder Judiciário. Nesse cenário, podemos identificar a violação de alguns direitos, quais sejam: a isonomia, a segurança jurídica e o acesso à justiça que engloba a ideia de celeridade e eficiência.

Temos por certo que, todos estes direitos suprimidos são considerados fundamentais por estarem presentes na constituição ou por serem inerentes, por conteúdo, à estrutura de um Estado de Direito. Assim, busca-se enfatizar a utilização dos precedentes vinculantes como alternativa necessária para combater tal conjuntura, concretizando tais direitos fundamentais.

Primeiramente, o direito à igualdade está expressamente previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal e no art.7º do CPC/2015 como uma de suas normas fundamentais. A igualdade pode ser compreendida a partir de dois aspectos diferentes. Em um primeiro aspecto, faz-se necessária a distinção entre igualdade perante a legislação (igualdade formal) e igualdade na legislação (igualdade material). No segundo aspecto, é preciso ressaltar a

diferença entre igualdade no processo e igualdade pelo processo (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 888).

Na igualdade formal (perante a legislação) o juiz deve aplicar a legislação de modo igualitário, conforme dispõe o Art.139, inciso I do CPC. A seu modo, a igualdade material diz respeito a inexistência de distinções arbitrárias no seu conteúdo, ou seja, as distinções são possíveis desde que o critério adotado seja legítimo. Sob a outra perspectiva, a igualdade no processo diz respeito à paridade de armas, no sentido de conferir os mesmos instrumentos a ambas as partes. E a seu modo, a igualdade pelo processo diz respeito aos resultados dele decorrentes (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 889).

É pensando na igualdade pelo processo que nota-se a necessidade de adoção de um sistema de precedentes vinculantes, pois esta diz respeito a unidade na aplicação do direito pelo processo. Ou seja, o sistema de precedentes vinculantes, representando-se principalmente pelos Arts. 926 e 927 asseguram a igualdade na medida em que, com o resultado do processo, possibilitam a aplicação uniforme do direito, tratando de forma igualitária situações jurídicas semelhantes. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg. 891).

É inadmissível o tratamento desigual conferido a situações jurídicas semelhantes, tal fato vai de encontro com as exigências constitucionais de igualdade e de respeito aos direitos fundamentais, não podendo assim prevalecer em nosso ordenamento jurídico. Desse modo, percebe-se que a vinculação aos precedentes é uma exigência constitucional na medida em que viabiliza o direito à igualdade.

A segurança jurídica a seu modo, não está expressamente prevista na Constituição Federal, porém, é um dos fundamentos da própria noção de Estado Constitucional, sendo possível extrai-lo implicitamente da Constituição a partir de vários dispositivos, como por exemplo do Art.5º *caput* e do Art.5º XXXVI, quando prevê que o legislador não pode prejudicar “a coisa julgada”. Desse modo, é também considerado um direito fundamental (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg.916).

A segurança jurídica diz respeito a previsibilidade das consequências jurídicas de determinadas condutas, estando a ela inerente o direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais (MARINONI, 2017, 96-97).

Na mesma linha do direito a igualdade, a segurança jurídica não se dá apenas no processo, mas também pelo processo, ou seja, deve-se levar em conta os resultados por ele produzidos o que nos levar a compreender a exigência de respeito: à preclusão; à coisa julgada; à forma processual em geral; e ao precedente judicial. Ou seja, a observância ao precedente judicial é medida essencial para se cumprir a segurança jurídica, e tendo em vista

que a Constituição implicitamente assegura este direito, conclui-se que a observância aos precedentes é também uma exigência constitucional (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg.918).

Desse modo, o legislador infraconstitucional, não trouxe a tarefa de vinculação aos precedentes judiciais, já que essa vinculação advém da própria Constituição enquanto um dever de assegurar a isonomia e a segurança jurídica, este atuou apenas no sentido de explicitar tal exigência e de desenvolver a dinâmica de operação com precedentes (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg.918).

A segurança jurídica é imprescindível em um Estado de Direito, pois possibilita que o cidadão saiba os efeitos que as suas ações poderão produzir, e também como os terceiros poderão reagir diante delas. Mas essa previsibilidade pressupõe o conhecimento prévio do direito, e esta é uma exigência dirigida à lei e às decisões judiciais (MARINONI, 2017, pg. 98).

Quer-se dizer que, ao contrario do que se pensava, a lei não é suficiente para garantir a segurança jurídica na medida em que esta de nada adianta se o jurisdicionado não puder prever o modo como esta será interpretada. A lei possibilita o conhecimento da norma, porém, a previsibilidade necessária à segurança jurídica, exige também a possibilidade do conhecimento prévio acerca da interpretação da norma e nesse aspecto os precedentes vinculantes exercem papel indispensável (MARINONI, 2017, pg.101).

Em linhas gerais, enquanto o conhecimento da norma esta atrelado ao conhecimento das leis, a observância dos precedentes está ligada à interpretação destas leis pelos tribunais, e ambos são necessários para que seja cumprida a segurança jurídica.

Junto à isonomia e à segurança jurídica, outro direito fundamental inerente a tutela jurisdicional é a celeridade ou duração razoável do processo. Tal direito tem respaldo no art. 5.º, LXXVIII da Constituição e é tratado como norma fundamental no processo civil, conforme o Art. 4º do CPC. A duração razoável do processo tem intima relação com a efetividade na tutela e conseqüentemente com a confiabilidade no Judiciário (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017, Pg.922).

Nota-se que atualmente o cenário brasileiro é caracterizado pela massificação do acesso à justiça, o que ocasiona na redução da atenção individual que os juízes de todos os graus de jurisdição podem dar a cada processo (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016). Nesse cenário paradoxal de massificação e necessidade de uma tutela efetiva e célere, a figura dos precedentes vinculantes se apresenta como uma alternativa necessária, na medida em que possibilita a cooperação de órgãos e de instâncias diversas do Poder Judiciário que poderão

usar as fundamentações e as teses de julgamento desenvolvidas pelos tribunais (CAMPOS MELLO e BARROSO, 2016, pg.4).

Como analisado o respeito aos precedentes assegura a isonomia, a segurança jurídica além de tornar o processo mais célere, concretizando assim a duração razoável do processo. Somado a isso, tem-se por certo que promove-se também uma economia de despesas, na medida em que torna desnecessária a interposição de recurso, eliminando as despesas financeiras decorrentes dele e o tempo gasto atrelado ao seu processamento (MARINONI, 2017, pg. 101). A conclusão que se chega é a de que o sistema de precedentes vinculantes possibilita um Poder Judiciário mais eficiente, na medida em que reduz custos e torna mais célere a tutela jurisdicional.

Não há dúvidas de que o custo do processo e a sua morosidade consistem em grandes obstáculos ao acesso à justiça na realidade brasileira, o que compromete inclusive a credibilidade do Poder Judiciário. Nesse cenário, o respeito aos precedentes torna-se imprescindível.

Importante ressaltar que a mera previsão de observância aos precedentes não soluciona o problema do judiciário de modo automático, é necessário ainda a assimilação e a compreensão, pelos juristas, da teoria dos precedentes para que se evitem novos problemas.

Assim, em um cenário evidentemente crítico vivenciado pelo judiciário brasileiro, é inegável a relação direta que os direitos fundamentais possuem com os precedentes. A vinculação aos precedentes se apresenta como uma alternativa louvável introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, apta a concretizar direitos fundamentais atualmente ignorados, tornando o ordenamento mais coerente, racional e justo.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, nota-se que não há vício de inconstitucionalidade na vinculação a aos precedentes atribuída pelo CPC/2015.

É inconcebível defender que o uso de precedentes obrigatórios implica na violação da independência judicial e proíbe o juiz de interpretar, pois como visto, a interpretação não é só presente como também é necessária para a adequada aplicação dos precedentes, e além disso, a independência deve considerar o Poder Judiciário como um todo, e não a partir da individualidade de cada magistrado.

Além disso, afasta-se também o argumento de que o CPC teria alterado a competência dos tribunais superiores, pois como visto, uniformizar a aplicação do direito sempre foi um dever atribuído pela Constituição e necessário para concretizar direitos fundamentais, e, especificamente no que tange ao IRDR, como já foi dito, não representa uma nova competência originária na medida em que se aplica incidentalmente a causas já existentes

Ademais, não há que se falar em violação a separação de poderes pois não há semelhança entre uma lei a criação de um precedente, e além disso, este não se confunde com mandamentos comportamentais.

Por fim, não pendem inconstitucionalidades perante o IRDR, nem por representar uma nova competência dos tribunais, nem por violar direito de ação, nem por vincular os juizados especiais e nem por representar violação ao contraditório.

Assim, ao contrário do que apontam os críticos, a previsão de um sistema de precedentes vinculantes decorre de uma exigência constitucional em prol da defesa de direitos fundamentais constitucionalmente previstos e atualmente marginalizados no cenário jurídico brasileiro e, além disso, representa uma mudança necessária na medida em que confere racionalidade à opção do constituinte pelo modelo híbrido de controle de constitucionalidade, tornando efetiva a proteção pretendida por este.

O legislador infraconstitucional, por intermédio do CPC/2015, não trouxe a tarefa de vinculação aos precedentes judiciais, já que essa vinculação advém implicitamente da própria Constituição enquanto um dever de assegurar a isonomia e a segurança jurídica. Desse modo, este atuou apenas no sentido de explicitar tal exigência e de desenvolver a dinâmica de operação com precedentes.

Não obstante, ao afirmar a constitucionalidade dessa nova sistemática não estamos dizendo que esta irá funcionar automaticamente e que por si só irá solucionar a crise

vivenciada pelo judiciário brasileiro, no entanto, representa um importante passo neste processo pois como visto os precedentes se apresentam como uma alternativa apta.

A operação com precedentes ao mesmo tempo em que contribui na interpretação das leis, representa também um novo elemento que os juristas deverão lidar, o que enfatiza a importância do desenvolvimento e do aperfeiçoamento de uma teoria dos precedentes judiciais.

É importante enfatizar que a eficácia dos precedentes na concretização dos direitos fundamentais passa por uma correta aplicação e compreensão da teoria dos precedentes e dos institutos a ele inerentes, por exemplo, é preciso extrair corretamente uma *ratio decidendi*, não bastando a mera referência a casos anteriores, sendo necessária uma correta interpretação dos casos para que se possa verificar a incidência ou não da norma extraída.

Compreender e assimilar uma teoria dos precedentes não é tarefa fácil, principalmente ao levarmos em conta a cultura jurídica predominante no ordenamento jurídico brasileiro e a falta de consenso na doutrina acerca dos conceitos que o rodeiam. Apesar disso, ainda que seja um desafio para os magistrados e para a doutrina se adequar a essa nova sistemática, afirmar a constitucionalidade desta é um passo importante para este processo de aprendizado que deve ocorrer de modo conjunto, sempre em prol da defesa dos direitos constitucionalmente assegurados.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araujo. **Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/85237>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

Barroso, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. **O IRDR e os Juizados Especiais**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-iridr-e-os-juizados-especiais-20042017>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

BRANDÃO, Carla de Jesus; CARDOSO, Juliana Provedel. **As duas técnicas de processo coletivo: ações coletivas e casos repetitivos**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/25851/18961>>. Acesso em: 12 de abril de 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o novo Código de Processo Civil, Brasília, DF, março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone; BARROSO, Luís Roberto - **Trabalhando com uma Nova Lógica: a ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-28/artigo-barroso-explica-precedentes-cpc-muda-direito>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Capítulo 34: **Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro**. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8dd291cbea8f231982db0fb1716dfc55>>. Acesso em: 31 de maio de 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**. Estudos Avançados, v.18, n.51, mai./ago.-2004, disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil volume 3: meios de impugnação às decisões judiciais**. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil volume 2: Teoria da prova, Direito probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela provisória**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 16ª ed. Salvador: JusPODIUM, 2014.

DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes Jr. **Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções**. Disponível em: <https://www.academia.edu/26753276/A%C3%87%C3%95ES_COLETIVAS_E_O_INCIDENTE_DE_JULGAMENTO_DE_CASOS_REPETITIVOS_ESP%C3%89CIAS_DE_PROCESSO_COLETIVO_NO_DIREITO_BRASILEIRO_APROXIMA%C3%87%C3%95ES_E_DISTIN%C3%87%C3%95ES>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

DONIZETTI, Elpídio - **A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 27 de setembro de 2017.

IVO, Rebeca Henriques Silva. **Os precedentes judiciais no âmbito do controle difuso-incidental de constitucionalidade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54020/os-precedentes-judiciais-no-ambito-do-controle-difuso-incidental-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 31 de maio de 2018.

JESUS, Priscila Silva de. **Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (E-pub)

LENZA, Pedro. **Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>>. Acesso em: 22 de setembro de 2017.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. **Capítulo 3: A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes**. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil v.2: A tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (E -pub)

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller 1998, p.274-275.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2015. (E-book)

PEIXOTO, Ravi. **(In) Constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: Um debate necessário**. Disponível em: <https://www.academia.edu/35138611/_In_constitucionalidade_da_vincula%C3%A7%C3%A3o_dos_precedentes_no_CPC_2015_-_um_debate_necess%C3%A1rio>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

RODRIGUES, Rafaela Possera. **Precedentes obrigatórios e o Novo Código de Processo Civil**. 2016. 40 f. Dissertação (Pós graduação em Direito Processual Civil) – Escola de Direito de Brasília, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (E-pub)

STRECK, Luiz Lênio - **Precedentes IV: final. Por que interpretar não é um ato de vontade**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-13/senso-incomum-precedentes-iv-final-interpretar-nao-ato-vontade>>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

_____, Luiz Lênio. **Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

_____, Luiz Lênio. **Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

_____, Luiz Lênio. **Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

_____, Luiz Lênio; ABOUD, Georges. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012. (E-pub)

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.12.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104597>>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

_____, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.