

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS

ISABELA DOMINIAK SOARES

**A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL *VERSUS* SEPARAÇÃO DE PODERES**

Manaus/AM
2017

ISABELA DOMINIAK SOARES

**A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL VERSUS SEPARAÇÃO DE PODERES**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade do Estado do Amazonas.

Orientador:
NEUTON ALVES DE LIMA

Manaus/AM
2017

S654u

Soares, Isabela Dominiak

A utilização dos precedentes do artigo 927 do código de processo civil versus separação de poderes : * / Isabela Dominiak Soares. Manaus : [s.n], 2017.

63 f. : il. ; 13 cm.

TCC - Graduação em Direito - Bacharelado - Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2017. Inclui bibliografia

Orientador: Lima, Neuton Alves de
Coorientador: *

1. Precedente. 2. Separação de poderes. 3. Constitucionalidade. 4. Processo civil. I. Lima, Neuton Alves de (Orient.). II. * (Coorient.). III. Universidade do Estado do Amazonas. IV. A utilização dos precedentes do artigo 927 do código de processo civil versus separação de poderes



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

ISABELA DOMINIAK SOARES

**A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL VERSUS SEPARAÇÃO DE PODERES**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'N. Alves de Lima', is written above a horizontal line.

Orientador (a): MSc. Neuton Alves de Lima

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. dos Santos Justiniano', is written above a horizontal line.

Membro 2: MSc. Jeibson dos Santos Justiniano

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Thirso Del Corso Neto', is written above a horizontal line.

Membro 3: Thirso Del Corso Neto

Manaus, 14 de Novembro de 2017.

RESUMO

O presente estudo aborda a constitucionalidade de precedentes no Brasil, que deriva do modelo *common law*, apesar do modelo *civil law* adotado pela Constituição Federal de 1988. Verifica as circunstâncias históricas que favoreceram o aparecimento nos ordenamentos jurídicos americano, alemão e brasileiro. Explicita os mecanismos adotados pelo Brasil após a Constituição Federal de 1988, como a súmula vinculante, o sistema de precedentes do código processual de 2015 e a teoria adotada pela Lei 13.300/2016 do Mandado de Injunção. Finalmente será analisada a possibilidade de uma violação ao princípio da separação de poderes com a usurpação de competência legislativa pelo judiciário, com enfoque no art. 927, do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Precedente. Separação de poderes. Constitucionalidade.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Studie befasst sich mit der Verfassungsmäßigkeit von Präzedenzfällen in Brasilien, die sich aus dem Modell des Common Law ableitet, ungeachtet des zivilrechtlichen Modells der Bundesverfassung von 1988. Es wird die historischen Umstände begutachtet, die sein Auftreten in amerikanischen, deutschen und brasilianischen Rechtssystemen begünstigten. Danach werden die Mechanismen Brasiliens nach der Bundesverfassung von 1988, wie die "Súmula Vinculante", das Präzedenzsystem des Verfahrenskodex von 2015 und die Theorie des "Mandado de Injunção", die das Gesetz 13.300 / 2016 angenommen hat, erklärt werden. Schließlich wird die Möglichkeit einer Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung anhand der Anwendung der Gesetzgebungskompetenz durch die Justiz unter besonderer Berücksichtigung von Artikel 927 der Zivilprozessordnung analysiert.

Schlüsselwörter: Präzedenzfall. Gewaltenteilung. Verfassungsmäßigkeit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES AO LONGO DA HISTÓRIA	9
1.1 A ORIGEM DOS PRECEDENTES: COMMON LAW	9
1.2 ORDENAMENTO JURÍDICO ALEMÃO E A FORÇA DAS DECISÕES	15
1.3 HISTÓRICO BRASILEIRO DE CIVIL LAW E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: EFEITOS DAS DECISÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	21
2 OS INSTRUMENTOS VINCULANTES NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	28
2.1 OS EFEITOS CONFERIDOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	28
2.2 SÚMULA VINCULANTE: UMA DAS INOVAÇÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04	34
2.3 BASE PRINCÍPIOLÓGICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	40
3 A CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	46
3.1 AS HIPÓTESES PASSÍVEIS DE FORMAR PRECEDENTES	46
3.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DOS PRECEDENTES	53
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 sucede uma daquelas outorgadas pelo Governo Militar, que assumiu o poder após o golpe de 1964, período em que o país enfrentou a edição de diversas medidas autocráticas. Em virtude de tais arbitrariedades, a Constituição Federal de 1988, que rompeu com o regime militar até então instaurado, teve a preocupação de garantir explicitamente as diversas conquistas da sociedade, sendo classificada como analítica quanto à sua extensão.

A promulgação desta Constituição, chamada inclusive de “cidadã” pelo Deputado Ulysses Guimarães (presidente da Assembleia Constituinte), apresenta-se como um marco na redemocratização do país, tendo sua estrutura montada sobre o princípio da separação dos poderes e no respeito aos direitos fundamentais, visando à efetivação e concretização, na maior medida possível, do respeito à dignidade humana da pessoa. Essa constituição é analítica, abordando minuciosamente os assuntos que o constituinte entendeu como de fundamental importância para a garantia do Estado, sendo a legalidade um princípio trazido de forma expressa em seu artigo 5º, inciso II.

Tal visão se coaduna com o neoconstitucionalismo, que tem impulso a partir do final da 2ª Guerra Mundial, na qual se verificou a violação de diversos direitos fundamentais. Assim, essa perspectiva tem um grande enfoque nos direitos e garantias fundamentais e na eficácia da Constituição, principalmente com a concretização dos direitos fundamentais previstos na Magna Carta.

Na busca pela efetivação dos direitos assegurados pela Constituição Cidadã, o Judiciário brasileiro tem um grande papel a desempenhar. Ele é primariamente responsável pela solução de conflitos, devendo pautar-se na Constituição e demais leis que dela derivam. Todavia, alguns casos não encontram solução em disposições legais, devendo o juiz pautar-se nos princípios gerais de direito, na ordem pública e bons costumes (consoante art. 126, do Código de Processo Civil).

Assim, percebeu-se que, a depender do julgador, casos semelhantes poderiam ter decisões diversas. Diante de tal problemática, procuraram-se mecanismos que assemelhassem decisões de casos idênticos ou com o mesmo fundamento, uniformizando e conferindo, de certa forma, uma previsibilidade à jurisprudência. Tal tendência se materializa com a utilização crescente dos precedentes vinculantes no Brasil, através de institutos como a súmula vinculante, o sistema de precedentes implementado no Código de Processo Civil de 2015, e o Mandado de Injunção, com um novo aspecto dado pela Lei 13.300/2016.

O sistema de precedentes não tinha sido adotado no texto original da Constituição Federal de 1988, tendo sido incorporado ao ordenamento jurídico pátrio cada vez mais, como podemos perceber através dos institutos da súmula vinculante, o Código de Processo Civil de 2015, a Lei 13.300/2016. “Em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER, 2013, p. 441).

Esse precedente pode ser dividido em duas facetas: a primeira seriam os aspectos do caso concreto, as características que levaram à lide; a segunda seria a fundamentação utilizada. O magistrado, ao analisar um caso concreto, deve fundamentar sua decisão, tornando claros os motivos pelos quais decidiu de certa maneira. Essa fundamentação consubstancia a tese jurídica a ser adotada em determinado caso, e é chamada de *ratio decidendi*: “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, 2013, p. 442). O que pode ter caráter obrigatório no precedente é a sua *ratio decidendi*, motivo pelo qual pode ser chamada de precedente em sentido estrito.

Por ser o precedente uma norma abstrata e geral de aplicação vinculante e derivado do poder judiciário, percebe-se uma utilização de função que seria típica do legislativo, através da criação de leis, e não do judiciário.

Isso posto, discute-se no presente estudo se haveria uma afronta ao princípio da separação de poderes, analisando a constitucionalidade de tal sistema, invocando, para tanto os princípios constitucionais como balizadores de toda a pesquisa.

1 A UTILIZAÇÃO DE PRECEDENTES AO LONGO DA HISTÓRIA

Para entender o sistema brasileiro de precedentes, é necessária uma análise das circunstâncias históricas que influenciaram a formação do atual sistema jurídico do Brasil. Apresentaremos a seguir a evolução e as características de dois importantes sistemas que exportaram suas ideias para o mundo inteiro e que utilizam a ideia do precedente e vinculação de decisões. Primeiramente, estudaremos o sistema da *common law* americano bem como sua origem na Inglaterra. Após, analisaremos o sistema alemão, principalmente seu Tribunal Constitucional Federal e a força das decisões por ele proferidas. Finalmente, passaremos a uma análise do ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com enfoque na atuação do Poder Judiciário.

1.1 A ORIGEM DOS PRECEDENTES: *COMMON LAW*

Em 6 de julho de 1889, ano da proclamação da República no Brasil, Salvador de Meneses Drummond Furtado de Mendonça, foi enviado aos Estados Unidos como ministro plenipotenciário em missão especial, juntamente com outro delegado, Lafayette Rodrigues Pereira. Dentre suas funções estava a de realizar um estudo acerca da organização da Corte Suprema dos Estados Unidos da América, conforme informação da Academia Brasileira de Letras (on-line, 2017). “Essa Instituição magnífica e carismática, mediante sua jurisdição constitucional, amoldou e adaptou o texto setecentista dos americanos às necessidades sempre novas de outro dia e de outra época.” (BULOS, 2015, p. 1312).

Outra influência pode ser percebida com o Decreto nº 848 de 1890, que tinha como objetivo organizar a Justiça Federal. Seu artigo 386 dispunha que, em casos omissos, seriam subsidiários da jurisprudência e processo federal os estatutos de povos cultos, especialmente os dos Estados Unidos da América do Norte, e também os casos de *common law* e *equity*. Tal decreto fora revogado, estando em vigor a redação dada pelo Decreto nº 8.668 de 2016, que não contém tal dispositivo. Diante do exposto, percebemos a influência norte-americana no Brasil desde os primórdios da República, fazendo-se mister um estudo sobre o ordenamento jurídico americano.

Os Estados Unidos adotam o sistema jurídico da *common law*, de origem inglesa. Tal sistema se baseia na força das decisões conferidas em caso concreto, tendo a jurisprudência papel fundamental em seu desenvolvimento. Já o Brasil adota, como a maioria dos países europeus, o sistema *civil law*, baseado nas disposições constitucionais e legais aprovadas pelo

parlamento. Apesar de tal diferença, verifica-se uma aproximação entre esses sistemas, que será aprofundada mais à frente. Passamos, primeiramente, à apresentação do sistema da *common law*.

É um sistema jurídico que surgiu na Inglaterra, e se espalhou, principalmente, para os países de língua inglesa, e para aqueles que estiveram associados com a metrópole inglesa ao longo da história. A diferença entre os direitos romanistas e o inglês está presente desde a estrutura. Torna-se difícil para um jurista com estudos na família romano-germânico e acostumado com uma divisão do direito (administrativo, penal, civil, e etc.) entender um sistema que utiliza outras divisões. Além das áreas de conhecimento, os conceitos de cada sistema também podem divergir:

A um nível menos elevados, o dos conceitos, ficaremos igualmente desorientados, não encontrando nem o conceito de poder paternal, nem o do reconhecimento dos filhos naturais, nem o do usufruto, nem o da pessoa moral, nem o de dolo ou força maior, mas encontrando, pelo contrário, conceitos novos de trust, de bailament, de estoppel, de consideration, de trespass, que nada evocam nos nossos espíritos. (DAVID, 1978, p. 354)

O jurista (DAVID, 1978) ainda explica a razão pela qual existem tamanhas diferenças entre esses dois sistemas: a diferente história dos dois tipos de direito. O sistema romanista é relativamente racional e lógico, seguindo uma ordem das regras de direito, organização esta devida, em grande parte, às universidades e ao legislador. Já o direito inglês não teve qualquer preocupação com a organização lógica, pois a sistemática processual era rigorosa. Somente a partir de quando houve uma grande mudança no sistema processual, em 1852, a ciência do direito inglês pôde esforçar-se para racionalizar tais quadros. Sem a racionalidade e lógica características do direito romano:

Os juristas ingleses concebem o seu direito como sendo essencialmente o direito jurisprudencial (*case law*); as regras do direito inglês são, fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores de Inglaterra. (DAVID, 1978, p. 379)

E o que seria essa chamada *ratio decidendi*? Um precedente tem duas partes: a *ratio decidendi* e o *obter dictum*. Aquela diz respeito às razões pelas quais aquele caso foi decidido daquela maneira, sendo essa parte a vinculante. Gustavo Nogueira (2013) ressalta que essa afirmação de a característica principal da *ratio decidendi* ser a parte vinculante da decisão é encontrada em toda a doutrina que se dedicou a estudar e a escrever sobre os precedentes, não somente no Brasil como no exterior. Já a *obter dictum*, de acordo com Marinoni (2016), é tudo aquilo constante na decisão que não estaria contido pela *ratio decidendi*, ou seja, seriam as

conclusões a que o Tribunal chega, mas que não são essenciais para a resolução do caso concreto.

A *ratio decidendi* é aquela apta a atribuir eficácia obrigatória ao precedente, pois compõe os fundamentos determinantes da decisão conferida. Um dos pontos importantes na sua definição é a não limitação à parte dispositiva da decisão, pois tal parte mostra-se limitada e incapaz de abranger as razões para aplicação de determinado entendimento. Assim, assinala Marinoni (2010) que se deve identificar a *ratio decidendi* visando a possibilitar sua futura eficácia vinculante, de forma a garantir igualdade de tratamento nos casos que surgirem, conferindo previsibilidade ao ordenamento. Luís Roberto Barroso ressalta a influência da Inglaterra em outras partes do mundo: “Embora a revolução inglesa não tem atitude tão épico e ambição de propostas da Revolução francesa, o modelo inglês projetou sua influência sobre diferentes partes do mundo, diretamente ou indiretamente (através dos Estados Unidos)” (BARROSO, 2015, p. 35-36).

Como os Estados Unidos adotaram a forma da *common law* e a desenvolveram em outros aspectos, passamos, então, a vislumbrar as particularidades que formam o sistema americano. O início da *common law* nos Estados Unidos poderia ser explicado inclusive através da própria jurisprudência inglesa, com o *Calvin's Case*, julgado em 1608. De acordo com o decidido naquele caso, a *common law* inglesa seria aplicável em territórios que não estão submetidos a nações civilizadas. Todavia, um sistema que se baseia no costume e no aprendizado dos juristas não daria uma resposta satisfatória aos colonos da nova América, sendo aplicado, então, um direito primitivo no início, com ampla discricionariedade aos magistrados.

Após, houve uma reação negativa à essa discricionariedade, época em que alguns códigos foram redigidos (como o de Massachussets em 1634 e Pensilvânia em 1632), prezando pela forma escrita, afastando-se do costume inglês. Apesar de tais particularidades, a influência inglesa foi significativa a ponto de definir o modelo a ser adotado pelo novel país.

Não há muita necessidade de nos interrogarmos sobre as razões que explicam este triunfo da *common law*. É fácil modificar as soluções, as regras que o direito comporta. É muito mais difícil libertarmo-nos de conceitos, técnicas, reações intelectuais ou sentimentais, a que se está habituado e que se usam ou sentem instintivamente. A língua inglesa e o povoamento originalmente inglês dos Estados Unidos mantiveram este país na família da *common law*. (DAVID, 1978, p. 419-420)

Os Estados Unidos da América deram início ao processo de independência de sua metrópole Inglaterra em 4 de julho de 1776, quando o Congresso aprovou a Declaração de Independência, a qual fora redigida em sua maioria por Thomas Jefferson. Tal independência só seria reconhecida pela Inglaterra no dia 3 de setembro de 1783, após a Guerra da

Independência dos Estados Unidos (1776 - 1783).

Em 1789 entrou em vigor a constituição americana, tendo como grande inovação sua forma escrita, no sentido moderno do termo. Barroso (2015) aduz que o modelo inglês, seu precursor, foi estabelecido sobre as raízes tão profundas de um amadurecimento histórico que não necessitava de uma constituição escrita, possuindo apenas documentos relevantes de natureza constitucional, como foi o caso das assim chamadas cartas coloniais (*Colonial Charters ou Colonial Forms of Government*).

A constituição americana marcou a conclusão da Guerra da Independência, tendo como conteúdos principais: independência das treze colônias que formaram os estados unidos, agora sob a forma de uma Federação, mas com a manutenção do formato anterior de estados individuais; a soberania popular como fundamento do Poder do Estado; a superação do modelo monárquico adotado pela metrópole inglesa, com a escolha de um Presidente com mandato temporário; a garantia dos direitos fundamentais para a salvaguarda da liberdade e igualdade das pessoas diante do poder estatal; a implantação de um governo constitucional, fundado na separação de poderes - *checks and balances* - idealizada por Montesquieu, na igualdade e na supremacia da lei, a chamada *rule of law*, de acordo com Barroso (2015).

Tal supremacia mostrou-se de suma importância, configurando um avanço no controle de constitucionalidade. Destaca Alípio Silveira (1962) que como o texto constitucional e os princípios que foram por ele abarcados não poderiam ser ignorados pelo legislador infraconstitucional, foi criado o controle judicial da constitucionalidade das leis, o chamado *judicial review*, modelo este adotado por diversas nações, inclusive o Brasil republicano.

O controle de constitucionalidade norte-americano fora afirmado pela Suprema Corte com o caso *Marbury versus Madison*, no qual negou a aplicação de leis que considerou contrárias aos ditames da constituição. No julgamento, a Corte procurou demonstrar que sua competência para controlar a constitucionalidade dos atos derivaria logicamente do sistema. Com essa decisão, Barroso (2012) informa a verificação de alguns pressupostos do controle de constitucionalidade como a supremacia da Constituição, e a consequente subordinação dos Poderes a ela, e finalmente, a competência do Poder Judiciário para interpretá-la, podendo inclusive invalidar atos que a ela se oponham.

Após tal julgamento, “estabeleceu-se o marco doutrinário sobre o princípio da constitucionalidade e as tarefas de fiscalização da conformidade das normas inferiores perante a Constituição” (BARACHO, 2008, p. 46). Por ser o judiciário como um todo competente para a análise da constitucionalidade, qualquer juiz americano poderia realizar, incidentalmente, o controle da constitucionalidade das leis. “Dessa forma, o poder de afirmação de

constitucionalidade e de inconstitucionalidade da lei, nos Estados Unidos, sempre esteve nas mãos do juiz do caso concreto” (MARINONI, 2011, p. 2).

Outro fundamento trazido pela Constituição americana é a separação dos Poderes em Executivo, Judiciário e Legislativo, apesar de não haver explicitamente uma linha de separação. É certo que podem ocorrer choques entre eles, com atuações sobrepostas, e, de acordo com José Baracho (2008), nesses casos, a Suprema Corte é chamada para reestabelecer o equilíbrio entre eles.

Percebemos que o precedente é característica marcante tanto do sistema inglês como americano, e, neste, a separação de poderes é uma importante previsão constitucional. Todavia, tal técnica não implica, necessariamente, em confusão nas competências dos Poderes, possuindo o Legislativo o papel de alterar as disposições legislativas, enquanto o Judiciário analisa sua aplicação no caso concreto.

Importante ressaltar que “Do ponto de vista da estrita técnica jurídica, os Supremos Tribunais (Supremo Tribunal dos Estados-Unidos e Supremos Tribunais dos Estados) não se consideram nunca vinculados, nos Estados-Unidos, pelos seus próprios precedentes” (DAVID, 1978, p. 442). Essa falta de vinculação, permitiu que a jurisprudência americana se amoldasse às necessidades do mundo moderno, permanecendo com a mesma Constituição por mais de 200 anos, e garantindo estabilidade às suas instituições políticas diante de diversas circunstâncias.

A Constituição já foi alterada vinte e sete vezes, sendo a última delas em 1992, ou seja, ocorreram 27 emendas em pouco mais de 200 anos de existência. Trata-se de poucas modificações em comparação à atual Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988), que já foi emendada 97 vezes em 28 anos de existência. Tais dados revelam uma importante característica do sistema americano: suas bases decisórias não estão acostadas puramente na lei em amplo sentido, mas sim nos princípios que ela traz.

Havendo poucas disposições constitucionais, muitas controvérsias são resolvidas no caso concreto. O competente para solucionar conflitos é o Poder Judiciário, devendo aplicar os princípios constitucionais da república para chegar a uma resolução justa. Assim, percebemos a importância que tal poder possui nesse ordenamento:

Por força da herança inglesa da *common law*, fundada em precedentes judiciais e na solução pragmática de problemas concretos, a evolução do direito constitucional nos Estados Unidos se deu menos pela atividade teórica dos tratadistas e mais pela atuação dos tribunais, notadamente da Suprema Corte. (BARROSO, 2015, p. 69)

Sarlet, Marinoni e Mitiero (2015) confirmam a importância da Suprema Corte, uma vez que teve uma atuação marcante e decisiva para a reconstrução da ordem constitucional,

sendo responsável, em grande parte, pelo desenvolvimento do constitucionalismo norte-americano, o qual influenciou diversas outras cortes no mundo.

A Suprema Corte americana é a principal autoridade jurídica no país. É composta por nove juízes, os chamados *Justices*, que possuem mandato vitalício e são escolhidos pelo Presidente da República. Está prevista no artigo 3º, seção 1 da Constituição americana, segundo o qual: “O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso.” (BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS, on-line, 2017).

Quanto às suas competências:

Ao longo de mais de dois séculos, coube-lhe, dentre outras tarefas, (i) definir as competências e prerrogativas do próprio Judiciário, do Legislativo e do Executivo, (ii) demarcar os poderes da União e dos Estados dentro do sistema federativo; (iii) estabelecer o sentido e alcance de princípios fluidos, como devido processo legal (procedimental e substantivo) e igualdade perante a lei; (iv) assegurar liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão, o direito de privacidade e o respeito aos direitos dos acusados em matéria penal; (v) traçar os limites entre a atuação do Poder Público e da iniciativa privada em matéria econômica. (BARROSO, 2015, p. 44-45)

Gilmar Mendes e Paulo Branco (2015) assinalam que a Corte tem um rigoroso juízo de admissibilidade realizado através do *writ of certiorari* (uma peça encaminhada pela parte interessada que mostra a síntese da discussão e sua relevância), por quatro juízes (a chamada norma dos quatro), sendo necessária a concordância de todos eles para o julgamento daquela causa.

Há um certo poder discricionário para a realização da admissibilidade, devendo ser excluídos os casos atingidos por *ripeness* e *mootness*. Ana Santana (2014) explica que aquele significa que a causa não possui o amadurecimento necessário para um julgamento pela cúpula do Judiciário. Já este, de acordo com Misabel Derzi (2014), seria a presença de questões abstratas no caso posto em análise, ou seja, o tribunal acabaria discutindo sobre regras jurídicas hipotéticas.

Com ambos esses métodos, a Corte evita o julgamento de questões puramente teóricas e o julgamento de argumentos hipotéticos, não verificados na vida real: “Desse modo, a imensa quantidade de *cases* que chegam dos tribunais federais e estaduais à Corte Suprema norte-americana é reduzida, evitando-se uma pletera infundável de matérias que não se sabe quando serão, sequer, apreciadas.” (BULOS, 2015, p. 1.329). Lawrence Baum sustenta ainda que a Corte Suprema americana “julga somente uma minúscula proporção dos casos que chegam dos tribunais federais e estaduais. Mesmo dentro do sistema de tribunais federais, a Corte julga menos de um por cento dos casos de que tratam os tribunais distritais”. (BAUM, 1987, p. 26 e

139 apud MORAES, 2016, p. 900)

Como exemplo, ressalta René David (1978) que, em observância à divisão de esferas estadual e federal, a qual está presente de forma marcante nos Estados Unidos, o Supremo também se nega a analisar questões de constitucionalidade de leis se a jurisprudência do Estado de onde surgiu aquela lei não tiver determinado o real significado daquela lei posta em tela. Então, através da técnica do *ripeness*, o tribunal evita a discussão sobre questões ainda não consolidadas nos tribunais estaduais, e possíveis alegações de usurpação de competência.

Apesar de a *common law* ser aplicada nos Estados Unidos, possui inegavelmente características próprias, diversas da inglesa e que se aproximam ao *civil law*, em virtude do contato geográfico com a família romano-germânica:

Enquanto a Inglaterra adota a *common law*, no seu estado mais puro, e o Brasil a *civil law*, situação curiosa é dos Estados Unidos da América - EUA, que em razão da histórica influência do direito em inglês, filia-se à *common law*, mas ao mesmo tempo conserva características típicas da família *civil law*. (NOGUEIRA, 2013, p. 153)

Nesse passo, apesar de parecerem sistemas opostos, percebe-se uma certa aproximação entre a *common law* e o *civil law*, a qual, segundo Jaldemiro de Ataíde Jr. (2014), se deu, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, com a força do neoconstitucionalismo, a mudança da técnica legislativa e o surgimento de normas abertas, pois tais mudanças conferiram maior liberdade ao Judiciário.

1.2 ORDENAMENTO JURÍDICO ALEMÃO E A FORÇA DAS DECISÕES

Após o final da Primeira Guerra Mundial, a sociedade ainda tinha memórias recentes das terríveis consequências bélicas. Tendo sido a Alemanha vencida, foi submetida a uma política de reparações imposta pelo Tratado de Versailles. Dentre elas, podemos citar a Constituição de Weimar, famosa pelas cláusulas de direitos sociais. Todavia, Barroso (2015) afirma que, apesar de considerada um marco do constitucionalismo social e um exemplo para outras Constituições, a Constituição de Weimar jamais logrou verdadeira efetivação.

Sendo derrotada novamente na Segunda Guerra Mundial, houve a queda de Hitler, surgindo um momento propício para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo.

Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tomar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração. (BARROSO, 2015, p. 280)

De acordo com José Baracho (2008), esse modelo é conhecido como austríaco, por ter sido a Alta Corte Constitucional da Áustria (*Verfassungsgerichtshof*) seu primeiro expoente, tendo Hans Kelsen como seu primeiro teórico.

Ao final da guerra, a Alemanha fora dividida em quatro zonas através do Tratado de Potsdam (1945), ficando sob a guarda dos vencedores: França, Inglaterra, Estados Unidos e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Aduz Marcílio Franca Filho (1997) que esta última, com o intuito de constituir um Estado alemão separado e comunista, isolou sua área, bloqueando o fornecimento de energia elétrica e gêneros alimentícios à Berlim Ocidental. Após diversas tentativas infrutíferas de reunificação da Alemanha, representantes dos aliados capitalistas França, Inglaterra e Estados Unidos, em setembro de 1948, reuniram-se em assembleia para a elaboração de uma “Lei Fundamental” (*Grundgesetz*), cuja denominação denotou o caráter transitório e provisório daquele ordenamento, sem a intenção de constituir um Estado alemão dividido. Eis o motivo pelo qual não é formalmente denominada “Constituição” (*Verfassung*).

Todavia, mesmo após a reunificação alemã em 1990, com a incorporação da República Democrática da Alemanha (RDA ou Alemanha Oriental) à República Federal da Alemanha (RFA ou Alemanha Ocidental), a chamada Lei Fundamental de Bonn continuou vigente. Isso demonstrou que tal carta fora bem elaborada e se amoldava às necessidades do povo alemão. Essa Lei Fundamental é marcada pela reafirmação dos valores democráticos, em reação ao movimento nazista que havia se espalhado, se concretizando como uma das primeiras expressões do neoconstitucionalismo.

Em relação à jurisdição constitucional, a *Grundgesetz* estabeleceu, pela primeira vez na história alemã, um Tribunal Constitucional Federal Alemão, um marco na história do direito:

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949 sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. (BARROSO, 2015, p. 279-280)

O Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht* - BVerfG) foi instalado pela Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 23 de maio de 1949, e entrou em funcionamento em 28 de setembro de 1951. Em linhas gerais, é a mais alta corte jurisdicional alemã, tendo como sede a cidade de Karlsruhe, e composto por 16 juízes no total, com mandato de 12 anos, anos, ressalvada a hipótese de aposentadoria compulsória com 68 anos, vedada a reeleição (tudo conforme §§ 2º e 4º, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*). As decisões do Tribunal são

tomadas pelos Senados ou pelas Câmaras (*Kammern*), sendo estas divisões daqueles. Já o Pleno é responsável por decidir questões administrativas, e quando há discordância entre os dois Senados.

Assinala José Baracho (2008) que a Corte Constitucional é jurisdição especializada, de competência exclusiva, monopolizando o julgamento do contencioso constitucional e, por esta razão, não faz, normalmente, parte da organização jurisdicional ordinária. No que concerne ao juízo de admissibilidade alemão:

Na Alemanha, embora o Tribunal Constitucional Federal não exerça, formalmente, o poder discricionário de triagem dos recursos, nos precisos moldes da Suprema Corte americana, ele também desempenha um juízo de admissibilidade recursal. Isso porque a Lei do Tribunal Constitucional Federal (art. 93) permite que três juízes não aceitem, por unanimidade o recurso constitucional caso não estejam presentes os seus pressupostos, em decisão irrecorrível e não fundamentada. (BULOS, 2015, p. 1.329)

A principal função do tribunal é verificar a validade das leis ordinárias frente ao texto da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). Tal controle de constitucionalidade pode ser verificado de algumas formas: Controle abstrato de normas (*Abstraktes Normkontrollverfahren*); Controle concreto de normas (*Konkretes Normkontrollverfahren*); Verificação normativa (*Normverifikationsverfahren*).

As diferenças desse sistema de controle para o americano, reside em duas razões. A primeira delas é que o *Bundesverfassungsgericht* é somente um Tribunal Constitucional, não funcionando como uma corte de apelação, tendo a última palavra somente acerca da interpretação da Lei Fundamental. A segunda é a necessidade alemã de instauração de procedimento especial perante o Tribunal Constitucional para toda e qualquer verificação de constitucionalidade, pois, ao contrário do modelo americano, um juiz alemão não pode deixar de aplicar uma norma ao caso concreto por considerá-la inconstitucional.

Neste momento, faz-se necessária a diferenciação entre controle difuso e concreto de constitucionalidade. A via de controle judicial pode ser classificada sob 2 aspectos. A primeira é o critério subjetivo, pautando-se por quem irá realizar a análise de constitucionalidade, o qual se subdivide em difuso e concentrado. O controle difuso significa a possibilidade de qualquer tribunal ou juiz competente para a causa realizar um controle de constitucionalidade perante um caso concreto, modelo este adotado pelos Estados Unidos e pelo Brasil. O controle concentrado, por sua vez, acontece naqueles países que possuem um órgão próprio, com competência originária, para a análise de constitucionalidade, como na Alemanha.

O segundo critério é o formal, que analisa o modo processual pelo qual a análise será realizada. No sistema incidental, ou concreto, o controle é uma questão prejudicial do caso

principal, um argumento para o pedido final. Já no sistema pela via principal, abstrata ou direta, a análise da constitucionalidade da lei será o objeto de uma ação, sendo ela autônoma e principal.

Seguindo uma lógica, o comum seria a realização do controle difuso pela via incidental e o controle concentrado pela via direta. Todavia, percebemos no sistema alemão uma peculiaridade: apesar de ser possível tanto a via incidental quanto a via direta, só há um controle concentrado, o qual será realizado pelo próprio Tribunal Constitucional.

Então, embora não tenha adotado o controle difuso existente nos Estados Unidos e no Brasil, o sistema alemão admite o controle de constitucionalidade pela via incidental, ou concreto, pelo qual todo juiz singular tem a competência de realizar o teste de constitucionalidade (*Prüfungskompetenz*), mas não possui a competência para deixar de aplicar uma norma constitucional. Cumpre-lhe, nesses casos, suspender o processo e apresentar a questão ao *Bundesverfassungsgericht*, para que ele decida acerca da constitucionalidade da norma em questão, conforme Gilmar Mendes (2014).

Importante ressaltar que o tribunal não analisa o caso concreto após a análise de inconstitucionalidade ou constitucionalidade proposta: “Sua atuação se restringe à jurisdição constitucional, não lhe cabendo a interpretação ou aplicação do direito infraconstitucional aos casos concretos.” (BARROSO, 2012, p. 63). Assim, José Baracho (2008) sustenta que a Corte possui o monopólio de interpretar a Lei fundamental que rege o país, produzindo uma só unidade de entendimento que deve ser seguida pelos juízes, reforçando a coesão das decisões e a segurança jurídica, e reduzindo possíveis ilegalidades decorrentes da função jurisdicional.

Além do controle de constitucionalidade, a Lei do Tribunal Constitucional, em seu parágrafo 13º, elenca outras quinze competências do *Bundesverfassungsgericht*, dentre elas decidir questões sobre a perda de direitos fundamentais, inconstitucionalidade dos partidos políticos (*Parteiverbotsverfahren*), acusações contra juízes, aplicação de regra de Direito Internacional Público, litígios constitucionais no interior de um estado, recursos constitucionais, Reclamação Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*).

O Recurso Constitucional ou Reclamação Constitucional está previsto no art. 93.1.4a da *Grundgesetz*, e é um dos instrumentos mais importantes do modelo alemão de controle de constitucionalidade. O referido dispositivo assim dispõe:

O Tribunal Constitucional Federal decide sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104. (DEUTSCHER BUNDESTAG, on-line, 2017)

Trata-se de um remédio constitucional extraordinário para evitar violações a direitos fundamentais dos cidadãos, independentemente de assistência de advogado. José Baracho (2008) ressalta a possibilidade que todo cidadão alemão tem de enviar uma Reclamação Constitucional ao tribunal em virtude de lesão de direitos fundamentais por órgãos públicos, conforme parágrafos 90 e seguintes da Lei do *Bundesverfassungsgericht* e artigo 93, I, n. 4a, da Lei Fundamental. Aplica-se ao Recurso Constitucional o princípio da subsidiariedade, pois só poderá ser manejado após esgotadas as vias judiciais e não deve ser confundido com recurso ordinário:

Observe -se, além disso, que, apesar de sua denominação, o recurso constitucional não deve ser confundido com uma espécie de recurso ordinário, que permite se revolver toda a matéria já discutida no feito. Não. Ele é um remédio extraordinário, cuja utilização só se torna possível quando houver ofensa a direitos fundamentais, que estão previstos na Lei Fundamental de Bonn (...). (GOMES, 2010, p. 159)

Conquanto seja sua função primária defender direitos fundamentais “(...) a tendência do Tribunal é a de aproveitá-los para fazer um controle efetivo da constitucionalidade das normas” (REIS, 2013, p. 185). Esse controle de constitucionalidade através da Reclamação Constitucional é possível em virtude da força de lei que a decisão dada a ela pelo Tribunal Constitucional possui:

A decisão, todavia, não é determinada pelo tipo de processo, mas pelo objetivo visado. Nos processos de controle de norma propriamente ditos, tem a decisão a mesma natureza, independentemente de se tratar de uma decisão no processo de controle abstrato, concreto ou de processo de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). As decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (*Gesetzeskraft*) [Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 31, (2)]. (MENDES, 2014)

Os processos no Tribunal são regulados basicamente por duas normas. A Lei do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGG) disciplina os procedimentos externos ao processo, e o Regimento Interno do Tribunal (*Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts* - BVerfGGO) regula os processos internos - tais como regras processuais suplementares, de administração e organização. Não há obrigatoriedade na representação por advogado, assegurando o §22 desta lei a faculdade da parte em se fazer representado por advogado admitido em algum tribunal alemão ou até mesmo por um professor de direito de uma escola superior alemã.

Com relação às partes, há diferenciação quanto ao tipo do processo apresentado. Se for uma análise de controle abstrato de normas, a parte chama-se *Antragsteller*, e se for um

recurso constitucional, o impetrante chama-se *Beschwerdeführer*. No âmbito do controle concreto de normas, Gilmar Mendes (2014) afirma que não existem partes, pois nem as partes litigantes, nem o juízo originário, integram o processo perante o Tribunal, que teria como finalidade a aferição de constitucionalidade da norma questionada.

O § 66, BVerfGE, disciplina que o Tribunal Constitucional Federal pode unir procedimentos pendentes e separar procedimentos unidos. Tal previsão mostra o princípio da economia processual, em ambos os sentidos. De um lado, permite a união de processos, mesmo que de natureza diversa, se ambos versarem sobre a mesma questão ou disposição legal, julgando mais de um processo de uma vez. Por outro lado, admite o desmembramento de procedimentos que se mostrem complicados e possam atrapalhar o bom andamento do processo.

Uma das grandes diferenças do tribunal alemão para o STF é a eficácia que as decisões daquele possuem. Tanto no controle abstrato ou concreto de normas, se verificada que a norma analisada não é compatível com o parâmetro apontado da Lei Fundamental, a decisão prolatada pelo tribunal determina a nulidade da norma apontada (§78, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal) tem força de lei (§31, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). Essa decisão tem efeitos *ex tunc*, em virtude da declaração de nulidade da norma.

O Tribunal Constitucional Alemão tem competência para declarar nula uma norma se, durante a análise de um caso concreto, perceber que aquela aplicável ao caso não está em consonância não só com os parâmetros da Lei Fundamental, mas também com lei federal. O parágrafo 78 da lei que regula o referido tribunal autoriza ainda a declaração de nulidade inclusive de dispositivos que não se relacionem diretamente com a matéria posta em tela. Isso se verifica quando houver a mesma fundamentação para declaração de nulidade dessas normas. Caso o tribunal entenda por tal declaração, será dada a devida publicidade nos termos do §31, (2), da Lei Sobre o Tribunal Constitucional Federal Alemão, devendo a parte dispositiva da decisão ser publicada no Diário Oficial da Federação por meio do Ministério da Justiça Federal.

Essa força de lei é uma grande diferença que o sistema alemão possui. Isso significa que todas as decisões do *Bundesverfassungsgericht* têm efeitos *erga omnes*, ou seja, atingem a todos independentemente de confirmação. Esse é um exemplo de vinculação das decisões que confere uma maior celeridade do processo, ao passo que, diferentemente do sistema brasileiro que será visto adiante, não precisará da instauração de um processo constitucional abstrato ou confirmação pelo Legislativo para a abrangência dos efeitos da decisão conferida.

1.3 HISTÓRICO BRASILEIRO DE CIVIL LAW E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: EFEITOS DAS DECISÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao analisar a história, podemos perceber que após um período de arbitrariedades, instabilidade ou crise, faz-se de tudo para controlar tal situação e evitar que volte a acontecer, o que seria lógico. Um primeiro exemplo seria a Revolução Francesa: uma resposta do povo face à crescente insatisfação com a primazia da monarquia e do clero.

Para conter as injustiças que aconteciam rotineiramente, o direito passa a ter uma faceta voltada à proteção dos direitos e à desconcentração do poder. Barroso (2015) conta que a Europa passa a adotar ao longo do século XIX um Estado de Direito com as características do modelo adotado pela Revolução Francesa, com a proteção dos direitos individuais e a separação de poderes.

Wambier (2009) afirma que nesse momento nasce a base do raciocínio jurídico dos sistemas de *civil law*, quando o centro do poder se transferiu do monarca para a Nação. Pretendeu-se conter o abuso de poder da época, visando à estabilidade e previsibilidade na vida social. Como consequência dessa tentativa de conter arbitrariedades, a lei foi a principal forma de conter e limitar poderes, de modo que o sistema *civil law* ganhou força, por ser baseado na legalidade estrita e subsunção do fato à norma. Tal subordinação era o princípio da legalidade (*Normgebundenheits Prinzip*) e atingia diretamente a atividade judicial, prendendo estritamente os juízes à disposição legal:

A idéia de que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo, foi uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Consequentemente, os juízes tinham de obedecer à lei, tinham de decidir os casos precisamente de acordo com a lei, sendo, suas decisões sempre fundamentadas, devendo ser feita expressa referência à lei em que se baseavam as decisões. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem "a boca da lei" (WAMBIER, 2009, p. 4)

Com a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que essa legalidade estrita não era o ideal, já que Hitler realizou diversas arbitrariedades com a autorização legal. A simples promulgação de uma lei a favor daquele que detinha poder, e em desfavor do povo, poderia implicar em sérias e negativas consequências para a sociedade: “Entre outras coisas, vivenciou-se a experiência de que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios de justiça” (MARINONI, 2016, p. 55). Com o término da guerra, Barroso (2015) afirma ter ganhado força o Estado Constitucional de Direito, o qual tinha como característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida.

Essa rigidez significava a dificuldade em sua alteração, colocando a Constituição em

um patamar diferenciado das demais leis, dando enfoque em sua primazia. Isso possibilitou uma análise das leis perante a constituição, uma verificação de sua validade diante do ordenamento jurídico que era regido por aquela lei suprema. Nesse momento, Marinoni (2016) destaca a ocorrência de uma transformação da concepção de jurisdição no *civil law*, pois se a visão do supremo direito passa das leis para uma Constituição que as regem, a jurisdição se destina agora a adequar a lei aos direitos constitucionais previstos.

Agora, a lei não será válida somente porque aprovada pelo legislativo, mas também se se mostrar compatível com os fundamentos do ordenamento: “A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito” (BARROSO, 2015, p. 279).

No Brasil, esse novo constitucionalismo chegou, de maneira consistente, com a convocação da Assembleia Constituinte, e elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Esse seria o segundo exemplo de como há uma busca por soluções após um período de arbitrariedade, pois essa onda constitucionalista inunda o Brasil após o período do regime militar. Nesse momento há uma valorização dos princípios e da força normativa conferida à constituição:

Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. (BARROSO, 2015, p. 284)

Baracho (2008) afirma que os princípios como o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana conferem uma nova força ao processo, uma garantia constitucional, consolidando-se com a onda neoconstitucionalista no século XX, a qual, por sua vez, torna tais direitos efetivos e exequíveis.

Apesar da incessante busca em acabar com as arbitrariedades, um sistema extremamente codificado possui um aspecto negativo, pois pode acarretar interpretações jurídicas diversas. Dessa forma, fica o jurisdicionado não possui a segurança jurídica que se espera, o que ensejou, inclusive, a denominação "jurisprudência lotérica" (ALMEIDA, 2012). De acordo com Rodrigues de Ataíde Jr. (2014), a divergência jurisprudencial chegou a níveis intoleráveis, de modo que a lei não mais era suficiente para assegurar segurança jurídica aos problemas da sociedade.

Assim, ao lado dos princípios, desenvolveu-se uma outra técnica para suavizar a rigidez da *civil law* e atender aos anseios da sociedade moderna: conceitos tidos como vagos,

indeterminados ou abertos e cláusulas gerais, configurando uma verdadeira evolução do sistema *civil law* se comparado à sua origem: “Vê-se, portanto, que os parâmetros nos quais se baseiam as decisões dos juízes atualmente nos sistemas de *civil law* são bem menos seguros e mais flexíveis do que aqueles que havia no período revolucionário” (WAMBIER, 2009, p. 8).

Apesar de se configurar um avanço à legalidade estrita, uma vez conferida uma maior margem de decisão ao juiz, torna-se necessário uniformizar tais decisões: “Toda essa conjuntura fez surgir, no Brasil, a necessidade de adoção de um sistema de precedentes, a fim de que o direito pátrio seja realizado com maior grau de uniformidade, previsibilidade, estabilidade, isonomia e celeridade” (JR., 2014, p. 4). Thiago Filippo (2015) ressalta que essa necessidade de uniformização não decorre somente da simples efetivação do princípio da isonomia, mas é de suma importância para outros setores, como desenvolvimento econômico através da minimização de riscos e estímulo a investidores.

Diante desse cenário, a força que o neoconstitucionalismo obteve, aliada à forte atuação judicial através da concretização das regras abertas, possibilitou o surgimento de um juiz diferente daquele idealizado à época da Revolução Francesa, como explica Marinoni (2016). Essa nova faceta se aproxima da *common law*, em especial ao sistema desenvolvido pelos Estados Unidos.

E continua ao verificar que o Judiciário se une ao Legislativo no sentido de propagar o direito assegurado pela Constituição e pelo qual o povo clama, tendo as Cortes Supremas o papel de desenvolvê-lo ao passo do desenvolvimento da sociedade, como no modelo americano. Assim, tais cortes não podem mais estar preocupadas somente com o direito objetivo, mas sim com o direito que têm o dever de instituir, indispensável para que a igualdade formal se transforme em material.

Com a recepção do *civil law* na América Latina, Eduardo Oteiza (2010) afirma a recepção da ideia da instituição de uma corte encarregada de uniformizar o direito. No Brasil, foi instituído o Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte existente no ordenamento jurídico brasileiro. Essa denominação foi adotada com a Constituição Republicana de 1890 e se mantém até os dias atuais. Na Constituição Federal de 1988, está previsto no artigo 101, compondo-se de 11 ministros nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado.

Suas competências estão listadas ao longo do artigo 102 do mesmo diploma, abrangendo tanto atribuições de tribunal de última instância, como de Tribunal constitucional. Apesar de a Constituição de 1988 ter-lhe conferido, precipuamente, a guarda da Constituição em seu artigo 102, caput, o Supremo Tribunal Federal não é, de acordo com Bulos (2015),

rigorosamente, uma Corte Constitucional. Isso se justifica pelo fato de o Supremo acumular funções tanto de corte constitucional, analisando a constitucionalidade das leis, como de suprema corte, uma corte de apelação.

O controle em abstrato de constitucionalidade se dá por meio das ações previstas no art. 102, I, a, e regulamentadas pelas Leis nº 9868/99 e nº 9882/99. A ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade podem ter como parâmetro qualquer norma formalmente constitucional, inclusive os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos aprovados por três quintos e em 2 turnos, nos termos do art. 5º, § 3º, CF. Já a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) tem como parâmetro o chamado preceito fundamental, assegurando Barroso (2012) que tal conceito pode ser enquadrado como normas cuja violação traria graves impactos para o sistema jurídico como um todo.

Todas impescindem de um quórum de 2/3 dos ministros presentes para tomar a decisão, sendo necessária maioria absoluta para procedência. Ademais, a decisão conferida, nos termos do art. 28, da Lei 9868/99 e art. 10 §3º, Lei 9882/99, tem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Ressalta-se ainda a similaridade do sistema brasileiro de constitucionalidade com o americano:

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também agora timidamente a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a e III, e 103). (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2005, p. 558)

Assim, não somente o Supremo é competente para controlar a constitucionalidade dos atos perante a Constituição (seja por ação autônoma ou em caso concreto), mas também todos os juízes são competentes para deixar de aplicar a lei ao caso concreto por julgá-la inconstitucional (controle difuso). Esta é uma diferenciação do Brasil dentre os países que adotam originariamente o sistema *civil law*:

O fato de o controle de constitucionalidade poder ser feito por qualquer juízo ou tribunal, e não apenas por um Tribunal Constitucional vírgula confere ao juiz brasileiro uma posição de destaque no *civil law*. Ao contrário do que ocorre em grande parte do direito continental europeu, em que o controle da constitucionalidade não é deferido à 'magistratura ordinária', todo e qualquer juiz brasileiro tem o poder-dever de realizar o controle da constitucionalidade nos casos concretos. (MARINONI, 2016, p. 59)

O controle difuso realizado pelo Pretório Excelso poderá ser feito em processos de sua

competência originária (elencados ao longo do art. 102, I, da CF), no julgamento de recursos ordinários, cujas hipóteses estão no art. 102, II, da CF, e, finalmente de recursos extraordinários (previstos no art. 102, III, da CF), sendo nestes últimos que desempenha na maioria das vezes a fiscalização concreta de constitucionalidade, motivo pelo qual passamos a explorá-los melhor.

A Constituição elenca suas hipóteses de cabimento, quando a decisão recorrida, em única ou última instância: contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Bulos (2015) elenca seus três requisitos. O primeiro é o prequestionamento, ou seja, quando o órgão que já tenha julgado aquele caso tenha se manifestado expressamente acerca da matéria levantada no recurso. O segundo seria a ofensa direta, e não por via reflexa, à Constituição Federal. E o terceiro requisito, a repercussão geral das questões constitucionais, previsto no parágrafo 3º, do artigo 103 da Constituição, acrescido pela Emenda Constitucional 45/2004.

A repercussão geral, consoante Alexandre de Moraes (2016), está presente quando houver no caso discutido elevado interesse público em sua solução, que transcenda a defesa única dos envolvidos, com o objetivo de fortalecer as decisões dos tribunais jurisdicionais ordinários e reservar a discussão no Supremo de temas que possam refletir para toda a sociedade. Assim, o STF analisa somente a matéria jurídico-constitucional do recurso, não reexaminando questões fáticas. O artigo 102, § 3º prevê ainda a possibilidade de rejeição do recurso pela falta dessa repercussão geral mediante manifestação de dois terços de seus membros.

Mendes e Branco (2015) afirmam que mesmo após a Constituição Federal de 1998, agravou-se uma crise quantitativa que já incidia sobre o recurso extraordinário, manifestando-se através do sistema difuso com o aumento vertiginoso de interposição de tais recursos e também de agravos de instrumentos contra suas decisões indeferitórias.

De acordo com o relatório disponibilizado pelo Supremo Tribunal Federal (2017) atualizado em 22/10/2017, o órgão possui o acervo de 47.375 processos, tendo recebido 84.890 e baixado 94.755 no período de 01/01/2017 a 22/10/17. Desta forma, percebemos que a máquina judiciária fora capaz de diminuir a quantidade de processos novos que entraram em seu acervo, mas ainda faltariam mais de 40.000 processos para que se torne em dia.

Em análise mais detida aos números, temos que as ações de controle concentrado (Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental)

somam 2.256. Por outro lado, as demandas recursais somam 31.099 processos autuados, estando nelas compreendidas o recurso extraordinário (RE), o recurso extraordinário com agravo (ARE) e o agravo de instrumento (AI).

Diante de uma situação em que o Supremo se encontra com um alto acervo processual, passamos a investigar o sistema de constitucionalidade e apresentar uma nova teoria doutrinária baseada no direito comparado trazido nos tópicos anteriores.

Nos casos em que ocorre o controle difuso, os efeitos da decisão prolatada é *inter partes*, mesmo quando ele é realizado pelo STF, seguindo o artigo 506, do Código de Processo Civil, diploma substantivo aplicável ao caso do controle concreto: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.”. Desta forma, percebemos que essas decisões proferidas pelo STF têm aplicação somente entre as partes que trazem aquela lide e, além disso, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não fará sequer coisa julgada, por estar incluída dentre os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença (art. 504, I, CPC).

Uma ferramenta trazida pela Constituição para ampliar os efeitos dessa decisão encontra-se no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, o qual prevê como uma das competências do Senado Federal a suspensão da “execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Os efeitos *inter partes* do controle realizado pela via difusa, mostram-se opostos aos das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Alemão, uma vez que as deste declaram nula a legislação, com efeitos erga omnes, como já visto. Foi com base nesse tribunal, que o Ministro do Supremo Gilmar Mendes defende a teoria da abstrativização no direito brasileiro. Segundo ele, o controle difuso sofreu algumas mudanças, com certas relativizações que o deixaram mais próximo do controle abstrato, motivo que deu o nome à Teoria da Abstrativização do controle difuso ou concreto.

O citado ministro (MENDES, 2004) afirma ter havido uma mutação constitucional do inciso X do artigo 52 da Constituição federal, o qual autoriza o Senado Federal a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. A mutação teria ocorrido para entender que o papel do senado é de dar mera publicidade à decisão do STF, conforme seu voto proferido na Reclamação Rcl 4.335/AC. Tal entendimento encontra correspondência no sistema alemão na Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, (2), o qual afirma que tal publicação é dever do Ministro da Justiça.

Por ser o órgão máximo da jurisdição brasileira e ser inclusive responsável pela decisão de constitucionalidade das leis em face da Constituição Federal, sua decisão,

independentemente de conferida em sede de controle difuso, seria suficiente para conferir eficácia erga omnes e *ex nunc*. Desta forma, a maneira decidida naquele caso concreto seria aplicada da mesma forma em outros casos que se enquadrem na mesma situação.

Apesar de não ser sustentada pela maioria dos ministros, tal teoria vem aparecendo cada vez mais no judiciário brasileiro. Essa ideia também foi seguida por Teori Albino Zavascki no REsp 828.106/SP:

A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, é desprovido de aptidão para incidir eficazmente sobre os fatos jurídicos desde então verificados, situação que não pode deixar de ser considerada. Também não pode ser desconsiderada a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade. Embora tomada em controle difuso, é decisão de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente, vinculante para os demais Tribunais (...). Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza em outros países (...).

Mendes (2004) conclui que essa teoria ajudaria na superação não só das incongruências entre a jurisprudência brasileira e as leis que não acompanham o passo da evolução da sociedade, mas também da visão ultrapassada da necessidade de ampliação dos efeitos pelo Senado Federal (art. 52, X, da Constituição de 1988).

E como tal teoria se harmonizaria com o sistema americano de precedentes? Marinoni (2016) afirma que a lógica para os países que não adotam o *stare decisis* da *common law* seria a utilização do controle concentrado de constitucionalidade, como a Alemanha, adotando um modelo de decisão única e eficácia *erga omnes*. Por outro lado, o controle difuso não seria adequado, pois é destituído de decisões com eficácia vinculante. Apesar de ter uma cultura *civil law*, o Brasil adotou, também, o controle difuso, tornando-se inevitável adotar um sistema de precedentes constitucionais de natureza obrigatória.

Ressalta-se que essa tese não é majoritariamente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo o entendimento atual que o Senado ainda detém a competência facultativa de ampliar os efeitos das decisões, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal.

Verificam Marinoni e Mitiero (2013), então, que o Supremo contribui para a unidade do Direito no Estado Constitucional de Brasileiro, seja por meio de decisões como corte constitucional ou como instância recursal, estabilizando-o e desenvolvendo-o, quando necessário, para acompanhar as mudanças sociais. Visando a compatibilizar as decisões judiciais, a concretizar a igualdade processual e a velar pela unidade do direito, no próximo capítulo serão apresentados alguns institutos que marcaram o ordenamento brasileiro de precedentes.

2 OS INSTRUMENTOS VINCULANTES NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Após tecer considerações acerca de uma das formas de decisão vinculante no Brasil, o controle abstrato de constitucionalidade, e trazer uma teoria que abrangeria também o controle difuso de constitucionalidade, passamos agora a analisar outros mecanismos de vinculação no sistema brasileiro. Apresentaremos, inicialmente, a evolução do Mandado de Injunção no ordenamento brasileiro e o posicionamento de vinculação adotado pela Lei 13.300, de 23 de junho de 2016, seguido pelas súmulas vinculantes que surgiram com a Reforma do Judiciário, na Emenda Constitucional 45/04. Após, segue uma análise principiológica do Código de Processo Civil de 2015, analisando as bases por ele trazidas ao nosso ordenamento jurídico.

2.1 OS EFEITOS CONFERIDOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO

Alguns autores, como Uadi Lâmega Bulos (2015) e José Afonso da Silva (2005), defendem que as origens do Mandado de Injunção estão na Inglaterra, como remédio essencial da *equity*, devendo ser aplicado nos casos de inexistência de norma legal (*statutes*). Bulos cita ainda a existência de instrumentos análogos no direito português, com vistas a combater a inércia legislativa, bem como o *writ of injunction* do direito norte-americano, instrumento este destinado a tutelar direitos fundamentais quando inexistente sua norma regulamentadora.

Todavia, Alexandre de Moraes (2016) afirma que, apesar das cogitações acerca da origem do Mandado de Injunção, o Constituinte de 1998 implementou um inédito instrumento, sendo o trabalho da doutrina pátria tecer considerações sobre ele.

À luz da doutrina brasileira, o Mandado de Injunção é um remédio constitucional, e está previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, que assim dispõe: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. De acordo com Bulos (2015), trata-se de uma ação civil, com procedimento específico designado na Lei 13.300/2016 que visa a combater a síndrome de inefetividade das constituições.

José Afonso da Silva (2005) afirma que constitui uma ação constitucional à disposição daquele quem for lesado pelo não exercício de seus direitos constitucionais em decorrência de norma regulamentadora a cargo do legislador ordinário, sendo sua finalidade conferir imediata aplicabilidade à norma, se concretizando como instrumento para o disposto no art. 5º, §1º, CF.

Embora seja voltado para tutelar direitos em que o legislador foi omissivo na sua regulamentação, não se confunde com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Mendes e Branco (2015) explicam que esses institutos são distintos na medida em que o Mandado de Injunção (MI) se presta a defender situações concretas, em que há o real impedimento do exercício de um direito, enquanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO) é uma ação do controle abstrato de constitucionalidade, podendo ser instaurada independentemente da existência de um interesse jurídico específico, visando à guarda da Constituição.

Apesar de ser previsto no texto original da Constituição Federal de 1988, o Mandado de Injunção só fora devidamente regulamentado pela Lei 13.300/2016, passados mais de 25 anos.

O artigo 2º confirmou o entendimento do Supremo para o cabimento do Mandado de Injunção tanto em omissões totais como parciais. Qualquer pessoa natural ou jurídica que tenha o exercício desses direitos impedido pode impetrá-lo (art 3º). Quanto à legitimação passiva, prevê que somente o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora. Tal posição foi adotada no MI nº 107/DF, ao declarar o caráter mandamental do Mandado de Injunção a órgãos e entes públicos.

Após o recebimento do *writ*, o impetrado será intimado a oferecer informações no prazo de 10 (dez) dias (art. 5º), e, em seguida, o Ministério público no mesmo prazo (art. 7º), devendo o órgão competente decidir pelo conhecimento do remédio, e também seu mérito.

O Supremo conferiu diversos efeitos dessa decisão ao longo desses anos em que não havia regulamentação para o próprio Mandado de Injunção, os quais serão analisados em seguida. Contudo, faz-se necessário um estudo prévio das correntes doutrinárias que se formaram acerca dos efeitos da decisão proferida, para somente após refletir as posições adotadas, tanto pela Corte, quanto pela Lei 13.300/2016.

A primeira corrente a ser apresentada é a chamada não concretista. Ela afirma que a Corte deve limitar-se a declarar a omissão, não estando “autorizada a expedir uma norma para o caso concreto ou a editar norma geral e abstrata, uma vez que tal conduta não se compatibiliza com os princípios constitucionais da democracia e da divisão de Poderes” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1.215).

Assim, para os defensores dessa teoria, sustentam Guilherme de Siqueira Castro e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2016) que o STF somente poderia reconhecer, formalmente, a existência da mora legislativa, comunicando o órgão, entidade ou autoridade competente e requisitando a supressão da omissão, preservando o princípio constitucional da

separação de poderes.

Os adeptos defendem, ainda, de acordo com Mendes e Branco (2015), que conferir outros efeitos violaria os princípios da democracia e da reserva legal (art. 5º, II, CF), pois o povo já tinha escolhido os representantes para elaboração de normas, as quais seriam expressas pelas leis, e tal escolha não estaria sendo a responsável pela edição da norma. Contudo, tal teoria fora criticada por Moraes (2016) por igualar os efeitos da decisão proferida em Mandado de Injunção àquela proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, CF, apesar de serem institutos diversos, como já explanado.

Guilherme Castro e Olavo Ferreira explicam:

Considerou-se, ainda, que o STF não está autorizado a legislar supletivamente no caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que corresponda controle abstrato de constitucionalidade, realizado em processo objetivo e com eficácia erga omnes, tampouco de cabe fazê-lo em mandado de injunção, controle concreto e difuso de constitucionalidade. Castro e Ferreira (2016, p. 127-128)

Em oposição a esta primeira corrente, temos a teoria concretista, a qual, segundo Moraes (2016), afirma que se estiverem presentes os requisitos para o julgamento do Mandado de Injunção, o Poder Judiciário não só declararia a omissão, seja ela legislativa ou administrativa, mas também implementaria o direito até posterior edição.

Essa teoria é assim denominada pois, ao contrário da não concretista, irá concretizar o direito faltante no ordenamento jurídico, viabilizando o exercício dos direitos e liberdades constitucionais. Quanto às pessoas atingidas pela decisão, a posição concretista pode ser dividida em geral e individual. E divide-se em direta e intermediária quanto à necessidade ou não de concessão de prazo para o impetrado.

Para a vertente da concretista geral, Moraes (2016) ensina que a decisão dada pelo Poder Judiciário terá seus efeitos ampliados (*erga omnes*), efetivamente implementando o exercício de uma norma constitucional para todos até que a omissão seja sanada.

“Aqui o Supremo Tribunal pode legislar no caso concreto, ou seja, pode proferir sentença substituindo aquilo que deveria constar na lei.” Bulos (2015, p. 791). Apesar de possuir efeitos *erga omnes*, aduzem Castro e Ferreira (2016) que a solução dada pelo judiciário não vincula nem o Poder Legislativo, que continua tendo ampla autonomia para regulamentação legislativa, nem os demais poderes se a iniciativa do projeto de lei for de iniciativa destes.

De acordo com a teoria Concretista Individual, a decisão do Poder Judiciário implementará o direito buscado, mas só terá efeitos para o autor da ação. Os autores ressaltam ainda que uma crítica que se faz a essa teoria é que há a possibilidade de haver decisões

conflitantes no Judiciário que versem sobre a regulamentação do mesmo direito, ferindo, portanto, o princípio constitucional da isonomia.

Alexandre de Moraes (2016) faz outra crítica concernente à incompatibilidade com a teoria da separação de poderes do artigo 2º da Constituição Federal. Ele afirma que ao adotar a doutrina norte-americana do *check and balances*, a Constituição definiu os poderes em torno de um sistema em prol da sociedade por ela regida e que, se por um lado, o Judiciário não estará regulamentando abstratamente a Constituição pois não lhe fora atribuído tal papel, por outro lado deixará de cumprir uma precípua função, a de resguardar direitos e garantias fundamentais.

Dentro da teoria concretista individual, que restringe os efeitos perante as partes envolvidas, a vertente concretista individual direta defende que a decisão proferida terá efeitos imediatamente após o julgamento, não sendo necessária qualquer outra providência.

Já para a vertente concretista individual intermediária, o Judiciário deve estabelecer um prazo para o Congresso Nacional elaborar a respectiva norma, e somente após essa inércia, o impetrante do Mandado de Injunção passaria a ter seu direito assegurado pela decisão do Supremo. Essa é a teoria defendida por Alexandre de Moraes (2016) por considerá-la ideal perante a separação de poderes, pois somente após o aviso pelo Judiciário, o Legislativo poderia ser efetivamente considerado omissor suficiente para implementação da norma pelo STF.

Em um primeiro momento, através do Mandado de Injunção n. 107/DF (DJ de 2-8-1991, de relatoria do Ministro Moreira Alves) o Supremo firmou entendimento da teoria não concretista, afirmando que o alcance do Mandado de Injunção seria o de declarar a mora e a omissão do Poder competente para elaborar a norma que impede o exercício do direito pleiteado. Outros seguiram nessa mesma linha, a exemplo do Mandado de Injunção n. 20 (Rel. Celso de Mello, DJ de 22-11-1996), MI 485 (Rel. Maurício Corrêa, DJ de 23-08-2002) e MI 585-TO (Rel. Ilmar Galvão, DJ de 02-08-2002).

Já no Mandado de Injunção n. 283-DF (Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 14-11-1991), o STF, pela primeira vez, estipulou prazo de 45 dias para que se ultimasse o processo legislativo referente ao art. 8º, §3º, do ADCT, tendo o ministro relator exarado sua preocupação com a inércia do legislativo:

Lamento, em casos como este, o que é o direito positivo - segundo a orientação da corte, a qual, em termos dogmáticos, me mantenho solidário - não de instrumentos mais eficazes, pelo menos, para induzir a urgência no suprimento da omissão inconstitucional do poder legislativo, cuja persistência frustra a eficácia da Constituição e pode eventualmente engajar a responsabilidade patrimonial do Estado. De qualquer sorte, confio em que, atento ao seu dever constitucional, o Congresso Nacional, declarada a omissão, certamente se utilizará dos mecanismos de urgência que o processo legislativo ele propicia, para cumpri-lo no menor tempo adequado.

Outras ações seguiram essa mesma linha concretista individual intermediária, a exemplo do MI nº 232/RJ (Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 137/965, DJ 27-03-92) e do MI nº 284-DF (Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 26-06-92). Ressalta-se um trecho do voto vencedor do ministro Celso de Mello, segundo o qual a atribuição de efeitos concretos seria possível em virtude da própria divisão de poderes:

O novo 'writ' não se destina, pois, a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder.

O julgamento do MI nº 543/DF (Rel. Min. Octávio Gallotti. Decisão: 26-10-2000. Informativo STF no 208) trouxe uma inovação quanto aos efeitos, pois, além de declarar a mora legislativa, assegurou a possibilidade de imediato exercício da ação patrimonial cabível ao caso (art. 8º, §3º, ADCT), independentemente de conferência de prazo ao Congresso Nacional, uma vez que o próprio ADCT já havia conferido o prazo de 12 meses para elaboração da lei, restando notadamente configurada a mora legislativa.

Em 25 de outubro de 2007, no julgamento dos Mandados de Injunção 670/ES (Rel. Min. Maurício Corrêa), MI 712/PA (Min. Eros Grau) e MI 708 /DF (Min. Gilmar Mendes), todos veiculados no DJ de 30-10-2008, houve uma mudança substancial no entendimento da Corte. O entendimento vencedor aponta uma "solução normativa e concretizadora" para a omissão do legislador em regular o exercício do direito de greve dos servidores públicos, e, determinou a aplicação das leis aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

Essa seria a primeira vez em que o STF teria deixado o entendimento de simplesmente declarar a mora, consoante MI 170, e “passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1.239). Ressaltam ainda a possibilidade de as decisões no MI surtirem efeitos não somente *inter partes*, mas também *erga omnes* para casos idênticos ou semelhantes, comportando seus efeitos uma certa dimensão objetiva.

Desta forma, percebemos que a Corte inicialmente adotou a teoria não concretista (MI nº 107/DF), e ao longo dos anos proferiu algumas decisões em sentido diverso (MI nº 283/DF, MI nº 232/RJ, MI nº 284/DF e MI nº 543/DF), demonstrando sua tendência de evolução jurisprudencial. Em 2007 alterou substancialmente o posicionamento adotado no MI nº 107/DF, tendo exercido um claro ativismo judicial e ao sustentar a teoria concretista, seja geral ou

individual (MI nº 670/ES, MI nº 712/PA e MI nº 708 /DF).

A lei 13.300/2016 regulamentou, finalmente, a questão debatida pelo STF e determinou, em seu artigo 8º, as condições para a eficácia da decisão. Se for reconhecida a mora legislativa, em um primeiro momento, será determinado um prazo razoável para a edição da norma, podendo-se prever as condições para o exercício do direito, caso o legislativo não cumpra o determinado. Assim, verificamos a presença da teoria concretista individual intermediária, já que confere primeiramente um prazo para sanar o legislativo a omissão.

Todavia, o parágrafo único desse mesmo artigo traz uma exceção a esse procedimento “quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma”. Então, quando já tiver sido concedido um prazo para a edição da norma em outro Mandado de Injunção, e o Legislativo não o tiver atendido, não há sentido para conferir outro prazo para a mesma pendência, podendo o Judiciário desde logo regulamentar o direito daquele impetrante. Nessa situação, há a aplicação da teoria concretista direta.

Guilherme Castro e Olavo Ferreira defendem que a previsão de conferir prazo ao Legislativo seria meramente exemplificativa, pois não poderia o legislador impedir o Judiciário de cumprir o dever constitucional de suprir as omissões legislativas:

A adoção de tese contrária consagra o absurdo: o impetrado omissivo no cumprimento do dever de regulamentar direitos e liberdades constitucionais, por mais de vinte e sete anos, precisará de mais prazo e o Judiciário não poderia cumprir sua missão constitucional. A norma infraconstitucional não pode criar requisito para o Judiciário suprir omissão, cumprindo sua missão constitucional de conceder tutela jurisdicional efetiva. (CASTRO; FERREIRA, 2016, p. 135)

Os autores ressaltam ainda que a decisão proferida não teria efeito vinculante, visto que o Código de Processo Civil de 2015 disciplinou em seu artigo 927 as hipóteses que os juízes e tribunais devem observar, não estando o Mandado de Injunção entre elas. Todavia, o artigo 9º, §1º da Lei 13.300/2016, confere a possibilidade de conferir efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão proferida, e seu parágrafo 2º afirma que “seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator”.

Caso o legislador venha a editar superveniente norma relativa ao remédio impetrado, essa legislação terá efeitos não retroativos em relação àqueles já beneficiados por decisão com trânsito em julgado, resguardando-se a possibilidade de aplicação da lei se for mais favorável. E caso seja editada durante o curso da ação constitucional, a mesma perderá o objeto, sendo extinta sem resolução de mérito, tudo nos termos do artigo 11, e seu parágrafo único da Lei 13.300/2016.

Portanto, verificamos que os efeitos das decisões proferidas em sede de Mandado de Injunção sofreram diversas alterações ao longo dos anos, sendo regulamentado somente em 2016, passados mais de 25 anos desde a sua previsão na Constituição Federal de 1988. A legislação traz uma mistura entre as correntes doutrinárias criadas, primando por um balanço harmonioso de competência entre os poderes Legislativo e Judiciário a fim de tutelar o direito constitucional. A lei também busca a celeridade ao permitir a extensão tanto dos efeitos para que se tornem *ultra partes* ou *erga omnes* e como de decisão monocrática a casos análogos, renovando o apreço pela celeridade e diminuição de carga processual.

2.2 SÚMULA VINCULANTE: UMA DAS INOVAÇÕES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04

A ideia de súmula vinculante se origina no instituto do *stare decisis* de origem norte-americana, por meio do qual a Suprema Corte americana assegura igualdade e segurança ao povo, sendo suas decisões seguidas “num fervor quase religioso” (BULOS, 2015, p. 1.336). Pode-se pensar que a vinculação de decisões do Judiciário foi primeiramente adotada com a súmula vinculante em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45. Todavia, essa ideia já fora implementada em 1876, durante o Império, quando o então chamado Supremo Tribunal de Justiça tinha a possibilidade de editar assentos com força de lei, consoante o disposto no artigo 2º, do Decreto n 6.142/1876. No período republicano, Caroline Sampaio de Almeida (2012) entende que o efeito vinculante estaria presente no ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1988, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, e que decorreria da força normativa desta Carta Magna.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 ficou popularmente conhecida como “reforma do judiciário”, pois trouxe várias mudanças no âmbito judiciário, dentre elas: a criação do Conselho Nacional de Justiça, previsão do requisito da repercussão geral das questões constitucionais nos recursos extraordinários, a constitucionalização da duração razoável do processo e o implemento das súmulas vinculantes do STF, as quais serão aprofundadas neste tópico.

Ressalta-se que a permissão para o Pretório Excelso aprovar súmula com efeito vinculante “não adotou o clássico *stare decisis*, nem tampouco transformou nosso sistema de *civil law* em *common law*” (MORAES, 2016, p. 557). Bulos (2015) afirma que ao conferir o efeito vinculante a uma súmula, o Supremo, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, visa a unificar as futuras decisões que serão sobre aquele mesmo tema controvertido, fomentando a

cidadania constitucionalmente prevista.

Ao lado da cidadania, a criação das súmulas vinculantes também visa à isonomia, à segurança jurídica e à duração razoável do processo. Gustavo Nunes (2016) aduz que diante do questionamento de várias questões controvertidas repetidamente ao longo dos anos, foi necessário uniformizar, pelo menos em um primeiro momento, e em parte, a jurisprudência, corroborando para sua estabilidade e coerência.

O Legislador constitucional verificou a disparidade de entendimentos sobre o mesmo aspecto legal e buscou uma forma de uniformizar e pacificar, por meio do efeito vinculante, temas em torno de “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 artigo 103-A, § 1º, da Constituição Federal, que fora integralmente replicado pela Lei 11.417/06, como será explorado mais adiante. Alexandre de Moraes (2016) acredita que se essa exigência for corretamente aplicada, o instituto em questão possibilita a drástica redução do número de processos e solução de litígios complexos.

Barroso (2012) afirma que esse alto número de processos em geral é um dos principais motivos da tendência da valorização da jurisprudência no direito contemporâneo, sendo o outro motivo a quantidade de processos sobre a mesma controvérsia. Diante dessa situação, seria necessária uma racionalização e simplificação da tomada de decisões, tendo sido a instituição da súmula vinculante um passo nesse sentido.

A diminuição da quantidade de processos afeta diretamente a prestação jurisdicional do Supremo. Esse órgão possui um elevado acervo processual, sendo necessária a implementação de mecanismos e estratégias para a diminuição do tempo de julgamento das lides.

Caroline Almeida (2012) afirma que a necessidade da súmula vinculante decorreu do excesso de recursos insubsistentes que retardam o provimento jurisdicional. As súmulas vinculantes seriam então uma estratégia, pois “servem como mecanismo de bloqueio a recursos sobre matérias já pacificadas pelo STF” (OLIVEIRA, 2013, p. 12). Assim, reduzem a quantidade de processos encaminhados ao STF e, conseqüentemente, confere eficiência e celeridade ao serviço prestado.

Pedro Oliveira (2013) traz outra vantagem desse mecanismo: a agilização na função judicante dos membros do tribunal, uma vez que dispensaria uma consulta jurisprudencial e doutrinária a fundo sobre determinado tema quando da fundamentação das decisões, bastando a verificação da aplicação do caso concreto ao enunciado da súmula. Eduardo Cambi e Thiago Filippo ressaltam até que a “adoção de súmulas vinculantes pelo magistrado de primeiro grau

implica em prestígio deste, pois, seguindo a orientação dominante da Corte, dificilmente sua sentença será reformada (...)” (CAMBI; FILIPPO, 2013, p. 20).

A aplicação ou não no caso concreto deve ser precedida de uma avaliação, pelo magistrado, do caso concreto. Nesse caminho, ele pode encontrar elementos que tornem a situação diferente daquela trazida pela súmula, sendo necessário fazer a distinção, segundo Moraes (2016), oriunda do mecanismo norte-americano do *distinguishing*, para mostrar que a súmula não deve ser aplicada naquela hipótese de julgamento.

Mas, afinal, o que seria a súmula em si? Poderia ser identificado como “um resumo das ideias contidas em reiteradas decisões de um tribunal, proferidas num mesmo e determinado sentido.” (OLIVEIRA, 2013, p. 9). Contudo, Barroso (2012) sustenta que o importante desse enunciado é que afirme a tese jurídica utilizada pela Corte sobre determinado assunto, motivo pelo qual deve corresponder fielmente à *ratio decidendi* dos julgados que originaram o entendimento, desprezando-se entendimentos contrários ou livres ou argumentos laterais (*obiter dicta*).

Gilberto Andreassa Junior (2013) critica a simplicidade exagerada da súmula, pois se constituiria em um único verbete, insuficiente para abarcar toda a racionalidade jurídica dos precedentes que a originaram. Por isso, Bruno Redondo (2013) defende que sua redação deve ser realizada em termos precisos e claros para evitar o afastamento ou interpretação diversa da *ratio decidendi* extraída da jurisprudência (precedentes reiterados e predominantes no tribunal) que originou a súmula. Esse enunciado tem como características principais a abstratividade e generalidade de seu conteúdo, sendo desvinculado de conteúdos fáticos, motivo pelo qual Erik Navarro Wolkart (2015) assinala sua aproximação com a lei, sendo necessários intensos debates para evitar um viés autoritário originário do Judiciário.

As súmulas vinculantes se distanciam da legislação, na medida em que são menos abrangentes e devem gerar menos, ou nenhuma, dúvida acerca de sua interpretação:

São de se rejeitar, portanto, proposições que pretendem esclarecer o sentido da norma e que são mais genéricas que a própria norma. Se a súmula é a interpretação predominantemente dada à norma por certo tribunal, é evidente que há de ser mais específica do que a norma em si, como o talco é mais fino com relação à areia grossa. Uma das formas de se evitar que a súmula gere problemas de interpretação - e, portanto, de incidência - é que esta não contenha, em seu enunciado, conceitos vagos, salvo se for para dizer o que eles significam. (WAMBIER, 2009, p. 26)

O artigo 103-A da Constituição Federal dispôs na parte final de sua redação que o cancelamento das súmulas vinculantes deveria ser estabelecido em lei. Apesar de trazer todos os principais requisitos nesse enunciado constitucional, adicionado em 2004, e determinando

que somente o cancelamento seja regulado por lei não houve, de fato, edição de nenhuma súmula vinculante a até a publicação da Lei nº 11.417, em 2006, a qual disciplinou a edição, a revisão e o cancelamento dos enunciados das súmulas pelo Supremo Tribunal Federal.

Unindo as características trazidas tanto pela Emenda Constitucional nº 45 e pela Lei nº 11.417/06, temos que: o procedimento é de natureza objetiva e de competência do Plenário do STF, com quórum qualificado de 2/3 para edição, revisão ou cancelamento (art. 103-A, caput, CF); há a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta (art. 103-A, caput, CF); a legitimação ativa espelha-se naquela prevista para as ações constitucionais (art. 103-A, §2º, CF), e pelo Município, desde que efetuada incidentalmente no curso de uma demanda em que seja parte (art. 3º, §1º, CF); há a possibilidade de participação de *amicus curiae* (art. 3º, §2º, da Lei 11.417/06); produz efeitos em caráter *ex nunc* a partir da publicação no Diário Oficial, com a possibilidade de modulação dos efeitos; possibilidade de reclamação da decisão que contrariar sua disposição (art. 7º, da Lei 11.417/06); pressupõe controvérsia atual e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas para a sua edição, revisão ou cancelamento (art. 103-A, §1º, CF).

Como já visto, o último requisito impacta diretamente na quantidade de processos encaminhada ao STF. Além disso, a súmula vinculante só poderá ser editada após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, consoante art. 103-A, caput, CF. Mendes e Branco (2015) asseguram tratar-se de importante requisito, pois evita que a súmula seja baseada em decisão judicial isolada, sendo necessário seu embasamento em jurisprudência ou reiterados julgados no mesmo sentido.

É cabível reclamação “do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar”, nos termos do art. 103-A, §3º, CF e art. 7º, da Lei 11.417/06. Caso o Supremo a julgue procedente, deverá anular o respectivo ato ou cassará a decisão judicial prolatada, determinando novas providências a depender do caso.

A grande novidade conferida a esse cabimento de reclamação é o ajuizamento contra atos da Administração contrários à súmula vinculante. Critica-se tal inovação pelo aumento do número de processos em decorrência não somente de descumprimento por parte do judiciário, mas também pela administração pública:

Aqui reside um dos pontos mais delicados e mais relevantes do novo sistema inaugurado pela Emenda Constitucional n. 45 / 2004. É que não se pode substituir a crise numérica, ocasionada pelo recurso extraordinário, pela multiplicação de reclamações formulada diretamente contra a Administração perante o Supremo Tribunal Federal. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 996)

Para suavizar tal problemática, sugerem a promulgação de normas internas que assegurem mecanismos para solução desse tipo de questão dentro do processo administrativo, evitando que a questão seja levada ao judiciário.

Importante ressaltar que as súmulas não se confundem com os precedentes, pois aquelas possuem prescrição geral e abstrata com duração indefinida e que solucionam casos específicos, enquanto estes possuem certo nível de ponderação de acordo com o caso concreto:

Ou seja, no sistema brasileiro a súmula vinculante sempre estará representada por um enunciado canônico (prescrição literal) ainda que vago e impreciso, enquanto que no sistema do *stare decisis* não por raras vezes haverá controvérsias acerca de quais partes da decisão são consideradas precedentes e assim possuem sua vinculação normativa (...). (ABBOUD, 2008, p. 3-4)

Apesar de ter sua inspiração nos precedentes judiciais da *common law*, a súmula vinculante com eles se iguala somente na intenção de uniformização de jurisprudência e garantia de estabilidade e segurança jurídica ao jurisdicionado. Parafraseando Caroline Almeida (2012), as súmulas distinguem-se dos precedentes por indicar o modo de aplicação da regra jurídica, sem inovar.

Hermes Zanetti Jr. (2014) afirma que mesmo com o advento do Código de Processo Civil em 2015, as súmulas continuariam se distinguindo dos precedentes, pois a correta aplicação e interpretação das súmulas só seriam possíveis com o estudo da fundamentação dos precedentes. Jaldemiro Jr. (2014, p. 18) adiciona que os precedentes seriam “as decisões subjacentes à súmula, cujas *rationes decidendi* são imprescindível (*sic*) à boa aplicação da súmula vinculante”.

Com relação a seus efeitos, o art. 103-A, caput, CF dispõe que são vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à toda a administração pública. Esse efeito não é a regra no ordenamento brasileiro, visto que, atualmente, a única outra decisão do Pretório Excelso que possui eficácia *erga omnes* é aquela proferida em controle abstrato de constitucionalidade.

De acordo com Barroso (2012), o enunciado sumular poderá abranger tanto a fixação de determinada interpretação e alcance de determinados enunciados, quanto conferir eficácia geral a um entendimento sobre constitucionalidade cujos efeitos ainda não tenham sido ampliados (através do art. 52, X, da Constituição).

Marinoni afirma que a eficácia geral da súmula vinculante só é necessária pois o entendimento atual é pelo não acolhimento da teoria da abstrativização, então as súmulas seriam o instrumento de ampliação dos efeitos das decisões do Supremo:

Retenha-se o ponto: a súmula vinculante não seria necessária, mas, porque não há pleno consenso de que as decisões tomadas em controle difuso têm eficácia vinculante, encaminha-se a questão para a edição de súmula vinculante para não sobrar dúvida acerca da obrigação de respeito à clara ratio decidendi elaborada em controle difuso. (MARINONI, 2011, p. 15)

Mendes e Branco (2015) corroboram com essa observação, afirmando que eventual adoção de súmula vinculante que aplique entendimento de declaração incidental de constitucionalidade de lei ou ato normativo enfraqueceria ainda mais a estrutura clássica do art. 52, X, da Constituição.

A aplicação de súmulas vinculantes não é isenta de críticas. Wambier (2009) ressalta a falta de interesse e de preocupação em uniformizar e atualizar o entendimento, o que acaba provocando o abandono de entendimentos sumulados ou edição de nova súmula contrária a outra previamente editada. Afirma ainda a necessidade de se ter uma jurisprudência mais firme das Cortes, e não pessoal de cada ministro, o que traria mais estabilidade e previsibilidade aos entendimentos, refletindo diretamente na edição das súmulas.

Gilberto Andreassa Junior critica a súmula vinculante na proporção em que engessaria o direito brasileiro: “(...) poucos são os legitimados a pleitear a revogação dos enunciados; e segundo porque os enunciados são formulados sem qualquer critério formal e não delimitam a racionalidade jurídica das decisões que serviram de base para sua formulação.” (JUNIOR, 2013, p. 9).

Por outro lado, Mendes e Branco (2015) refutam o argumento de que ocorreria um engessamento do sistema em virtude da previsão expressa na própria Constituição de revisão e revogação dos enunciados, ressaltando que estaria vinculado entendimento dado pela súmula enquanto o considerar adequado, mas podendo alterá-lo quanto a orientação não mais subsistir. Alexandre de Moraes (2016) possui o mesmo entendimento, afirmando que a Emenda Constitucional nº 45 possibilitou a não vinculação eterna aos seus precedentes, impedindo qualquer forma de engessamento, conservando a igualdade, a segurança jurídica e a celeridade processual.

Percebemos então que as súmulas vinculantes não são perfeitas e possuem críticas na sua aplicação, todavia constituem um marco na história jurídica brasileira na busca pela uniformização da jurisprudência e segurança jurídica. O próximo passo a ser analisado é a promulgação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o Código Civil que trouxe diversos inovações e aperfeiçoamentos em busca dessa uniformização.

2.3 BASE PRINCIPOLÓGICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O presente tópico irá abordar a análise principalmente principiológica do Código de Processo Civil de 2015, explorando qual visão principiológica por ele adotada e analisando como com ela se relacionam os precedentes.

O Código de Processo Civil de 2015 traz em seus primeiros artigos alguns dos princípios que o nortearão ao longo das disposições. Aduz Humberto Theodoro Jr. (2016) que a comissão de Juristas designada para a elaboração do anteprojeto do código deu ênfase nessa parte introdutória, de modo a fortalecer a base principiológica que irá guiar o processo civil. Assim, com inspiração no Estado Democrático de Direito, visaram a um processo justo, garantindo o acesso a uma tutela jurisdicional efetiva, dentro de um prazo razoável, assegurando o contraditório e ampla defesa.

O artigo 1º já demonstra o caráter e a importância constitucionalista conferidas a ele. Assim, não restringe o processo civil somente aos princípios elencados no texto do código, prevendo expressamente o respeito àqueles dispostos na Constituição da República. Diante dessa importância conferida às normas constitucionais processuais Didier (2016) sustenta haver algumas consequências para o magistrado diante da sistemática adotada pelo CPC/15, tais como: a compreensão dessas normas como direitos fundamentais, conferindo-lhes o máximo de eficácia; o afastamento de regras contrárias, respeitada a proporcionalidade do caso; considerar restrições impostas por outros direitos fundamentais.

O art. 2º traz a previsão da necessidade iniciativa do processo pela parte requerente, o que significa que o juiz não pode iniciar o processo de ofício, salvo exceções legais. Apesar de o juiz não poder iniciar a ação, é seu dever impulsioná-la oficialmente ao longo de seu decurso, bem como julgá-la ao final, de modo que o jurisdicionado possui direito à efetiva e adequada tutela jurisdicional (art. 3º, CPC).

A motivação das decisões judiciais está prevista constitucionalmente no artigo 93, II, IX, e trazida pelo CPC no artigo 11, que prevê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, consideram-se não fundamentadas as decisões que se encaixem em uma das hipóteses previstas no parágrafo 1º do artigo 489, CPC. Aduz Cassio Scarpinella Bueno (2016) a importância desse princípio para a transparência da atividade judiciária, possibilitando o controle dos motivos das decisões tomadas. Essa seria uma forma de o magistrado “prestar contas” do trabalho desempenhado perante o jurisdicionado, aos demais juízes, e à sociedade

A motivação também é importante para a definição da tese utilizada no caso, da qual

se retira a *ratio decidendi* da decisão, o fundamento suficiente para a resolução daquele caso, consoante Gustavo Nunes (2016). A definição da *ratio decidendi* é imprescindível na prática forense por ser através dela que os precedentes se firmam. É essa parte primordial da forma de decidir que servirá de guia para outros casos que se apresentem no mesmo molde, principalmente se tal decisão contiver efeito vinculante, como os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 927, III, CPC) e as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I, CPC).

O artigo 7º, do CPC traz o princípio da igualdade ao prever a paridade de tratamento entre os litigantes, tendo seu correspondente constitucional no caput do artigo 5º, a chamada igualdade formal. Em outro aspecto, temos a igualdade material, sendo legítima a criação de mecanismos que visem à equilibrar a balança de poder entre as partes, sendo justificável um tratamento desigual na exata medida da desigualdade.

O artigo 12 traz a igualdade na prolação de sentenças e acórdãos ao conferir importância à ordem cronológica de conclusão, sendo ideal a prioridade no julgamento daqueles conclusos há mais tempo. No âmbito processual, Wambier afirma que o princípio da igualdade estará sendo respeitado quando houver “uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados.” (WAMBIER, 2009, p. 15). Apesar disso, Bruno Dantas (2016) sustenta ser natural a existência de interpretações conflitantes dadas a uma mesma situação, mas aduz que a manutenção de tais conflitos despreza a igualdade legal. Assim, apoia a função uniformizadora dos recursos para que corrijam tais distorções.

Segundo Didier (2016), um dos corolários do princípio da Igualdade é a técnica chamada *distinguishing*, a qual é aplicada para separar um caso específico daquele paradigma que formou um precedente, ou por não haver semelhança entre as *rationes decidendi*, ou por existir alguma peculiaridade que afaste o precedente que seria utilizado.

Durante o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) realizado em Belo Horizonte ao longo dos dias 05 a 07 de dezembro de 2014, ou seja, antes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, foi editado o enunciado 306, que traz a aplicação do precedente: “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa” .

O próprio código conferiu relevância a essa prática, ao determinar que não será considerada fundamentada a decisão que deixar de seguir um precedente sem realizar a distinção entre os parâmetros trazidos, consoante art. 489, §1º, VI, CPC. Esse mesmo inciso VI,

aliado ao §4º, do art. 927, trazem ainda a possibilidade de superação (*overruling*) do precedente, ou seja, a revisão de um procedimento firmado em precedente, desde que devidamente fundamentada. Todavia, Marinoni (2016) pugna por muita cautela do operador que defender a superação, uma vez que esta só pode se dar diante de profunda alteração no cenário social, nos costumes morais, políticos e de experiência, e em outras decisões da Corte que afetem o precedente estabelecido.

Aliás, toda a previsão desse parágrafo 1º é de suma importância, pois tratam-se de hipóteses que, ao se concretizarem, tornam a decisão passível de nulidade, em virtude da falta de fundamentação prevista no art. 93, IX, da Carta Magna.

Ao considerar a sentença destituída de fundamentação e, portanto, nula, o Código confere grande importância ao sistema de precedentes, proibindo duas práticas que vinham se tornando costumeiras no direito brasileiro: i) o simples registro de acórdão de Corte Suprema como fundamento para decidir e ii) a não consideração de acórdão de Corte Suprema invocado pela parte. (MARINONI, 2016, p. 338)

Frente à essa necessidade de fundamentação para realizar a superação do precedente, Didier (2016) afirma não ser aplicado no Brasil a revogação tácita (*implied overruling*), que aconteceria quando uma orientação é adotada em confronto com outra, sem, contudo, explicar a mudança. De qualquer forma, todas essas técnicas buscam a igualdade na prolatação de decisões, de modo que os casos semelhantes possam ser decididos com base nos mesmos critérios, apesar de diferentes julgadores, consagrando, ainda o princípio da segurança jurídica.

A não observância dos precedentes pode acarretar graves situações, pois nada se torna mais contraditório do que o descumprimento de precedentes pelo próprio tribunal que os criou, ou a prolatação de sentença diferente para casos iguais pelo mesmo magistrado.

Essa variação desprovida de qualquer justificção racional no tocante à interpretação de um texto judicial fere de morte a segurança jurídica e, por via de consequência, acarreta indesejável cenário de instabilidade social, de descrédito para com os poderes estatais e de falta de previsibilidade a respeito do que esperar, no futuro, quando a voltar a ocorrer referida hipótese de incidência. (NUNES, 2016, p. 11-12)

De acordo com Marinoni (2014), a segurança jurídica está assegurada por vários incisos do artigo 5º da Constituição Federal, como o II (princípio da legalidade), XL (irretroatividade da lei penal), XXXIX (legalidade e anterioridade em matéria penal), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito).

Uma das formas de conferir segurança jurídica é através da uniformização das decisões judiciais, pois, assim, os jurisdicionados podem saber o entendimento dos tribunais acerca de determinado assunto. Contudo, Alexandre Freire (2014) complementa, estabelecendo a

necessidade de decisões estáveis, íntegras e coerentes para o ordenamento jurídico, tendo o legislador acertado ao estabelecer no artigo 926, do CPC, que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”.

O Judiciário, ao exercer o papel de solucionar os problemas da sociedade no caso concreto, deve se manter íntegro como um todo, e não refletindo as opiniões particulares de cada um que o compõe. Dessa forma, a doutrina traz como outro princípio aplicado ao processo a imparcialidade do juiz.

Apesar de não estar expressamente previsto na Constituição em relação ao Judiciário, seu artigo 95 traz prerrogativas inerentes ao magistrado para que possa exercer suas funções, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. Já o Código de Processo Civil consagra as hipóteses que vedam a participação do juiz no feito: impedimentos listados ao longo do artigo 144 e casos de suspeição no artigo 145.

Marinoni (2014) sustenta ser a força dos precedentes fundamental para a concretização da imparcialidade no âmbito judiciário, uma vez que impõe aos juízes que não se atenham a convicções particulares e passem a decidir de acordo com a Suprema Corte.

O princípio do devido processo legal teve sua origem na expressão americana “*due process of law*”. Didier (2016) faz uma observação quanto à tradução realizada, pois *law* significa direito e, assim, o verdadeiro sentido do princípio não estaria limitado à lei em si (*statute law*), mas foi dada sim uma importância ao processo do direito como um todo, ou seja, o processo deve estar em consonância com o direito, e não com um código processual, por exemplo.

Cassio Scarpinella Bueno (2016) explicita que o devido processo legal seria uma forma que o Estado-juiz se utilizaria para desenvolver o processo, de modo que seriam asseguradas garantias mínimas para lidar com uma situação de ameaça ou efetiva lesão a direito.

Assim, percebemos que esse princípio se compromete com a justiça, efetividade, correção e presteza judiciária, tendo Humberto Theodoro Júnior (2016) o conferido grande importância ao caracterizá-lo como um “superprincípio”, pois coordenaria e delimitaria todos os demais princípios processuais, a exemplo da proporcionalidade, razoabilidade, contraditório, ampla defesa e igualdade. Continua ao aduzir que diante desse engajamento com a justiça, não se restringiria a aspectos formais do procedimento, mas acaba abrangendo projetos de ordem substancial.

O artigo 6º do CPC traz ainda o dever de cooperação entre as partes com a finalidade de efetivar um devido processo legal, tornando possível, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva. Conectado a esse dever, encontra-se a cooperação processual prevista no

art. 5o, devendo não só as partes, mas também magistrados, promotores, peritos, procuradores e serventuários devem comportar-se de acordo com a boa-fé.

Uma das vertentes do devido processo legal é a necessidade de celeridade e eficiência processual. Ressalta-se a diferença entre eficiência e efetividade:

Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima. Um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente - atingiu-se o fim “realização do direito” de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). (JR., 2016, p. 104)

O importante para o cumprimento do princípio do devido processo legal é que o processo seja eficiente, e não efetivo. Isso é verificado ao passo que a demora desmotivada não se caracteriza como “devida”, sendo ideal que o jurisdicionado tenha uma resposta em tempo razoável. E foi justamente nesse ponto que a Emenda Constitucional 45, de 2014 alterou o inciso LXXVIII do artigo 5º, que passou a ter a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Humberto Theodoro Júnior (2016) traz alguns exemplos de procedimentos que ajudam a diminuir o tempo de duração do processo: fuga de tecnicismo exagerado; eliminação de entraves burocráticos; modernização do gerenciamento dos serviços judiciários; cumprimento de trâmites e prazos estabelecidos nas leis processuais.

No passo em que o legislativo cumpriu com seu dever de estabelecer os procedimentos que valorizam a celeridade, Alexandre Freire (2014) elogia o estabelecimento de respeito aos precedentes no código processual de 2015. Aponta que é dever do Executivo e, principalmente, do Judiciário utilizar tal regime para efetivar o direito à razoável duração do processo, evitando, muitas vezes, todo o percurso processual até o trânsito em julgado da decisão.

O princípio da legalidade ou *Normgebundenheits Prinzip* significa, de acordo com Wambier (2009), que o judiciário deve decidir de acordo com os parâmetros oferecidos pela lei, sendo que tais referências devem ser colocadas nas fundamentações das decisões para orientar e esclarecer à comunidade jurídica e à sociedade. Atenta à importância desse princípio, a própria Constituição Federal de 1988 o previu não só no inc. II do art. 5º, mas também no caput do art. 37.

Concentrado na importância constitucional, Alexandre Freire sustenta que a legalidade só deve ser observada quando houver razão justificável conferida pela própria Constituição para ser cumprida, e que os juízes e demais operadores do direito que a interpretam devem observar

a finalidade eleita por ela, sendo necessário que “se dê às interpretações feitas da lei um mínimo de estabilidade, em respeito à segurança jurídica e à proteção da confiança.” (FREIRE, 2014, p. 8-9).

No código processual, a legalidade é trazida como uma de suas normas fundamentais no artigo 8º, devendo o juiz aplicar o ordenamento jurídico. Humberto Theodoro Júnior (2016) ressalta que tal previsão não se restringe somente à lei em sentido estrito, devendo o referido ordenamento jurídico ser entendido como todo e qualquer provimento normativo editado pelo Poder Público, sejam elas regras, princípios, cláusulas gerais, principalmente os constitucionais.

Diante do exposto, verificamos que muitos dos princípios adotados pelo código já estavam dispostos na Constituição Federal, sendo ratificada sua aplicação no âmbito processual, enquanto outros princípios foram inovadores. De qualquer modo, é possível perceber que conferem grande importância ao devido processo legal, caracterizado como “superprincípio”. Deduzimos, então, que os precedentes se mostram uma valiosa ferramenta na busca pela celeridade processual, e que sua utilização se coaduna com os princípios que norteiam o próprio código.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Posteriormente ao estudo histórico, seja no direito comparado, seja no direito interno, passamos à análise em detalhe dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015, bem como à apresentação das posições doutrinárias acerca de sua constitucionalidade.

3.1 AS HIPÓTESES PASSÍVEIS DE FORMAR PRECEDENTES

O Código de Processo Civil publicado no dia 17 de março de 2015, entrando em vigência em 18 de março de 2015, mostra-se um marco na história brasileira pós-positivista. Murilo Stráz (2017) ressalta que o diploma se destaca no âmbito jurídico por não se limitar à codificação de pretensões totalizantes, tendo sim como ponto de partida as cláusulas gerais e princípios constitucionais.

Isso pode ser percebido logo em seu art. 1º: “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, e também no art. 8º, devendo o juiz promover: “a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Tem como uma das principais novidades a previsão de que certos pronunciamentos vinculantes devem ser observados por juízes e tribunais (art. 926, CPC). O texto do Projeto de Lei do CPC/15 sofreu diversas mudanças ao longo do processo legislativo, e principalmente os dispositivos agora estudados, que tomaram por numeração final 926 e 927. Primeiramente, a previsão era de que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia” (SENADO FEDERAL, on-line, 2017), conforme art. 847, IV, sendo somente um parâmetro não vinculante para futuras decisões.

Após, passou a ser renumerado como o art. 882, dispondo seu caput: “Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte” (COMISSÃO TEMPORÁRIA DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, on-line, 2017). Note-se que há a presença da expressão “em princípio”, o que dá continuidade à ideia de não vinculação a precedentes.

Houve uma substancial modificação na Câmara dos Deputados, que havia criado um capítulo intitulado “Do precedente judicial” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, on-line, 2017),

cujo artigo 521 determinou em seus incisos o respeito aos precedentes em diversos aspectos. Todavia, a redação fora aprimorada pelo Senado Federal, que estabeleceu a redação final nos artigos 926 e 927, os quais analisaremos nesse estudo.

Bruno Dantas (2016) aduz que a atual redação desses artigos se mostra como um verdadeiro guia com forte caráter pedagógico para a uniformização das decisões, de modo que os operadores do direito o utilizem cada vez mais ao invés de ficar constrangidos com a aplicação dos precedentes, os quais reforçam os princípios da igualdade e legalidade.

Os artigos 926 e 927 representam as disposições da vinculação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. A previsão do caput do artigo 926 de que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” mostra a intenção racionalizar e uniformizar os entendimentos que resultam da prestação jurisdicional, técnicas que buscam assegurar a segurança jurídica e isonomia.

Já o artigo 927 é o maior expoente da vinculação no código, uma vez que confere o dever aos juízes e tribunais de observar as hipóteses trazidas em seus incisos. Antes de sua previsão, só tinham efeito vinculante e erga omnes as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (reforçados no inciso I) e os enunciados de súmula vinculante (inciso II). Agora, tais institutos não só possuem decisões com efeitos erga omnes, como também o conteúdo de seus julgados se torna precedente.

O CPC reforça tais efeitos nos incisos I e II do art. 927, e traz outras três hipóteses previstas nos incisos III a V: os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Já tendo sido apresentados os aspectos concernentes ao controle de constitucionalidade e súmulas vinculantes, passamos então a analisar os instrumentos trazidos pelos incisos III a V do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015.

O Incidente de Assunção de Competência (IAC) está previsto no artigo 947 do CPC e tem a função de definir uma tese acerca de questão de direito com grande repercussão social. Seu diferencial, de acordo com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015), é que não necessita da existência de múltiplos processos para ser instaurado, podendo ser uma questão que tenha grande relevância, desde que o objetivo do relator seja de prevenir ou de resolver divergência entre os órgãos do tribunal.

A decisão proferida vinculará os juízes e outros órgãos fracionários subordinados

àquele órgão que decidiu o incidente, conforme regimento interno, em observância aos parágrafos 1º e 3º do artigo 947. Essa vinculação possibilita a aplicação de outros instrumentos previstos no CPC, tais como: improcedência liminar do pedido (art. 332, III); desnecessidade de remessa necessária (art. art. 496, § 4º, III); decisão monocrática pelo relator (art. 932, IV, c e art. 932, V, c); cabimento de reclamação (Art. 988, IV); desnecessidade de nova sessão se a decisão não for unânime (art. 942. , §4º, I); é considerada omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em IAC (art. 1.022, Parágrafo único, I)

O código disciplinou nos artigos 1.036 a 1.041 o julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos se houver uma multiplicidade sobre a mesma questão de direito. O art. 1.036, §1º determina que o presidente ou o vice-presidente de tribunal selecionará 2 (dois) processos com tal questão, que servirão de paradigma para os demais, os quais devem aguardar suspensos, ressaltando-se que tais processos não serão vinculantes para o relator do tribunal superior que julgará (art. 1.036, §4º e §5º).

Após a instrução, que poderá conter inclusive a participação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (art. 1.038, I) e audiências públicas (art. 1.038, II), será publicado o acórdão paradigma que surtirá efeitos sobre todos os processos sobrestados. Se o acórdão recorrido estiver em consonância com o posicionamento do tribunal superior, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos (art. 1.040, I); e, por outro lado, se o contrariar, o próprio órgão prolator da decisão reexaminará o processo, adequando-o à tese adotada.

Somente se o acórdão recorrido não estiver em consonância com a tese firmada, e o órgão prolator não o reformular, deverá haver a remessa do recurso interposto ao respectivo Tribunal Superior: STF, se recurso extraordinário, ou STJ, se recurso especial.

Marinoni lembra que o objetivo do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos pelos tribunais superiores não é a resolução das demandas que se multiplicam no Judiciário, mas sim a manutenção da unidade do direito e a escolha da solução que melhor se adeque ao sentido da Constituição, ou da lei, respectivamente: “Retenha-se o ponto: Os precedentes formados em recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser respeitados por constituírem *rationes decidendi* elaboradas pelas Cortes Supremas e não por constituírem resoluções de casos de que derivam recursos em massa.” (MARINONI, 2016, p. 332).

O CPC conferiu destaque às decisões proferidas nesse sistema, de modo que atingem diversas fases do processo, possibilitando, por exemplo: a concessão de tutela de evidência (Art. 311, II); improcedência liminar do pedido (art. 332, III); desnecessidade de remessa necessária (art. art. 496, § 4º, III); dispensa de caução em cumprimento provisório de sentença (art. 521,

IV); decisão monocrática pelo relator (art. 932, IV, c e art. 932, V, c); ação rescisória (art. 966, §5º); é considerada omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese (art. 1.022, Parágrafo único, I).

Os fatores que podem ter levado o legislador a criar um mecanismo de resolução de demandas repetitivas são vários, mas dentre eles Guilherme Puchalski Teixeira (2016) cita o aumento do número de demandas e a incapacidade estrutural do judiciário em recebê-las e processá-las. Júlio César Rossi (2012) acrescenta que se percebeu uma sociedade demasiadamente complexa que exarava relações em massa, cujos problemas não estavam sendo absorvidos pelos instrumentos do judiciário.

Diversas razões fáticas podem ter sido a causa de tamanho inchaço:

Razões de ordem social, cultural e econômica explicam o fenômeno. Pode-se destacar, dentre outras, à privatização e consequente universalização dos serviços públicos, à maior conscientização do consumidor em relação aos seus direitos, o inchaço do número de advogados em nível nacional, fruto da proliferação das Faculdades de Direito, a ampliação do acesso ao crédito, o maior poder de consumo das classes menos favorecidas e, ainda, o papel do Estado como demandado protagonista, ao não honrar as suas dívidas, deixar de prestar serviço público ou prestá-lo com má qualidade, por cobrar tributos indevidos, dentre outros tantos inadimplementos. (TEIXEIRA, 2016, p. 2)

De acordo com a exposição de motivos do CPC de 2015, modelo adotado de IRDR teve inspiração no instituto alemão denominado “procedimento-modelo” (*Musterverfahren*), que, de acordo com Marcos de Araújo Cavalcanti (2015), seria um incidente de resolução coletiva de conflitos de massa que se aplicou, originariamente ao mercado imobiliário, expandindo-se, posteriormente, para outras áreas. Apesar de tal inspiração, ele afirma que o processo legislativo do Projeto do CPC sofreu tantas alterações no Senado Federal e Câmara dos Deputados que não se pode dizer que o IRDR seria uma cópia do *Musterverfahren*, sendo “difícil, até mesmo, de acreditar que o IRDR teve inspiração no referido procedimento-modelo alemão.” (CAVALCANTI, 2015, p. 416).

Guilherme Teixeira define o IRDR como um “incidente processual voltado à uniformização da jurisdição, mediante a estabilização da tese jurídica firmada em precedente vinculante, representativo de controvérsia repetida em outros processos individuais, que versam sobre a mesma questão de direito” (TEIXEIRA, 2016, p. 6).

Quanto ao processo do IRDR, tem seus requisitos previstos no artigo 976, CPC. A questão a ser suscitada deve apresentar, simultaneamente, uma efetiva repetição de processos, os quais contenham controvérsia sobre idêntica questão de direito e também risco de ofensa às garantias constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. Não é necessária uma grande

quantidade de processos, mas sim o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, consoante Enunciado 87, do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

O parágrafo 1º desse mesmo artigo prevê que a “desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente”. Guilherme Teixeira (2016) defende ser tal previsão de suma importância pois, apesar do interesse público em atribuir previsibilidade à jurisdição com a instauração do incidente, não se poderia impedir a desistência do requerente da ação que moveu. Com a solução trazida pelo art. 976, §1º, a questão selecionada continuará a ser apreciada, mesmo que não haja mais interesse de uma parte de um processo.

Já o parágrafo 4º traz uma norma de coesão dentro do código ao prever o não cabimento do incidente se já houver sido afetado recurso por um dos tribunais superiores para definição de tese sobre questão repetitiva (arts. 1.036 a 1.041). Em virtude desse dispositivo, Guilherme Teixeira (2016) sustenta a ausência hierarquia entre esses institutos, pois a única razão para a impossibilidade do IRDR é o critério temporal anterior da afetação para julgamento de recursos repetitivos, sendo que ambos estão inseridos no mesmo inciso do art. 927.

O pedido de instauração do incidente deverá ser dirigido ao presidente do tribunal (art. 977), sendo competente o órgão designado no respectivo regimento interno (art. 978). Após o juízo de admissibilidade, o relator “suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso” (art. 982, I). Apesar dessa suspensão retardar os processos com a questão suscitada, significará a celeridade desde a prolação da decisão até o trânsito em julgado da mesma, uma vez que os juízes e tribunais deverão observar a tese firmada, consoante art. 927, III.

Da decisão proferida no incidente, cabe recurso extraordinário ou especial, conforme o caso, sendo presumida a repercussão geral em caso de interposição (art. 987). Se a tese jurídica firmada for aplicada indevidamente ou não for sequer aplicada pelo juiz ou tribunal, caberá reclamação, conforme art. 985, §1º, CPC. Ambas as previsões recursais reforçam ainda mais a importância dada pelo legislador ao instituto, já que presume a repercussão geral por ser um incidente de resolução de demandas repetitivas que irá uniformizar decisões em diversos processos, e eleva o instituto, juntamente com o incidente de assunção de competência, ao cabimento de reclamação, utilizada somente em casos específicos (art. 988, CPC), quais sejam: para preservar a competência e autoridade do tribunal, e em decisões contrárias à súmula vinculante e decisão em controle concentrado de constitucionalidade.

Uma vez julgado o incidente, a tese será aplicada não somente aos processos já suspensos que versem sobre idêntica questão de direito, sob a competência do tribunal, mas também aos casos futuros que versem idêntica questão de direito, consoante art. 985, e art. 927,

III. Quanto à obrigatoriedade, Júlio Rossi (2012) equipara o IRDR à súmula vinculante, pois ambos estariam aptos a gerar efeitos vinculantes em relação a outros processos semelhantes, podendo o julgador, após análise de similaridade, simplesmente “homologar” o entendimento firmado anteriormente.

O art. 986 traz ainda a possibilidade de revisão desta tese, podendo ser proposta pelos mesmos legitimados da instauração, o que evita o engessamento judiciário, atualizando o entendimento conforme as necessidades sociais. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015) afirmam ainda ser possível a modulação de efeitos com base no art. 927, §3º, CPC, uma vez que tal previsão é genérica suficiente (“jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”) para abranger tanto o IRDR, como súmula vinculante e IAC.

O artigo 979 ressalta a necessidade de ampla e específica divulgação e publicidade da instauração e julgamento do incidente, devendo os tribunais manter atualizado banco eletrônico de dados, contendo, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados para facilitar a identificação dos processos abrangidos. Tal publicidade será estendida também aos recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário, o que reforça a busca pela estabilidade das decisões proferidas, unificando a jurisprudência e prezando pela segurança jurídica.

Marinoni afirma que haveria uma violação do princípio constitucional do contraditório, uma vez que o IRDR julga “questão de muitos em processo de alguns” (MARINONI, 2016, p. 328-329), sendo imaginável que uma decisão gere efeitos em face daqueles que não participaram do julgamento. Todavia, encontra no artigo 979 uma solução com a possibilidade de legitimados a promover a tutela dos direitos em disputa, nos termos da Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor, ingressarem no incidente para promover a defesa dos interessados.

Guilherme Teixeira (2016) observa que apesar de o IRDR conferir racionalidade e eficiência ao sistema, não trará, necessariamente, celeridade e efetividade. Isso porque o julgamento da questão de direito repetitiva não reduzirá o número de futuras ações acerca daquela questão, podendo inclusive aumentar o número de ações individuais em busca de efetivação jurisdicional. Por outro lado, a depender da tese firmada, pode haver o desestímulo à litigância em virtude da previsibilidade da decisão, a qual deverá obedecer ao precedente, sendo estes uns de seus principais benefícios.

Uma novidade trazida é a atribuição de força obrigatória a todos os enunciados de súmula (inciso IV, do artigo 927, CPC). Fredie Didier Jr., Braga e Oliveira (2015) afirmam que

não passam a ser enunciados de súmula vinculante, mas que disso se aproximaram. A grande diferença da súmula não vinculante para as vinculantes é que estas vinculam inclusive a própria administração pública, e impescindem de quórum qualificado de dois terços para aprovação, consoante art. 103-A, da CF, enquanto aquelas teriam somente força persuasiva para a administração.

Percebe-se que a redação do dispositivo (os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional) não engloba as súmulas do STF sobre normas infraconstitucionais, devendo o pretório excelso respeitar as editadas pelo STJ acerca da legislação federal.

Daniel Mitiero (2016) faz uma crítica à inserção das súmulas no rol do 927 por serem súmulas “enunciados que visam a retratar de modo simples e direto precedentes”. Assim, defende que o legislador deveria ter dito que os precedentes obrigariam, sejam estes consubstanciados em súmulas ou não.

A preexistência de tese fixada em tais súmulas trará, contudo, consequências em favor da celeridade do procedimento, podendo ensejar (i) improcedência liminar do pedido (art. 332, III); desnecessidade de remessa necessária (art. art. 496, § 4º, III); dispensa de caução em cumprimento provisório de sentença (art. 521, IV); e traz a possibilidade de decisão monocrática pelo relator (art. 932, IV, c e art. 932, V, c).

O inciso V do art. 927, CPC prevê que os juízes deverão observar “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”. Fredie Didier Jr., Braga e Oliveira (2015) sustentam haver dois tipos de vinculação: uma interna e outra externa. Aquela seria direcionada a membros e órgãos fracionários do próprio Tribunal que exarou a orientação a ser seguida. Já esta se refere à observância obrigatória pelos órgãos de instância inferior à do referido Tribunal, os quais devem seguir a orientação inclusive pela hierarquia existente.

Tal previsão se coaduna com o § 1º do artigo 926, o qual determina aos tribunais que editem enunciados de súmula que mostrem sua jurisprudência dominante, tendo o art. 927, V conferido força a tais orientações. Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal pode ser vinculado por súmula do Superior Tribunal de Justiça e vice-versa, uma vez que ambos os tribunais possuem diferentes competências e tratam sobre matérias distintos.

Ravi Peixoto (2015) defende ainda que o rol do artigo 927 não é taxativo, mas sim exemplificativo, trazendo como exemplo o grande fortalecimento da jurisprudência Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Militares.

O parágrafo 1º do 927 relembra que sempre que o julgador for decidir com base nos

precedentes, há tanto a necessidade de contraditório disposto no artigo 10, como os casos em que a decisão não será considerada fundamentada, conforme art. 489, § 1º, CPC.

Em nome da segurança jurídica, Gianvito Ardito (2014) defende ainda a modulação de efeitos de eventuais mudanças de entendimento pelos Tribunais Superiores, para que cheguem ao conhecimento da população como um todo, preservando suas justas expectativas. Inclusive, o parágrafo 3º do artigo 927, CPC já traz esta previsão, estabelecendo que “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.”. Do mesmo modo seguem os parágrafos 2º e 4º, dispondo acerca da necessidade de audiências públicas, se for o caso, e de fundamentação adequada e específica, respectivamente.

O parágrafo 5º é essencial para a aplicação efetiva dos precedentes: a divulgação e organização dos precedentes pelos próprios Tribunais. Tal previsão visa a tornar público e acessível o entendimento da Corte à sociedade, que poderá ser utilizado não só por advogados, mas pelo público leigo.

Assim, apesar de pontos positivos e negativos trazidos pelo novo sistema, é inegável que houve uma grande mudança no sistema processual civil, ampliando as hipóteses de vinculação dos julgados, com o claro objetivo de trazer estabilidade às decisões e segurança jurídica ao jurisdicionado.

3.2 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DOS PRECEDENTES

As disposições do Código de Processo Civil não foram aprovadas pacificamente, com unanimidade por todos os parlamentares. O caminho que levou à aprovação do texto que entrou em vigor em 2016 foi tortuoso, e ainda continua, com o incessante trabalho da doutrina e da jurisprudência na interpretação da lei.

Hermes Zaneti Jr. afirma que as inovações trazidas desde o projeto de lei do CPC, em especial a sistemática de precedentes, já polarizavam a doutrina em duas vertentes:

De um lado, parcela da doutrina enxerga nos precedentes uma absorção inadequada de outra cultura, causadora de ruptura catastrófica com os princípios da legalidade e da separação de poderes, daí porque inconstitucional; a outra parte da doutrina visualiza nos precedentes uma mudança decorrente na teoria da interpretação e, conseqüentemente, na teoria do direito, e não uma mera importação do Common Law, de modo que a vinculação aos precedentes é imperativo da racionalidade, coerência, segurança jurídica e igualdade, constitucional, portanto. (JR., 2016, p. 2)

Seguindo a primeira dessas correntes, Cassio Scarpinella Bueno (2016) afirma a desarmonia do sistema de precedentes trazido pelo Código de processo Civil de 2015 com a Constituição Federal de 1988, pois não estaria dentro das hipóteses trazidas pela própria Constituição para imposição de caráter vinculante genérico às decisões.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015) seguem nessa mesma linha, sustentando que os incisos III (incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivo), IV (súmulas do STJ e STF aprovadas sem o quórum previsto no artigo 103-A, CF) e V (orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados) do artigo 927, CPC não podem vincular os tribunais ou juízes por falta de previsão constitucional. Refutando os argumentos trazidos pela legalidade do CPC, aduzem a incompetência do legislador originário em delegar ao Poder Judiciário formas de legislar, consoante princípio da indelegabilidade das funções. Finalizam ainda, defendendo que os próprios juízes e tribunais não apliquem tais dispositivos por meio de controle concreto de inconstitucionalidade:

O juiz de primeiro grau pode, sozinho, fazer o controle concreto da constitucionalidade de lei ou ato normativo, contestado em face da Constituição. Entendendo pela inconstitucionalidade, pode deixar de observar o preceito inconstitucional e afastar sua incidência no caso concreto. Nos tribunais é possível fazer o controle da constitucionalidade, observada a reserva de plenário (CF 97 e STF-V 10). Reconhecida a inconstitucionalidade, o tribunal afasta a incidência do preceito enunciado no CPC 927 III a V para julgar a causa por outros fundamentos. (JUNIOR; NERY, 2015, p. 1.912)

A essa corrente também se filiam Ingo Wolfgang Sarlet, José Maria Rosa Tesheiner e Juliano Gianechini Fernandes (on-line, 2017), defendendo ser o sistema de precedentes do código processual o oposto de um fundado em bases legais, criticando a transformação dos tribunais em órgãos legisladores.

Há ainda quem defenda que o CPC não tenha trazido sequer um sistema de precedentes, como Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (on-line, 2017), mas sim a redução da complexidade judicial para enfrentar a grande litigiosidade no Judiciário brasileiro. Tal posição também é seguida por Murilo Strätz, afirmando ainda que o código “apenas determina que determinados pronunciamentos judiciais de tribunais (entre acórdãos e verbetes sumulares) sejam observados por parte dos juízes e órgãos jurisdicionais a estes vinculados.” (STRÄTZ, 2017, p. 12).

Em contrapartida, diversos doutrinadores se posicionam de forma favorável à aplicação dos precedentes.

Teresa Wambier (2009) sustenta que, para balancear a complexidade das sociedades

contemporâneas, o sistema adotou uma visão em que a legalidade não se mostra mais como um apego excessivo à letra da lei, entendendo-se a vinculação da lei pelo modo como é enxergada através da doutrina e jurisprudência dominantes.

Nessa mudança de visão sobre a legalidade, verifica-se que os precedentes já estão sendo considerados abarcados:

O dever de observância de precedentes judiciais e da jurisprudência dos tribunais, previsto em diversos dispositivos do CPC (arts. 926-927, p. ex.), corrobora a necessidade de ressignificação do princípio da legalidade - precedentes também compõe o direito e devem ser observados. (JR., 2016, p. 80)

Contra o argumento da falta de previsão constitucional, diversos autores sustentam não haver ferimento ao princípio da separação de poderes, no momento em que o legislador, no exercício de suas atribuições, conferiu tal atribuição ao Judiciário.

Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr. (2016) afirma que como o próprio legislador teria autorizado a atuação do Judiciário, a vinculação aos precedentes não feriria sequer o princípio da legalidade, no mesmo passo em que os princípios com força normativa, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados não o são. Aliás, com base justamente na aplicação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados é que Wambier (2009) aduz a inevitabilidade do juiz do civil law criar o direito, por já ser uma decorrência natural da falta de legislação.

Zaneti Jr. (2016) relembra ainda que a vinculação das súmulas fora introduzida por emenda constitucional e, caso tal vinculação fosse incompatível com o princípio da separação de poderes, até mesmo as súmulas vinculantes deveriam ser consideradas inconstitucionais por violação a cláusulas pétreas. Adiciona que nem mesmo no controle de constitucionalidade o juiz age como um legislador, pois somente irá avaliar a validade face aos preceitos constitucionais.

Thiago Baldani Gomes De Filippo concorda com a não violação à separação de poderes:

Ponderadas essas questões e respeitadas as posições contrárias, temos que a edição de precedentes obrigatórios tal como existente no Novo Código de Processo Civil, independentemente da roupagem que assumam, não implica qualquer lesão ao princípio da separação dos poderes porque, malgrado a sua força vinculante, eles não possuem o condão de substituir a função das leis. Apenas se fosse verificada essa superposição total de funções é que, em nosso sentir, poderia se cogitar de lesão ao princípio. (FILIPPO, 2015, p. 9)

Apesar de possuírem efeitos abstratos e gerais, os precedentes não podem ser confundidos com as leis provenientes do legislativo, uma vez que “os precedentes de *civil law*

se situam em um nível, por assim dizer, intralegal, ao passo que a lei é tipicamente uma prescrição original ou um *novum* na ordem jurídica positiva” (MARINONI, 2016, p. 148). Marinoni conclui ao lembrar que o Poder Judiciário pode ir além de somente interpretar a lei, tendo inclusive o poder constitucional de negá-la, interpretá-la e criá-la diante de uma omissão de tutela de direitos fundamentais.

Podemos ainda fazer uma comparação entre o controle de constitucionalidade e a adoção de precedentes vinculantes, pois tanto em um como em outro há a possibilidade de não aplicação da lei pelo Judiciário. Primeiramente, é necessário afirmar que ambos os institutos possuem força sobre o judiciário: a Constituição por reger o ordenamento jurídico, e os precedentes pela expressa previsão do artigo 927, caput, CPC. Partindo dessa premissa, podemos analisar como tal força pode ser relevada em cada caso.

No controle de constitucionalidade, os juízes e tribunais podem realizar o controle difuso de constitucionalidade, e, se entenderem certa norma inconstitucional, podem deixar de aplicar tal norma ao caso concreto. Na utilização dos precedentes, é possível a realização do *distinguishing*, ou do *overruling*, de modo que, respectivamente, ou aquele caso não se enquadra na *ratio decidendi* do precedente, ou o cenário social clama urgentemente por alteração naquele entendimento.

Percebemos que, de qualquer forma, o Judiciário estava vinculado a utilizar e aplicar certo entendimento, seja aquele trazido pela lei, seja aquele formado em decisão formadora de precedente (art. 927, CPC), e em ambas as situações, o juiz ou tribunal, desde que fundamentadamente, optou por não seguir tais orientações.

Verifica-se, assim, que o seguimento ou não tanto da Constituição como de entendimentos anteriores acabam em um mesmo patamar: na decisão judiciária fundamentada que deixa de utilizá-los. Ora, se a constitucionalidade do próprio controle de constitucionalidade é incontestável, visto que introduzido pelo poder originário, como pode ser discutida a constitucionalidade da aplicação de precedentes, uma vez que ambas podem extinguir sua força no Judiciário.

Em resposta ao argumento de que o Judiciário estaria invadindo a competência legislativa ao criar regras que se sobreporiam ou se igualariam às leis, o Fórum Permanente De Processualistas Civis de Belo Horizonte editou o enunciado nº 324: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal (...)”. Deste modo, o precedente só vigorará enquanto não houver lei a respeito daquele tema específico, pois se ela vier a ser promulgada, o precedente anteriormente estabelecido não deve mais ser aplicado.

Ressaltando a distinção entre as atividades judiciária e legislativa, Hermes Zaneti Jr. (2016) sustenta que sempre haverá espaço para um sistema de precedentes complementar ao legal. Assim, as complementações realizadas pelo Judiciário sempre serão necessárias, mesmo que o legislador seja demasiadamente atuante, uma vez que existirão diversas situações concretas impossíveis de serem abarcadas pelo direito legislado.

As atividades do Judiciário se distinguem das do Legislativo, sendo aquele complementar deste:

Sucedem que, atualmente, o Judiciário colabora com o Legislativo na tarefa de construção de um direito que responda às necessidades sociais. Isso não apenas porque o texto legislativo depende do significado que lhe é atribuído pelo juiz e em razão de que o legislador sabe que necessita da atividade judicial para a concretização de determinadas normas, mas também por haver consciência de que o direito deve estar em constante atualização e adaptação aos novos fatos sociais. (MARINONI, 2014, p. 16)

Barroso também mostra a necessidade do Judiciário diante das lacunas no ordenamento, resolvendo os problemas que surgirão mesmo com a edição das leis, não cabendo só ao judiciário “sobrepôr a sua própria valoração política à dos órgãos cujos membros têm o batismo da representação popular.” (BARROSO, 2015, p. 479). Humberto Theodoro Jr. (2016) ressalta ainda o aspecto da justiça que é realizada pelo Judiciário ao resolver tais lacunas, pois utilizar-se-á de critérios éticos e consuetudinários, visando a uma decisão justa.

Deste modo, percebemos que a doutrina diverge acerca da constitucionalidade dos precedentes, tendo alguns sustentado a falta de previsão constitucional e de autorização do legislativo em conferir tal possibilidade ao Judiciário. Contudo, a maioria da doutrina se coloca a favor dos precedentes vinculantes, baseando-se não só nos princípios que embasam o Código de Processo Civil de 2015, como isonomia, segurança jurídica e previsibilidade das decisões, mas também da diferenciação do precedente para a lei. Assim, sustentam que não haveria violação ao princípio da separação de poderes na aplicação dos precedentes trazidos pelo artigo 927, CPC, sendo constitucional tal sistema.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pudemos observar a evolução do sistema de precedentes, desde o seu surgimento na Inglaterra, passando para a colônia inglesa, Estados Unidos da América, que hoje se tornou a principal referência da *common law*, bem como sua expansão pelo mundo, atingindo a Alemanha, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, e o Brasil.

Na trajetória brasileira, diversos instrumentos foram implementados ao longo dos anos, os quais não podem ser classificados como precedentes, mas têm características semelhantes, e se coadunam com o ordenamento na época em que foram desenvolvidos e aplicados.

Não se pode querer transplantar um sistema de um lugar para outro, uma vez que cada país possui suas particularidades e dificuldades. Assim, caso fosse realizada uma mudança radical no ordenamento jurídico, a população tenderia a rejeitá-la, não reconhecendo tamanha diferença. Já com a introdução gradual de pequenas mudanças, é mais fácil obter a aceitação dessa mudança, pois a tendência é evoluir sempre, seja a mentalidade da população, seja o ordenamento que os rege.

Foram então explanadas a evolução e introdução do Mandado de Injunção e da Súmula Vinculante no Brasil. O primeiro mostrou-se importante neste estudo pela análise da possibilidade de atuação do Poder Judiciário face à mora legislativa, com a adoção das teorias concretista individual intermediária e concretista direta. A solução trazida pelo artigo 8º da lei 13.300/2016 se mostrou um verdadeiro exemplo de harmonia entre os Poderes, uma vez que será, primeiramente, conferido prazo ao Legislativo para sanar a pendência, e, após, poderá o judiciário regulamentar o direito constitucionalmente exigido.

Outro ponto trazido pela Lei 13.300/2016 está em seu artigo 9º, §§ 1º e 2º, que previram a possibilidade de conferir efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, e extensão de efeitos a casos análogos, respectivamente. Apesar de alguns autores não sustentarem seu enquadramento como precedentes, é inegável a eficiência que será conferida aos Mandados de Injunção, por meio da utilização de soluções já adotadas em casos anteriores, contribuindo cada vez mais com a segurança jurídica das decisões, da mesma forma que os precedentes.

Já a súmula vinculante foi o primeiro instrumento brasileiro que realmente se aproximou e se baseou nos precedentes da *common law*, através da edição de enunciados que consubstanciam a jurisprudência, tornando-a de modo claro não só aos operadores do direito, mas também aos jurisdicionados leigos. Deve ser ressaltada também a importância de tais enunciados a esses jurisdicionados, ao passo em que tornam clara a posição da jurisprudência

sobre certo assunto, dispensando uma análise prolongada de julgados dos tribunais.

Por fim, a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 se mostrou de suma importância com a adoção expressa dos precedentes em seus artigos 926 e 927. Antes da análise específica destes, realizou-se uma análise principiológica do código, em que se pode constatar a preocupação que lhe foi conferida em se alinhar com os preceitos constitucionais.

As diversas hipóteses de precedentes elencadas no artigo 927 foram explanadas, bem como as correntes doutrinárias sobre elas. De um lado, posiciona-se a doutrina pela inconstitucionalidade de tal artigo, com base na falta de previsão constitucional e na alegação de que tal sistema violaria o princípio constitucional da separação de poderes. Por outro lado, há a sustentação da constitucionalidade, alegando-se que a autorização dada pelo legislativo ao aprovar a lei processual seria suficiente para contrapor tais argumentos.

É notória a crise que se instala no judiciário brasileiro, com o crescente aumento de processos, constando em muitos tribunais exacerbado acervo processual. Isso demonstra a necessidade de mudança e de algumas atitudes. O sistema de precedentes, fortalecido não só pelo Código de Processo Civil em 2015, mas também pela adoção de súmulas vinculantes, e pela lei do Mandado de Injunção revelam-se como importantes instrumentos não só para a tentativa de redução desse acervo, mas também pela segurança jurídica e devido processo legal.

Tais princípios fazem parte da base do ordenamento jurídico brasileiro e devem ser defendidas e fortalecidas cada vez mais, primando pelo jurisdicionado, pelo cidadão na visão processual. Deste modo, conclui-se pela constitucionalidade do artigo 927 do Código de Processo Civil dada não só a autorização conferida pelo Legislativo ao Judiciário, mas também pela importância do sistema de precedentes implementado no Brasil, numa tentativa de melhorar a eficiência do judiciário nacional e oferecer um serviço cada vez melhor ao jurisdicionado que está em busca da solução de sua lide.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**. n. 165, p. 218-230, nov. 2008.

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Perfil do Acadêmico Salvador de Mendonça**. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/academicos/salvador-de-mendonca/biografia.>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

ALMEIDA, Caroline Sampaio de. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. **Revista dos Tribunais**. n. 922, p. 343-384, ago. 2012.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Os "precedentes" no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). **Revista dos Tribunais**. n. 935, p. 81-102, set. 2013.

ARDITO, Gianvito. Os riscos da jurisprudência dos tribunais superiores: engessamento hermenêutico e efeito *ex tunc*. **Revista dos Tribunais**. n. 940, p. 255-278, fev. 2014.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. **Revista de Processo**. n. 236, p. 279-301, out. 2014.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de Processo**. n. 229, p. 377-401, mar. 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 62, p. 135-200, jan. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. São paulo: Saraiva, 2012.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte americana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Constituição dos Estados Unidos da América -1787**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: Diário Oficial da União, Brasília, n. 51, 17 de março, 2015, Seção 1.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292p BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BULOS, Uadi Lâmega. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PARECER AO PROJETOS DE LEIS Nº 6.025/10 E 8.046/10**. Disponível em: <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acesso em: 27 set. 2017.

CAMBI, Eduardo.; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**. n. 215, p. 207-246, jan. 2013.

CASTRO, Guilherme de Siqueira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Mandado de Injunção**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O Incidente de descon sideração de demandas repetitivas e ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2015.

COMISSÃO TEMPORÁRIA DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **PARECER**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=%221>>. Acesso em: 27 set. 2017.

DANTAS, Bruno. (In)consistência jurisprudencial e segurança jurídica: o “novo” dever dos tribunais no código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. n. 262, p. 323 -344, dez. 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2 ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DERZI, Misabel De Abreu Machado. Recursos extraordinários, precedentes e a responsabilidade política dos tribunais. **Revista de Processo**. n. 237, p. 473 -493, nov. 2014.
DEUTSCHER BUNDESTAG. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

DIDIER FR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FILHO, Marcílio Toscano Franca. Alemanha e o Estado de Direito: apontamentos de teoria constitucional comparada. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília; n. 133, p. 109-109120, jan. 1997.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De. Precedentes judiciais e separação de poderes. **Revista de Processo**. n. 247, p. 423 -448, set. 2015.

FREIRE, Alexandre. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. n. 950, p. 199-228, dez. 2014.

GOMES, Frederico Barbosa. O modelo alemão de controle de constitucionalidade. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**. Pouso Alegre; v. 26, n. 2, p. 153-180, jul. 2010.

JOSÉ AFONSO DA SILVA. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais – vol. II**. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Luiz Guilherme Marinoni. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**. n. 950, p. 165 -198, dez. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Eficácia vinculante - a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**. n. 184, p. 9-41, jun. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Autoridade de precedente do Supremo Tribunal Federal e critério para identificação de terra indígena no Brasil. **Soluções Práticas - Marinoni**. n. 2, p. 165-204, out. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília; n. 162, p. 149-168, abr. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MITIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes judiciais vinculantes no novo código de processo civil. **Revista dos Tribunais**. n. 970, p. 77-108, ago. 2016.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A força das decisões judiciais. **Revista de Processo**. n. 216, p. 13-34, fev. 2013.

OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América Latina. história, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. **Revista de Processo**. n. 187, p. 181-230, set. 2010.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 - uma análise sobre a adaptabilidade da distinção. **Revista de Processo**. n. 248, p. 331 -355, out. 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. **Revista de Processo**. n. 217, p. 401-418, mar. 2013.

REIS, Isaac Costa. **Limites à legitimidade da jurisdição constitucional**: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha. Recife: UFP, 2013. Tese de Doutorado em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**. n. 208, p. 203-240, jun. 2012.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. O *writ of certiorari* e sua influência sobre o instituto da repercussão geral do recurso extraordinário. **Revista de Processo**. n. 235, p. 381-405, set. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; TESHEINER, José Maria Rosa; FERNANDES, Juliano Gianechini. **Instrumentos de uniformização da jurisprudência e precedentes obrigatórios no Projeto do Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4751-instrumentos-de-uniformizacao-da-jurisprudencia-e-precedentes-obrigatorios-no-projeto-do-codigo-de-processo-civ>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SENADO FEDERAL. **ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2017.

SILVEIRA, Alípio. **Introdução ao Direito e à Justiça Norte-americanos**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1962.

STRÄTZ, Murilo. Aportes à desmistificação do art. 927 do novo código de processo civil. **Revista de Processo**. n. 269, p. 433-463, jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; 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: 4 out. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acervo processual**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervostf.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Incidente de resolução de demandas repetitivas: projeções em torno de sua eficiência. **Revista de Processo**. n. 251, p. 359 -387, jan. 2016.

Teresa Arruda Alvim Wambier. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**. n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

Thiago Baldani Gomes De Filippo. Precedentes judiciais e separação de poderes. **Revista de Processo**. n. 247, p. 423 -448, set. 2015.

WOLKART, Erik Navarro. Precedentes no brasil e cultura - um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho. **Revista de Processo**. n. 243, p. 409-433, mai. 2015.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015?. **Revista de Processo**. n. 257, p. 371 -388, jul. 2016.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo código de processo civil. **Revista de Processo**. n. 235, p. 293 -349, set. 2014.