

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DOS
PRECEDENTES NO CPC/2015: UM DEBATE NECESSÁRIO**

*(Un)constitutionality of binding precedents in the Civil Procedure Code of
2015: a necessary debate)*

Ravi Peixoto

Doutorando em direito processual pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPE. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP), do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Procurador do Município do Recife. Advogado.

RESUMO: Com a inserção de um rol de precedentes obrigatórios no art. 927 do CPC/2015, surgiu um relevante debate acerca da constitucionalidade da previsão da obrigatoriedade de precedentes por meio da legislação infraconstitucional. Para que se possa defender a constitucionalidade dessa previsão, far-se-á uma revisão das diversas correntes doutrinárias que analisam o tema. Posteriormente, será feita uma resenha crítica dessas doutrinas para elencar os argumentos que evidenciam a inexistência de qualquer vício de inconstitucionalidade na previsão da obrigatoriedade de precedentes por meio da legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Precedentes. Precedentes obrigatórios. Constitucionalidade. Legislação infraconstitucional.

ABSTRACT: With the insertion of a list of binding precedents in the article 927 of the Civil Procedure Code of 2015, an interesting debate rose about the unconstitutionality of the insertion of the obligatory of precedents through legislation and not by changing the Constitution. To be able to defend its constitutionality it will be made a revision of the various doctrinaire positions. After it, there will be a critic review of them, in order to present the arguments that shows that there are no problems of constitutionality with the insertion of the binding precedents through the legislation.

Keywords: Precedent. Binding precedents. Constitutionality. Legislation.

1. INTRODUÇÃO

Uma das grandes novidades no CPC/2015 é a tentativa de desenvolvimento de uma cultura de precedentes obrigatórios. Não apenas no art. 927, que menciona os precedentes obrigatórios, mas em vários outros momentos, esse objetivo é perceptível, a exemplo do art. 8º, que menciona a aplicação do ordenamento jurídico pelo magistrado, que inclui os precedentes vinculantes¹, pela tutela de evidência com base em algumas espécies de precedentes obrigatórios (art. 311, II), pela improcedência liminar do pedido, que deve estar de acordo com o entendimento dos tribunais (art. 332), pelos poderes do relator (art. 932), pelo incidente de assunção de competência (art. 947), pelo incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976-987), pela reclamação (art. 988-993) etc., todos eles estão relacionados com a temática base dos precedentes.²

Dentre esses textos normativos, um dos artigos chave para o funcionamento dos precedentes é o art. 927, do CPC/2015, e a previsão de uma listagem de precedentes obrigatórios, o qual já tem sido alvo de um sem número de discussões, desde o significado do termo “observarão”, passando pela alegação de inconstitucionalidade de algumas das espécies de decisão listadas e ainda pela análise de sua taxatividade ou não.

O objetivo deste texto é o de debater primordialmente o problema da (in) constitucionalidade da obrigatoriedade dos precedentes contidos no art. 927. Para tanto, far-se-á uma inicial análise do significado do termo “observarão”, pois, a alegada inconstitucionalidade só existirá caso se admita que ele implica a obrigatoriedade dos precedentes. Posteriormente, passar-se-á ao específico tema do artigo, com a análise das diversas correntes e seus argumentos para, ao fim, defender que não existe qualquer vício de inconstitucionalidade na fixação da obrigatoriedade de precedentes por meio da legislação infraconstitucional.

2. O SIGNIFICADO DO TERMO “OBSERVARÃO” NO CAPUT DO ART. 927

Ocaput do art. 927, do CPC/2015, afirma que os “Os juízes e os tribunais observarão”, ao iniciar o elenco dos precedentes que devem ser seguidos. Trata-

¹ Nesse sentido o enunciado n. 380, do FPPC: A expressão “ordenamento jurídico”, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes.

² Para uma visão de diversos institutos ligados aos precedentes no CPC/2015 e ainda das mudanças em outros institutos a partir da introdução de precedentes obrigatórios no direito brasileiro, cf.: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 317-540.

se do primeiro problema a ser debatido, pois todos os outros dependem da forma de percepção do seu significado, afinal, se se tratar de mera persuasão, não haverá sequer a necessidade de discussão acerca da constitucionalidade ou não dos precedentes supostamente obrigatórios, mencionados no referido texto normativo.

Adota-se o posicionamento de que, para além de uma mera persuasão, tais precedentes são obrigatórios, não cabendo aos magistrados a eles sujeitos a opção de seguir ou não, quando o caso em questão estiver sob o âmbito de incidência de uma das situações listadas no art. 927, entendimento adotado pelo enunciado n. 170, do FPPC.³⁻⁴

A listagem proposta pelo art. 927, do CPC/2015, de força vinculante é a seguinte: a) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, b) os enunciados de súmula vinculante, c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Para Alexandre Freitas Câmara, o comando do caput do art. 927: “observarão” implica apenas um dever de levar o precedente em consideração, requerendo outra norma que a ele atribua eficácia vinculante. Afirma o autor que o caso “a” é vinculante pelo comando do art. 102, §2º, da CR, o “b” pelo art. 103-A, da CR, o incidente de assunção de competência, pelo art. 947, §3º, do CPC, o

³ No mesmo sentido, destacando a obrigatoriedade dos precedentes, tem-se o enunciado 170, do FPPC: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Na mesma linha: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 588-589; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015, p. 467; ABOUD, Georges; STRECK, Lenio. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 176; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016, p.

⁴ Parte-se do pressuposto de que as causas repetitivas estão relacionadas com a teoria dos precedentes e não com a coisa julgada, como vem defendendo Marinoni, ponto de vista que implicaria uma outra espécie de discussão. Sobre o ponto de vista do autor: MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 249, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedentes. São Paulo: RT, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. Consequências da equivocada aproximação do “IRDR” ao sistema de precedentes. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivm, 2016.

IRDR, pelo art. 985, I e II, do CPC/2015 e os recursos especial e extraordinário repetitivos, pelo art. 1.040, do CPC/2015. Os demais casos mencionados seriam meramente persuasivos.⁵ Conclusão semelhante é alcançada por José Miguel Garcia Medina, mas com o foco para o cabimento de reclamação como instrumento apto a gerar uma vinculação formal. Assim, os casos dos incisos IV e V do art. 927 do CPC seriam apenas persuasivos por não ser cabível a reclamação, muito embora não possam ser ignorados por força do art. 489, §1º, VI, CPC, que exige a devida fundamentação para a não aplicação do precedente.⁶

A vinculação advinda do comando do art. 927 por meio do termo “observarão” não parece, ter, de forma alguma, conotação de um mero dever de levar em consideração. Para além do próprio termo, haveria a criação de um sistema completamente contraditório, eis que seria possível admitir que um precedente advindo de um IRDR de um tribunal de justiça seria vinculante, enquanto um precedente advindo do tribunal pleno do STF sobre matéria constitucional seria meramente persuasivo. Não há qualquer necessidade de outros comandos normativos para que quaisquer dos casos mencionados no art. 927 tenha eficácia vinculante. Lembre-se que o próprio STF já considerava que os precedentes originados de recursos extraordinários com repercussão geral eram vinculantes sob a égide do CPC/1973.⁷ Em um CPC que tanto fortalece os precedentes, seria um contrassenso a interpretação restritiva da vinculação do art. 927, que implicaria até a retirada da eficácia vinculante já apontada pelo STF no período do CPC/1973.

É importante estabelecer que o cabimento ou não da reclamação, ao menos no Brasil, é irrelevante para a denominação do precedente como vinculante.⁸ Nos casos em que cabível, a reclamação atua apenas como mais um remédio jurídico

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 434-435.

⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1.324. Fazendo a relação entre vinculação do precedente e o cabimento da reclamação: PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei n. 13.256/16. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 507.

⁷ STF, Tribunal Pleno, Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/04/2011, DJe-107 06/06/2011.

⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 488-493. Hermes Zaneti também parece ter entendimento semelhante, ao classificar os precedentes em normativos vinculantes, normativos formalmente vinculantes (de iure) e normativos formalmente vinculantes fortes (de iure) e indicar que apenas estes últimos podem ser impugnados por algum remédio jurídico processual autônomo. (O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 343-345).

processual apto à correção da não aplicação adequada de um determinado entendimento jurisprudencial vinculante.⁹

A segurança jurídica e a exigência de integridade, estabilidade e coerência dos precedentes inseridas no art. 926, do CPC/2015, impõem que os precedentes mencionados no art. 927, do CPC/2015, sejam considerados obrigatórios. A coerência e a integridade do direito devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, sendo necessária a compreensão de que “os juízes e tribunais são organismos que servem a um Poder e ao sistema de distribuição de justiça, pouco importam suas “opiniões””.¹⁰ Tais características fazem referência a um todo e, havendo posicionamento de um tribunal superior adequado para uniformizar o entendimento sobre determinada matéria, os demais órgãos jurisdicionais devem adotar tal posicionamento. Do contrário, seria ignorar a função de orientação de tais tribunais, valorizada pelo CPC/2015.

Assim, é evidente que ao se utilizar do termo “observarão”, o CPC/2015 impõe a obrigatoriedade dos precedentes listados no rol do art. 927. Enfim, fixada a premissa da obrigatoriedade dos precedentes no CPC/2015, é possível passar ao debate específico da sua (in) constitucionalidade.

3. HÁ ALGUMA INCONSTITUCIONALIDADE NO ROL DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS CONSTANTES DO ART. 927?

3.1. OS ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS PELA INCONSTITUCIONALIDADE

Há posição doutrinária que considera o rol de precedentes obrigatórios existente no art. 927 inconstitucional, desde que não haja previsão semelhante na

⁹ A bem da verdade, como já mencionado em outro texto, o cabimento da reclamação para controle dos precedentes “Trata-se de uma medida autoritária, que parecer permitir o entendimento de que, em relação a esses precedentes, haveria apenas um intérprete”.(PEIXOTO, Ravi. Proibição da venda casada de reclamação e precedentes obrigatórios. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/23/proibicao-da-venda-casada-de-reclamacao-e-precedentes-obrigatorios/>. Acesso às 14h, do dia 18 de agosto de 2016). Também criticando o cabimento de reclamação para o controle de precedentes eis que “Em termos de política legislativa, trata-se de previsão em si mesma equivocada. A ação de reclamação tem a ver com a tutela da autoridade da decisão do caso concreto, isto é, tem a ver com desrespeito ao dispositivo de determinada decisão. Pertence, portanto, ao discurso do caso concreto. Nada diz respeito ao discurso da unidade da ordem jurídica”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016, p.114).

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 927. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 2.073.

Constituição.¹¹ O juiz não seria nem boca da lei e nem boca dos tribunais, estando apenas obrigado a aplicar a súmula vinculante e o resultado da procedência da ADIn ao caso concreto (art. 102, §2º e art. 103-A, ambos da CFRB). Nas demais situações, aplicaria “livremente os preceitos abstratos e gerais (leis, lato sensu) constantes da súmula simples dos tribunais, orientações do plenário ou do órgão especial do TRF e TJ, justificando a aplicação ou não do dispositivo oriundo do tribunal”.¹² Não seria possível, por meio de lei ordinária, impor a vinculação de “preceitos abstratos, gerais, com característica de lei”, com aptidão para obrigar a sociedade como um todo. O STF e o STJ apenas são aptos a decidir caso concreto e não poderiam legislar.

Quando o art. 927 utiliza o termo “observarão”, estaria “considerando esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei”. Isso significaria conceder poder aos tribunais de legislar, o que apenas poderia ser realizado por meio de emenda constitucional, o que não seria o caso, tornando os incisos III, IV e V, do art. 927 inconstitucionais. Assim, tais precedentes seriam tão somente em persuasivos. Ou seja, seriam observados apenas pelo seu conteúdo e não por sua autoridade.¹³ Adiantando-se aos seus críticos, ainda se afirma que, mesmo que se tente apontar que a obrigatoriedade dos precedentes previstos na legislação infraconstitucional seria dirigida apenas ao Poder Judiciário, isto não ocorreria com o IRDR, eis que o art. 985, §2º do CPC exigiria que, nos casos em que o incidente seja relacionado a prestação de serviço concedido, caberia ao órgão, ente ou agência reguladora competente fiscalizar a efetiva aplicação da tese por parte dos sujeitos a regulação.¹⁴

¹¹ Nesse sentido, sem maiores considerações: BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, versão digital, capítulo 16, tópico 2.1. De acordo com Cruz e Tucci, haveria “inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados do controle concentrado de constitucionalidade”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454). Também com esse raciocínio: ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). Panorama atual do novo CPC. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

¹² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 15ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 1.836. No mesmo sentido: CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas. São Paulo: RT, 2016, p. 370.

¹³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado... cit., p. 1.837. Com o mesmo raciocínio: MAZZILLI, Hugo Nigro. Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao>. Acesso às 14h, do dia 16 de julho de 2016. Também defendendo a inconstitucionalidade, aparentemente, com argumentos semelhantes: ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 927. STRECK, Lenio; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (coords). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.200-1.201.

¹⁴ ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 927... cit., p. 1.200-1.2001.

A inserção de tal obrigatoriedade na legislação infraconstitucional violaria a independência funcional dos magistrados e a separação funcional de poderes. Há, ainda, a referência a um pré-julgado do Tribunal Superior Eleitoral¹⁵ e a um do Supremo Tribunal Federal,¹⁶ o primeiro tratando da inconstitucionalidade do instituto do prejudgado previsto no art. 263 do Código Eleitoral em relação à Constituição de 1988 e o segundo em uma representação de inconstitucionalidade, em que se entendeu que o art. 902, §1º, da CLT, que concedia força normativa geral às decisões do TST não teria sido recepcionado pela Constituição de 1946.¹⁷ Destaque-se que os dois julgados mencionados datam respectivamente de 1977 e 1992, em que a compreensão da atuação judicial era diversa da existente na atualidade.

Em outros termos, essa doutrina entende que os juízes são livres para decidir sem qualquer vinculação por meio dos precedentes, desde que de acordo com as leis *lato sensu*, salvo previsão constitucional, apenas seguindo os precedentes dos tribunais superiores nos casos em que concordem com o seu conteúdo.

3.2. UMA AVALIAÇÃO DA POLÊMICA

3.2.1. Uma breve excursão aos assentos portugueses e a sua relação com a inserção dos precedentes obrigatórios no direito brasileiro¹⁸

De certa forma, o raciocínio da doutrina para apontar a inconstitucionalidade dos precedentes parece estar muito conexo com o desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Português para decretar a inconstitucionalidade dos assentos.¹⁹

¹⁵ TSE, Tribunal Pleno, Respe. N. 9.936-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, acórdão n. 12.501, j. 14/09/1992.

¹⁶ STF, Tribunal Pleno, Rp 946, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 12/05/1977, DJ 01/07/1977.

¹⁷ Essa argumentação advém dos seguintes autores: ABOUD, Georges. *Discrecionabilidade administrativa e judicial*. São Paulo: RT, 2014, p. 392; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 588-591; CAVALCANTI, Marcos. *CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas... cit., p. 366-372.*

¹⁸ Nesse tópico, faço um agradecimento ao amigo Jaldemiro Rodrigues Ataíde Junior, que foi essencial para a adequada interpretação do julgado do Tribunal Constitucional Português.

¹⁹ Ver, por exemplo, menção aos assentos em comparação com os precedentes obrigatórios no direito brasileiro em: ROSSI, Júlio César. *O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 208, jun.-2012, versão digital, tópico 4; CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas... cit., p. 371.*

Os assentos eram uma espécie de poder normativo geral atribuído ao Supremo Tribunal de Justiça português com a finalidade específica de limitar o processo de individualização do direito, sendo entendido como detentor das seguintes características: (1) – um critério jurídico universalmente vinculante; (2) – prescrito por um órgão judicial; (3) – sob a forma de uma norma (no sentido de preceito geral e abstrato) que passava a integrar o sistema jurídico ao lado das demais.²⁰

As decisões plenárias tomadas a partir de um recurso de uniformização da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português eram reduzidas a uma espécie de enunciado com caráter geral e abstrato, com aptidão para vincular a todos – não apenas o Poder Judiciário -. Além disso, ele detinha um caráter imutável, ou seja, não era apto a ser revisado pelo próprio órgão que o editou, eis que o Código de Processo Civil de 1961, embora tivesse mantido a regulação do CPC de 1939, eliminara a faculdade concedida ao Supremo Tribunal de Justiça de alterar a doutrina fixada nos seus assentos.

Inicialmente, deve-se mencionar que a concessão de força obrigatória geral era concedida aos assentos pelo art. 2º do Código Civil com a seguinte redação:

Artigo 2º. Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.

Havia forte polêmica doutrinária sobre a sua constitucionalidade e, em 1993, o Tribunal Constitucional se deparou com um caso concreto em que era questionada justamente a constitucionalidade dos assentos. Ocorre que a decisão não foi tão simples como por vezes aponta a doutrina no sentido da inconstitucionalidade desses assentos.

No dispositivo da decisão do Tribunal Constitucional, consta a seguinte afirmativa:

Julgar inconstitucional a norma do artigo 2º do Código Civil na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115º, nº 5, da Constituição.²¹

²⁰ Com mais vagar, sobre o tema: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 79-93; CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil lusitano. São Paulo: RT, 2009, p. 159-176; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 217-237.

²¹ Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional, Rel. Cons. Monteiro Diniz.

Enfim, antes de se entender a motivação, destaca-se que os assentos não foram reconhecidos como inconstitucionais em sua totalidade, mas tão somente na parte em que atuavam como “doutrina com força obrigatória geral”, para além do Poder Judiciário. Tanto a inconstitucionalidade do assento não era total que no capítulo decisório acerca do caso concreto no qual se questionava a constitucionalidade desse instituto e havia requerimento de reforma da decisão porque baseada no assento o julgamento foi pela improcedência do recurso.

Destaque-se que esse mesmo raciocínio e adiante a explanada justificação foram reiterados em 1996 pelo Tribunal Constitucional²² e que o Decreto-Lei nº 329-A/95, de 12 de Dezembro havia revogado o art. 2º do Código Civil, pondo fim à história dos assentos.

Passando à temática principal, os motivos pelos quais houve o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial dos assentos, é imprescindível a transcrição de um relevante trecho do acórdão:

[...] o Código de Processo Civil de 1961 suprimiu a possibilidade de modificação dos assentos, constante do artigo 769º do Código de 1939, possibilidade essa já contemplada no artigo 66º do Decreto nº 12.353 que, por seu turno, recebera inspiração no Decreto nº 4620.

A consagração de um tal sistema, rígido e imutável, para além de anquilosar e impedir a evolução da jurisprudência, necessariamente ditada pelo devir do direito e da sua adequada realização histórico-concreta, contraria manifestamente o sentido mais autêntico da função jurisprudencial.

Ora, tanto a eficácia jurídica universal atribuída à doutrina dos assentos, como o seu carácter de imutabilidade, não só se apresentam como atributos anómalos relativamente à forma inicial da sua instituição em 1939, mas também se configuram como formas de caracterização inadequada de um instituto que visa a unidade do direito e a segurança da ordem jurídica.

E parece poder afirmar-se que, desprovida desta caracterização, isto é, sem força vinculativa geral e sujeita, em princípio, à contradita das partes e à modificação pelo próprio tribunal dela emitente, aquela doutrina perderá a natureza de acto normativo de interpretação e integração autêntica da lei.²³

Face a esta situação, e com base no princípio da tipicidade das leis constantes da Constituição Portuguesa, vedando a criação pela via legal de outras categorias de atos legislativos (art. 115, CP), o Tribunal Constitucional português considerou que, pelas características particulares dos assentos, eles seriam parcialmente inconstitucionais. Afinal, o assento elaborado a partir da decisão atuarial

²² Tribunal Constitucional, Acórdão nº 743/96, Rel. Cons. Monteiro Diniz.

²³ Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional, Rel. Cons. Monteiro Diniz. Grifos nossos.

estritamente [como] as proposições normativas de estrutura geral e abstracta que se autonomizam, formal e normativamente, desses acórdãos. O assento é o ‘preceito que coroa a decisão do caso concreto’ com ‘força genérica’ (Antunes Varela. Do Projecto ao Código Civil. p. 18), não a própria decisão do caso concreto ou o conteúdo normativo casuístico dessa decisão.

Originados embora numa decisão jurisprudencial que deles constitui pressuposto jurídico, os assentos normativamente objectivam, para além dessa decisão, uma prescrição que fica a valer geral e abstractamente para o futuro, sendo assim equiparados a fontes de direito²⁴

Afinal, os assentos foram tidos por parcialmente inconstitucionais pelos seguintes motivos: a) os assentos tinham um carácter estático e imutável, ou seja, não havia autorização para a sua revisão. Uma vez editado um assento, este seria permanente, que foi a mesma situação ocorrida na Inglaterra e a fixação de precedentes obrigatórios entre 1898 e 1966, em que não podia haver a superação de precedentes; b) a sua obrigatoriedade era geral, no sentido de que vinculava os tribunais que estavam fora do Poder Judiciário e, de forma direta também a comunidade em geral, o que os assemelhava às leis.

No entanto, o próprio tribunal indicou que:

Desde que a doutrina estabelecida no assento apenas obrigue os juízes e os tribunais dependentes e hierarquicamente subordinados àquele que o tenha emitido, e não já os tribunais das outras ordens nem a comunidade em geral, deixa de dispôr de força obrigatória geral o que representa, no entendimento de Marcello Caetano, a perda automática do valor que é próprio dos actos legislativos (cfr. ob. loc. cit.).

Com efeito, desde que o Supremo Tribunal de Justiça, na sequência de recurso interposto pelas partes, disponha de competência para proceder à revisibilidade dos assentos - e não cabe a este Tribunal pronunciar-se sobre os pressupostos e a amplitude do esquema processual a seguir em ordem à concretização desse objectivo - a eficácia interna dos assentos, restringindo-se ao plano específico dos tribunais integrados na ordem dos tribunais judiciais de que o Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da respectiva hierarquia, perderá o carácter normativo para se situar no plano da mera eficácia jurisdicional e revestir a natureza de simples jurisprudência qualificada.

E assim sendo, a norma do artigo 2º do Código Civil, entendida como significando que os tribunais podem fixar, por meio de assentos doutrina obrigatória para os tribunais integrados na ordem do tribunal emitente, susceptível de por este vir a ser alterada, deixará de conflitar com a norma do artigo 115º, nº 5 da Constituição.²⁵

Em outros termos, o Tribunal Constitucional português não vedou, em abstrato, a concessão de eficácia vinculante aos pronunciamentos do Poder

²⁴ Tribunal Constitucional, Acórdão nº 810/93, Rel. Cons. Monteiro Diniz. Texto entre colchetes nosso.

²⁵ Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional, Rel. Cons. Monteiro Diniz.

Judiciário sem a devida reforma constitucional. Esta poderia ser realizada desde que baseada na hierarquia existente entre os tribunais tivesse eficácia interna e fosse revogável, o que retiraria o seu caráter legislativo. O problema percebido era o excesso de autonomia dos assentos em relação às decisões e a sua imutabilidade.

Não se pode confundir decisão de controle de validade de normas jurídicas, seja ela um controle de constitucionalidade, seja o da validade jurídica em geral, mesmo que com vinculação geral com a função legislativa. Enquanto a decisão de invalidade tem um efeito tão somente negativo, o ato legislativo detém necessariamente um efeito positivo. Mais ainda, a tão só concessão de eficácia geral não implica igualar um ato jurisdicional ao legislativo, pois, embora a generalidade seja uma característica da lei, não é um elemento suficiente. Não se pode confundir a revogação – ato legislativo – com anulação, que pode ocorrer na atuação jurisdicional. Enquanto o primeiro é um ato de disposição-atuação desvinculado, o segundo necessariamente tem por base a violação de norma superior ou de algum vínculo normativo específico.²⁶

Outra diferença existente entre a função legislativa e a jurisdicional é a de que, enquanto o Poder Legislativo pode, desde que não haja inconstitucionalidade, implementar qualquer regra legal que desejar, sem qualquer exigência de fundamentação. A atuação jurisdicional não pode ser arbitrária, devendo ser fundada em argumentos jurídicos e baseadas nos textos normativos em vigor.²⁷ Também não possui o precedente caráter definitivo de um texto normativo, sendo mais frágil, estando sempre sujeito a modificação. A superação de precedentes é mais limitada pela necessidade de fundamentação e a limitação causada pelos textos normativos.

Mesmo a função de controle de constitucionalidade – mesmo o abstrato e concentrado - não implica a concessão de uma atuação legislativa ao Poder Judiciário. Portanto, é preciso compreender que “a expressão “legislador

²⁶ NEVES, A. Castanheira. O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 612.

²⁷ Destacando essa diferenciação: ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. Quietamovere: interpretative change in a codified system. CANE, Peter; STAPLETON, Jane. (orgs). The law of obligations: essays in celebration of John Fleming. Oxford: Clarendon, 1998., p. 305-306; GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Trad. de Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin, 2005, p. 222; ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 182; MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013, p. 87; HURLEY, S. L. Coherence, hypothetical cases, and precedent. HERSHOVITZ, Scott (ed). Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin. Oxford: Oxford University Press, 2006, versão kindle, página 86 de 328.

negativo” não traduz a função “legislativa” do tribunal”.²⁸ A lógica dessa atuação é a mesma que permite ao Poder Judiciário anular um determinado ato administrativo. E, como se disse, a concessão de eficácia geral a essa decisão do Poder Judiciário não gera, para ele, o exercício do poder legislativo. O paralelismo será tão somente formal, jamais material, eis que as eventuais consequências podem ser iguais.²⁹ Em outros termos, mesmo o controle de constitucionalidade concentrado consiste no exercício da função jurisdicional típica.

Afinal, não é a concessão de eficácia vinculante que torna um ato jurisdicional detentor de natureza legislativa. De acordo com Castanheira Neves, para que isso ocorra, são necessárias as seguintes características: “1) uma prescrição, e não um juízo; 2) que comprometa universalmente a ordem jurídica; 3) e no qual a ordem jurídica se compromete a) já instituindo um status jurídico, em intenção puramente jurídica, b) já estatuinto uma solução programática, pré-determinada e de aplicação futura, de certo tipo de problema social, em intenção político-jurídica”.³⁰

O mesmo autor, no entanto, traz diversas críticas à atuação vinculante do Poder Judiciário, sempre focada nos assentos português, que teriam um caráter excessivamente abstrato, fechando completamente a possibilidade de diálogo e da contínua reconstrução do entendimento acerca dos diversos textos normativos. Ocorre que, ao analisar o regime de precedentes constante do common law, parece considerar a fixação da vinculação de precedentes como possível e não como detentora de uma natureza legislativa. Isso por fazer referência à aptidão daquele sistema de caminhar por meio de um equilíbrio “entre a estabilidade e a continuidade jurídicas, por um lado, e a abertura e a liberdade jurisdicionais, por outro lado, através da conjugação daquela vinculação com as possibilidades do *distinguishing* do *overruling*”.³¹

É preciso que as razões pela inconstitucionalidade parcial dos assentos portugueses sejam compreendidas adequadamente. Quando observado do ponto de vista do Tribunal Constitucional, o efetivo problema era o de que eles

²⁸ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015... cit., p. 383.

²⁹ NEVES, A. Castanheira. O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais.. cit., p. 613.

³⁰ Idem, ibidem, p. 615.

³¹ Idem, ibidem, p. 669. O mesmo autor destaca essa flexibilidade do case lawem: NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito: contributo para a solução do seu problema. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. LVIII, 1982, p. 207-209.

funcionavam como “proposições normativas de estrutura geral e abstracta que se autonomizam, formal e normativamente”, atuando como fonte autônoma do direito. Consta do próprio acórdão que reconheceu a sua inconstitucionalidade a afirmação de que esta não existiria caso a vinculação ocorresse dentro da própria estrutura do Poder Judiciário, obrigando tão somente os tribunais submetidos hierarquicamente ao Supremo Tribunal de Justiça e desde que existam mecanismos para que o precedente fosse debatido pelas partes a eles sujeitas.

Do ponto de vista de Castanheira Neves, o problema seria a forma de atuação dos assentos, que fugiria à atividade típica dos tribunais, que seria a de decidir casos concretos para ter uma natureza de eficácia geral, mas atuando tão somente com natureza prescritiva.

O problema existente na ordem jurídica portuguesa não era a existência de fixação de vinculação por meio de legislação infraconstitucional, mas a forma com a qual essa vinculação fora realizada, que tornava os assentos uma fonte autônoma do direito, impedindo sequer a discussão pelas partes, além do seu caráter de imutabilidade.

3.2.2. De volta ao processo brasileiro

Trazendo todo o raciocínio desenvolvido no direito português para o direito brasileiro, parece possível comparar, em partes, o posicionamento desenvolvido pela doutrina pátria na defesa da inconstitucionalidade da fixação de precedentes obrigatórios com a conclusão alcançada pelo Tribunal Constitucional português, como será demonstrado.

3.2.2.1. Os precedentes transformam os juízes em bocas dos tribunais?

Um primeiro argumento a ser combatido é o de que, de forma alguma, inserir precedentes obrigatórios em uma cultura jurídica implica o seu engessamento e a transformação dos juízes em “bocas dos tribunais”. Os precedentes são textos e, tal qual a lei, precisarão ser interpretados dentro da sua facticidade, sempre havendo a possibilidade de superação pelo tribunal competente e da realização da distinção pelos demais tribunais.

Ao que parece, a crítica é dirigida a uma forma errônea de aplicação de precedentes. Por exemplo, na elaboração da súmula vinculante n. 14, que permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso, houve o voto contrário da Ministra Ellen Gracie sob o fundamento de que uma súmula sobre o tema

dependeria da interpretação de autoridades policiais. Isso seria um problema, pois “A súmula vinculante é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação”.³²

Não se pode, de forma alguma, defender que os precedentes e as súmulas impedem ou dispensam a interpretação e nem isso é defendido pela doutrina, seja ela estrangeira ou brasileira.³³ Afinal, mesmo a súmula é um texto que requer a interpretação, que deve estar relacionada também aos precedentes que a formaram e os que vieram a aplica-la posteriormente.³⁴ Portanto, é evidente que o precedente é um texto normativo como qualquer outro.³⁵

A mesma coisa ocorre com os precedentes. Eles são vinculantes - goste ou não o magistrado do posicionamento tomado - mas isso obviamente não impede que ele seja interpretado.

³² Plenário edita 14ª Súmula Vinculante e permite acesso de advogado a inquérito policial sigiloso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102548>. Acesso às 12h, do dia 30 de julho de 2016.

³³ Dentre muitos outros: BENDITT, Theodore M. *The rule of precedent*. GOLDSTEIN, Laurence. (ed). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 98-100; FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 76; NEVES, A. Castanheira. O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais... cit., p. 208-209. No direito brasileiro, ver, por exemplo afirmações como “A interpretação do precedente aproxima-se da interpretação da lei, porque sempre haverá um contexto de justificação a legitimar a decisão pleiteada”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx, acesso às 15h, do dia 24 de setembro de 2016). Com afirmação praticamente idêntica, no sentido de que “Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259). Também demonstrando preocupação com a interpretação dos precedentes: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil...* cit., p. 317-322; PUOLI, José Carlos Baptista. *Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei n. 13.256/16...* cit., p. 501-502; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 177-182; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 506. Como aponta Goodhart, “Se fosse possível desenvolver um método em que todos os precedentes fossem determinados, as dificuldades da interpretação desapareceriam, mas eu acredito que isso é uma vã esperança”. Tradução livre do original: “If it were possible to devise a method by which all precedents would become determinate, then the difficulties of interpretation would disappear, but I believe that this is a vain hope”. (GOODHART, A. L. *The ratio decidendi of a case*. *The Modern Law Review*, v. 22, 1959, p. 124).

³⁴ Nesse sentido, embora com uma perspectiva diversa, defendendo que as súmulas teriam natureza legislativa, cf.: ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 59.

³⁵ Pode-se discutir a forma de interpretar a lei e o precedente. No primeiro, tem-se um texto que não é diretamente conectado a nenhum caso concreto específico, escrito de forma abstrata, em que discute-se termo por termo etc. No precedente, tem-se a necessidade de uma observação do caso como um todo, dos fatos, da argumentação, da verificação da (in)existência de uma *ratio decidendi* compartilhada por uma maioria. Enfim, podem existir diferenças quantos aos limites do intérprete em cada um dos casos e mesmo à sua forma, mas parece-me inegável que há, em ambos os casos, uma atividade de interpretação. McCormick, por exemplo, destaca que ambos possuem força devido à autoridade que os produz, mas, que no caso da legislação, cada um dos casos deve ser levado em conta, o que não ocorreria no precedente (MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 143).

O art. 489, §1º, V do CPC exige que, para uma decisão ser considerada fundamentada na aplicação de precedentes, haja uma adequada identificação dos seus fundamentos determinantes e a demonstração de que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Um sistema de precedentes depende de um equilíbrio entre permanência e mudança constantes, cabendo sempre a interpretação do precedente invocado ou da súmula para verificar a sua adequação ao caso concreto, sendo possível, por exemplo, a alegação de distinção no caso concreto.

A inserção dos precedentes obrigatórios na dinâmica do direito brasileiro requer o desenvolvimento de toda uma técnica apta a interpretá-los adequadamente.³⁶ Para que se possa verificar a incidência de uma determinada *ratio decidendi* a um outro caso concreto, pressupõe-se uma análise comparativa entre as duas situações fáticas alegadas pelas partes para verificar a (im) possibilidade de incidência da norma do precedente invocado. As partes podem ainda requerer a necessidade de utilização da técnica da distinção, por meio da alegação de que o seu caso, em tese, seria abrangido pelo precedente invocado, mas que detém alguma particularidade fática relevante. Além de tudo isso, ainda é imprescindível compreender que a norma do precedente não é construída de forma unilateral pelos tribunais superiores, havendo uma construção dialética constante, que depende da participação contínua das partes e dos demais órgãos jurisdicionais.³⁷ A aplicação do precedente, portanto, exigirá tanto a interpretação dos fatos de ambos os casos, quanto da própria *ratio decidendi* para ser possível identificar o seu âmbito de incidência.³⁸

A bem da verdade, se por um lado o precedente tenta reduzir a amplitude das possíveis interpretações de um determinado texto normativo, por outro, ele impõe que o operador do direito lide com mais uma espécie de dado normativo. O precedente, neste sentido, não implica, de forma alguma, em uma nova exegese, sempre exigindo interpretação, tal qual ocorreria com qualquer outra espécie de texto normativo, ora enriquecida pela participação ainda mais próxima dos fatos concretos.

³⁶ Destacando os vários desafios provocados pela necessidade de se levar os precedentes a sério no CPC/2015: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

³⁷ Nesse sentido: MOURÃO FILHO, Juraci Mourão. O novo código de processo civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 154-155.

³⁸ MOREIRA, Rodrigo Pereira; FONSECA, Jaquiel Robinson Hammes da. A função dos precedentes na concretização do direito geral da personalidade: reflexões a partir do direito ao esquecimento. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 256, jun.-2016, p 332.

Mais ainda, é preciso destacar que há também um aspecto material no *staredecisis*. Neil Maccormick aponta que os próprios juízes no *common law* consideram possuir maior liberdade para interpretar os precedentes considerados infundados.³⁹ Há também quem fale em redefinição do precedente nos mesmos casos.⁴⁰ Mas isso não retira a vinculação/obrigatoriedade do precedente.

O art. 927 do CPC gera uma vinculação formal de certas decisões. No entanto, um precedente vinculante frágil “tenderá a não ser respeitado, justamente por não ostentar a qualidade de se fazer ser aceito pela robustez de seus fundamentos e pelo ambiente sadio em que se formou (p.ex., com ampla publicidade, participação de interessados, qualidade de sua fundamentação, etc.)”.⁴¹ Por mais que o precedente seja formalmente obrigatório, a sua fragilidade acabará gerando distinções inconsistentes, aplicações com ressalva do entendimento, o que eventualmente forçará a revisão do respectivo entendimento. Isso significa dizer que o precedente no direito brasileiro tem uma força vinculante que deriva diretamente da lei – não dependendo da aceitação posterior –, mas a qualidade do precedente é importante para fortalecê-lo ou enfraquecê-lo.

A qualidade da argumentação, de fato, é um elemento a ser considerado na teoria dos precedentes. Mas não parece adequado defender que o precedente depende inexoravelmente do seu conteúdo para ter força obrigatória. Respeitados os requisitos formais (dentre eles o art. 489, § 1º e o art. 10, ambos do CPC, exigidos pelo art. 927, § 1º, todos do CPC), o precedente é vinculante independentemente de se concordar ou não com o seu conteúdo.

Ainda mais, não sendo o precedente adequadamente fundamentado, ficará sujeito a utilização de uma técnica denominada de *disapprove precedent*, que dentre os possíveis conteúdos, abrange a possibilidade de o juiz de primeira instância, no caso de discordância acerca do conteúdo do precedente, fundamentar com base em seu entendimento, mas apontar que, devido à obrigatoriedade dos precedentes, aplicará a *ratio decidendi* dos tribunais superiores.⁴² A utilização

³⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 291.

⁴⁰ WHITTAKER, Simon. *El precedente en el derecho inglés*. Trad. de Cristián Banfi del Río. *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n.1, 2008, p. 66.

⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado.... cit.*, p. 1.315.

⁴² Nesse sentido: CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. *Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro*. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 743-748.

dessa técnica é também adotada no enunciado n. 172 do FPPC, afirmando que “A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”. Enfim, os precedentes não impedem a interpretação, seja do próprio precedente, seja dos textos normativos que o embasam, que podem ser utilizados como uma crítica por meio da ressalva de entendimento do julgador.

O que se quer afirmar é que a referida crítica não é dirigida a uma sistemática de precedentes – especialmente a criada pelo CPC/2015 -, mas a uma deturpação desse sistema. É como dizer, por exemplo, que são inconstitucionais os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais porque o juiz pode decidir de forma arbitrária. É uma situação que pode ocorrer, mas que é uma aberração do sistema e não um objetivo dessas espécies de conceitos que os tornariam inconstitucionais.

3.2.2.2. Os precedentes obrigatórios violam a independência judicial e a separação entre os poderes?

3.2.2.2.1. O problema da violação de cláusulas pétreas e a alegação da necessidade de emenda constitucional para a fixação da obrigatoriedade dos precedentes

Um primeiro apontamento sobre esse argumento deve ser realizado, antes mesmo de passar à análise do seu conteúdo e à relação com os precedentes obrigatórios revelando uma estranha situação.

O art. 95 da Constituição, traz como garantias expressas da magistratura, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio. Muito embora a independência judicial não esteja expressamente prevista na Constituição brasileira, ela é o embasamento de todas essas garantias, sendo um aspecto essencial para garantir a adequada atuação do Poder Judiciário como promotor de diversos direitos fundamentais.⁴³ Ela tem por função atuar como uma espécie de garantia institucional de um regime democrático,⁴⁴ de forma a permitir o adequado exercício da jurisdição pelos magistrados.

⁴³ Fazendo referência à conexão entre as três garantias expressas na constituição e a independência judicial: TAVARES, André Ramos. Manual do poder judiciário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital, capítulo VI, tópicos I e II.

⁴⁴ COMPARATO, Fabio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. Estudos Avançados, v.18, n..51, mai./ago.-2004, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>. Acesso às 22h, do dia 02 de agosto de 2016, p. 152.

A independência judicial pode ser observada sob três aspectos diferentes: a) independência pessoal, relacionada com a inamovibilidade e com a autonomia no exercício da jurisdição; b) a independência coletiva, que confere autonomia à judicatura como uma ordem ou corporação e c) a independência funcional, que seria o núcleo duro da independência, segundo a qual o juiz apenas estaria submetido ao direito no exercício de sua função jurisdicional.

Essa independência ainda teria um aspecto interno e outro externo. O primeiro relacionado com a independência perante órgãos ou entidades pertencentes ao Poder Judiciário e o segundo em relação aos outros poderes.⁴⁵ Sob a perspectiva dos precedentes, haveria uma suposta violação do ponto de vista funcional e interno, eis que os juízes estariam submetidos a uma fonte do direito além da lei, fora das hipóteses constitucionais.

O problema maior é o seguinte: sendo a independência judicial uma garantia constitucional, esta poderia ser considerada como uma garantia individual de cada magistrado, tornando-a apta a ser tutelada pelo art. 60, §4º, IV, da CF. Em outros termos, a independência judicial seria uma cláusula pétrea. Isso significa que, nem mesmo por meio de reforma constitucional poderia haver a vinculação de precedentes, caso adotada a forma de raciocínio daqueles que defendem a inconstitucionalidade da obrigatoriedade dos precedentes.

O raciocínio é ainda mais evidente, sendo desnecessária qualquer digressão quando analisado o argumento de que haveria uma violação à separação funcional entre os poderes. Caso o raciocínio fosse aceito, haveria violação à separação de poderes, que é, igualmente, uma cláusula pétrea, nos termos do 60, §4º, III, da CF. Ou seja, mesmo que houvesse previsão da vinculação de precedentes por meio de reforma constitucional, ainda assim seria inconstitucional por violar cláusula pétrea.

⁴⁵ A classificação foi retirada da obra de Canotilho, que, no caso da independência funcional, faz menção à “lei – ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas”, mas parecer ser mais adequado fazer menção ao termo direito, por ser mais abrangente e mais adequado para conferir uma maior unidade ao funcionamento do exercício do Poder Judiciário. (CANOTILHO, J. J. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 663-664). Destaque-se que, para Canotilho, não seria adequada a vinculação dos juízes mesmo no caso dos precedentes constitucionais, afirmando que estes tornar-se-iam imutáveis, só as admitindo nos casos de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 281, n. 2, da Constituição Portuguesa) (p. 864), parecendo confundir vinculação de precedentes com eficácia erga omnes da coisa julgada existente no controle concentrado de constitucionalidade.

Em outros termos, acolhido o raciocínio dos autores que defendem a inconstitucionalidade dos precedentes porque não fora feito por meio de reforma constitucional, já que viola a separação de poderes e a independência judicial, cria-se um outro problema. E esse problema seria tão somente uma nova inconstitucionalidade, qual seja, a violação de duas cláusulas pétreas: a independência judicial e a separação funcional entre poderes. Portanto, seria o caso de uma emenda constitucional inconstitucional, situação plenamente cabível em nosso ordenamento jurídico.⁴⁶

3.2.2.2.2 Há violação a independência judicial e a separação entre poderes?

Passada essa constatação da problemática em admitir o raciocínio da mencionada doutrina, é possível passar à seguinte constatação: a fixação de precedentes obrigatórios efetivamente viola a independência judicial e a separação entre poderes?

3.2.2.2.2.1. A independência judicial e a atuação do Poder Judiciário enquanto instituição

Acerca da independência judicial, não há qualquer vinculação entre o seu conteúdo e a garantia – individual – a cada juiz de julgar da forma com a qual julgue mais adequada, independentemente do posicionamento das Cortes Supremas. O Poder Judiciário não pode ser observado como um conjunto de salvadores da pátria, cada um tendo o poder de encontrar a melhor interpretação do direito, de acordo com o seu próprio entendimento. Em outros termos, a existência de precedentes obrigatórios não implica em qualquer violação da independência judicial.⁴⁷⁻⁴⁸

⁴⁶ Com a mesma crítica: ZANETTI, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 368.

⁴⁷ No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal Constitucional português: “o facto de aos juizes dos tribunais integrados na ordem do tribunal emitente do assento, (até mesmo os deste tribunal enquanto não se operar a sua reversibilidade), ser imposta a aplicação da doutrina nele contida, não representará violação da sua independência decisória? Tem-se por seguro que não. Uma tal definição jurisprudencial, provinda do mais alto tribunal da hierarquia dos tribunais judiciais (no presente processo de fiscalização concreta de constitucionalidade, apenas importa considerar os assentos do Supremo Tribunal de Justiça) sem eficácia externa erga omnes, e susceptível, em princípio, de impugnação processual pelas partes interessadas na causa, há-de ter-se como adequado elemento integrativo da própria estrutura jurisdicional de que promana. A subordinação devida pelos tribunais àquela jurisprudência, tem algo de comum com a generalidade das decisões proferidas em via

Isso significaria ignorar o papel do Poder Judiciário, enquanto instituição, de garantir a igualdade entre os jurisdicionados e a sua atuação enquanto promotor da segurança jurídica.⁴⁹ Há muito tempo já se constatou o fato de que o texto normativo, por si só, é incapaz de garantir a segurança jurídica por sua potencial ambiguidade,⁵⁰ precisando sempre da atuação do intérprete para a construção. E, de uma forma ou de outra, a palavra final incumbe ao Poder Judiciário, embora não se possa dizer que ele pode decidir de forma arbitrária, estando sujeito ao ordenamento jurídico.

O que faz o CPC/2015, ao instituir os precedentes obrigatórios, é tentar iniciar a construção de uma unidade na aplicação do direito pelo Poder Judiciário brasileiro. Não se pode negar que o ideal seria uma construção paulatina de consciência de que o Poder Judiciário é uno e que assim, deve manter um entendimento coerente sobre os diversos textos normativos. Mas isso não ocorreu no Brasil, sendo necessária a intervenção legislativa, como forma de densificar os princípios da igualdade e da segurança jurídica, forçando o primeiro passo na construção dessa cultura. Ao contrário de uma inconstitucionalidade, o que se tem é tão somente uma densificação de princípios constitucionais.

de recurso às quais é devido acatamento mesmo quando delas dissintam os juízes dos tribunais de instância. (...) Este afloramento constitucional do valor da uniformização jurisprudencial há-de ser entendido em termos de, numa perspectiva global do funcionamento do sistema judiciário, justificar a subordinação de todos os tribunais judiciais à "jurisprudência qualificada" do Supremo Tribunal de Justiça sem que, de tal subordinação, resulte comprometida a sua independência decisória". (Acórdão 810/93, Tribunal Constitucional, Rel. Cons. Monteiro Diniz).

⁴⁸ Este questionamento não existe apenas no Brasil, mas também em outros países do civil law, como a Espanha. Fazendo menção a este problema e indicando que não parece haver adequação em afirmar que a obrigatoriedade dos precedentes implicaria na violação da independência judicial: COMELLA, Víctor Ferreres. Sobre lapossible fuerza vinculante de la jurisprudencia. COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. El carácter vinculante de la jurisprudencia. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 60-66. Sobre o tema, Laporta faz interessante consideração também aplicável ao Brasil, no sentido de que "Este razonamiento que vincula la existencia del precedente obligatorio con la amenaza a la independencia judicial es realmente sorprendente. Sólo imaginar que nos lleva al solemnisimo disparate de suponer que todo juez que ejerza em un orden jurídico que establezca el principio stare decisis, todo juez inglés o americano, digamos, carece sólo por ello de independencia, sería razón bastante para reconsiderarlo". (LAPORTA, Francisco J. La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. El carácter vinculante de la jurisprudencia. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 30).

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 148-152.

⁵⁰ Tratando da vagueza potencial dos textos normativos: CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 35-37, 49-54; ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. Revista Direito Tributário Atual. São Paulo: Dialética, v. 29, 2013, p. 191.

Não se pode ignorar o fato de que, no Brasil, existem vários órgãos com aptidão para julgar casos oriundos de todo o território nacional, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior Eleitoral. Ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição, fixando o entendimento a ser adotado pelos demais órgãos jurisdicionais acerca da Carta Magna. Ao STJ, compete a fixação da “interpretação do direito federal, evitando que cada estado da federação trate da lei federal a seu gosto”, entendimento que pode ser extraído do art. 105, III, da Constituição.⁵¹ Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado aos demais tribunais com competência para julgar casos originário de todo o território nacional, em relação às suas respectivas áreas de atuação.⁵²

Apenas um ponto de vista estritamente individual do exercício da função jurisdicional poderia permitir o exercício da jurisdição por cada juiz desconsiderando os precedentes anteriores e ignorando “o dever de tutelar os casos de forma coerente e isonômica, sem ferir a previsibilidade”.⁵³ Afinal, é preciso passar de um modelo individualista para um institucionalista.

Consoante destaca Luiz Guilherme Marinoni:

É preciso não confundir independência dos juízes com ausência de unidade, sob pena de, ao invés de se ter um sistema que racional e isonomicamente distribui justiça, ter-se algo que, mais do que falhar aos fins a que se destina, beira a um manicômio, onde vozes irremediavelmente contrastantes, de forma ilógica e improducente, se digladiam.⁵⁴

A independência judicial, do ponto de vista individual e interno tem como conteúdo apenas a garantia de que o juiz apenas esteja submetido ao direito, mas

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 97-98.

⁵² De forma semelhante: NERY JR., Nelson. Boa fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior. CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. Apresentação. Efeito ex nunc e as decisões do STJ. 2ª ed. Barueri: Manole, 2009, p. 91; BARROS, Lucas Buriel de Macêdo. Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014, p. 348-349.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014, p. 91. Também criticando fortemente o individualismo nas decisões que ignoram os precedentes, cf.: JARAMILLO, Javier Tamayo; JARAMILLO J. Carlos Ignacio. El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia. Bogotá: Ibañez, 2012, p. 219-220; TAVARES, André Ramos. Judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital, capítulo IV, tópico 4.4. Também não vislumbrando ser uma suposta liberdade na formação do convencimento como fundamento para a não aplicação de um precedente: LUCCON, Paulo Henrique dos Santos. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivim, 2016, p. 778.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 149.

por outro lado, também cria o dever de que ele apenas decida conforme o direito. O direito ora mencionado não pode ser entendido como o texto normativo, pois de há muito é evidente que aquele não se confunde com a norma jurídica. O que é devidamente aplicado nos casos concretos é a norma jurídica, que é reconstruída continuamente pelo Poder Judiciário, com destaque para a atuação dos tribunais superiores, com a função justamente de uniformizar o entendimento nacional.

A própria Constituição brasileira afirma caber ao STF a função de guardião da Constituição (art. 102, caput, CFRB)⁵⁵ e caber recurso especial para o STJ em caso de interpretação divergente entre tribunais (art. 105, III, c, CFRB), ressaltando seu papel na uniformização da aplicação do direito no território nacional, sendo irracional defender que a independência judicial permite a cada juiz interpretar o direito como considerar melhor. É defender a manutenção da chamada jurisprudência lotérica sob a defesa de uma suposta independência de entendimento dos juízes individualmente considerados. Por isso, foi feliz o art. 8º do CPC ao mencionar que o juiz deve aplicar o ordenamento jurídico e não apenas a menção à lei, devendo ser incluído no conceito de ordenamento jurídico os precedentes obrigatórios do art. 927 do CPC/2015.⁵⁶ Em outros termos, “o ato de julgar não deve estar tão-somente adstrito à lei, mas a todo o Direito” e, na medida em que o precedente judicial também atual como fonte do direito, ele passa a ser de observância obrigatória pelos magistrados.⁵⁷

3.2.2.2.2 A separação entre os poderes e o problema da vinculação dos demais poderes

⁵⁵ Destacando a importância do STF e do STJ na uniformização do direito: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Common law civil law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas.* LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). *Processo em jornadas.* Salvador: Juspodivm, 2016, p. 461.

⁵⁶ Nesse sentido v. E. 380 do FPPC: A expressão "ordenamento jurídico", empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes. Na doutrina: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil.* 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 481; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao art. 8º.* CUNHA, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord). *Comentários ao código de processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 47.

⁵⁷ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 240. No mesmo sentido: MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. *A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes.* MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). *Precedentes.* 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 94. Também não vislumbrando qualquer violação à independência dos juízes em face da obrigatoriedade do respeito às decisões dos tribunais superiores: GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo.* Revista Jurídica, n. 51, mar.-2003, p. 253.

Acerca da violação à separação funcional de poderes, a argumentação é no sentido de que a fixação de precedentes obrigatórios por lei infraconstitucional violaria a independência judicial e de que os precedentes seriam equivalentes a preceitos abstratos, gerais, com característica de lei, concedendo poder legislativo ao Poder Judiciário sem autorização constitucional.

Os problemas desse posicionamento são diversos, para além de que a sua admissão implicaria a inconstitucionalidade da emenda constitucional eventualmente utilizada pela violação de cláusula pétrea.

Consoante já apontou Castanheira Neves, a característica de generalidade não é o que torna uma determinada atuação como detentora de natureza legislativa. Os precedentes, ao se afirmarem obrigatórios, tornam possível a extração de uma norma jurídica – *ratione decidendi* -, com natureza geral, mas voltada ao concreto. Mesmo com o desenvolvimento da *ratione decidendi*, ela sempre está pautada no caso concreto.

O objetivo do Poder Judiciário continua sendo o de emitir juízos, e não o de prescrever condutas, embora esta segunda característica seja mais destacada com a obrigatoriedade dos precedentes. Mas isso não significa, de forma alguma, a concessão de poder legislativo às decisões judiciais.

É preciso relembrar toda a construção desenvolvida no direito português, no sentido de que o problema (inconstitucionalidade) não é propriamente a concessão de eficácia obrigatória às decisões judiciais. A inconstitucionalidade surge a partir do regime proposto, que, naquele país, tornava o assento como uma fonte do direito autônoma, com força obrigatória geral, para além do Poder Judiciário e, especialmente, pela sua impossibilidade de revisão.

Esse não é o regime proposto pelo CPC/2015.

Mesmo no caso das súmulas, que seriam os enunciados com características semelhantes aos assentos portugueses, o §2º, do art. 926 afirma que os tribunais, ao editarem as súmulas, “devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Em outros termos, as súmulas não podem autonomizar-se dos precedentes que a geraram e mesmos dos posteriores, que podem adaptar o seu âmbito de aplicação. O que, inclusive, já ocorreu em alguns momentos na história brasileira.

É preciso que se perceba que o precedente não pode ir além da lei – ele é, sim, um complemento do texto normativo -. Seu objetivo não é criar a partir do nada, mas sim o de densificar o texto normativo, cabendo aos tribunais que

têm aptidão para uniformizar o entendimento sobre aquele tema produzirem precedentes obrigatórios.⁵⁸

Não há qualquer violação ao princípio da legalidade, eis que ele não pode ser compreendido como referente apenas à lei em sentido estrito, mas sim como o dever de decidir em conformidade com o ordenamento jurídico. Afinal, a atividade jurisprudencial necessariamente deve partir da lei e nela deve estar contida. O precedente visa apenas densificar as diversas hipóteses normativas que podem ser extraídas de um mesmo texto normativo, e não ir além delas. Assim, a lei “é o primeiro limite à discricionariedade judicial em um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes”.⁵⁹

Além disso, é preciso destacar que os precedentes, na forma como estão previstos no CPC/2015, mais especificamente os que se alegam ser inconstitucionais (art. 927, III a V) têm uma função de obrigatoriedade apenas *interna*.⁶⁰ Como destacado por Eduardo da Fonseca Costa, eles atuam como normas de estrutura, orientando a forma de edição de normas pelo próprio Poder Judiciário.⁶¹ No caso dos precedentes que têm eficácia vinculante interna, a atuação seria apenas a título de integração ao direito de normas de estrutura – normas que indicam como produzir outras normas -. A principal fonte de comportamento continua sendo a lei; a atuação do Judiciário visa apenas densificar os textos normativos, atuando indiretamente, pré-definindo “qual possibilidade é a correta, sem permitir margem de discricionariedade ao juiz – ainda que racionalmente motivada – para escolhê-la”.⁶²

⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 274. Com argumento semelhante: TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 223; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 3, p. 306.

⁵⁹ ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional#_ftnref6. Acesso às 17h, do dia 30 de julho de 2016. Com a mesma construção: ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015, p. 148. ZANETI, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 2ª ed... cit., p. 369.

⁶¹ COSTA, Eduardo da Fonseca. Comentários ao art. 927. CÂMARA, Helder Moroni (coord). Código de processo civil comentado. São Paulo: Almedina, 2016, p. 1.126.

⁶² COSTA, Eduardo da Fonseca. Comentários ao art. 927... cit., p. 1.125-1.131.

Apenas haveria a necessidade de emenda constitucional nas hipóteses em que a vinculação atingisse outros poderes, como é exemplo da súmula vinculante, cuja obrigatoriedade atinge diretamente a Administração Pública direta e indireta (art. 103-A, *caput*).⁶³ Isso significa que, na própria estrutura administrativa do Poder Executivo, no exercício da autotutela, incide a obrigatoriedade de respeito ao conteúdo da súmula vinculante. É nesse sentido que o art. 7º, da Lei 11.417/2007 permite que “do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal”. É porque, em tais casos, como o é a situação da súmula vinculante, tem-se uma alteração na forma de distribuição dos poderes, mediante o estabelecimento de um novo mecanismo no sistema de freios e contrapesos.

A própria doutrina que desenvolve o argumento da inconstitucionalidade pela violação à separação funcional de poderes tenta superar essa argumentação sob a justificativa de que, se o precedente tratar de matéria relativa à Administração Pública, ela estaria automaticamente vinculada a esse entendimento. Supostamente, esse raciocínio seria “evidente”, pois, “Do contrário, teríamos que sustentar que nas lides em que figurar o poder público, a decisão paradigmática do incidente vincularia pela metade, isto é, vincularia tão somente o particular”.⁶⁴

O problema é que os autores parecem não ter entendido a lógica diversa de vinculação de uma súmula vinculante e de um precedente constante exclusivamente do art. 927 do CPC/2015. Os precedentes mencionados no art. 927 não têm aptidão de vincular diretamente o Poder Público no exercício de sua autotutela – com a exceção de ele próprio editar ato normativo acolhendo esse posicionamento -⁶⁵. A vinculação direta ocorre tão somente em relação do Poder Judiciário, que estará sujeito a seguir a orientação firmada pelos tribunais superiores – norma de estrutura -.

⁶³ Esse é também o posicionamento de Eduardo Fonseca da Costa, segundo o qual, nesses casos, o STF exerceria, de forma anômala, função legislativa: COSTA, Eduardo da Fonseca. Comentários ao art. 927... cit., p. 1.125. Não se concorda com o raciocínio de que o STF exerceria anormalmente a função legislativa nesses casos. Como apontado, a necessidade de emenda constitucional deriva da consequência trazida pela vinculação de um poder pelo outro, que altera o balanço da repartição entre os poderes, criando um novo mecanismo de freios e contrapesos.

⁶⁴ ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 927... cit., p. 1.201; CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas.... cit., p. 371-372.

⁶⁵ V., por exemplo, a portaria 488/2016, da AGU, que versa, dentre outros temas, sobre a possibilidade de reconhecimento do pedido quando a pretensão da parte contrária estiver fundada em “acórdão transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de incidente de assunção de competência, processado nos termos do artigo 947 do CPC” (art. 2º, VI).

Um argumento interessante está relacionado a afirmação de que o art. 985, §2º do CPC exigiria que, nos casos em que o IRDR seja relacionado a prestação de serviço concedido, caberia ao órgão, ente ou agência reguladora competente fiscalizar a efetiva aplicação da tese por parte dos sujeitos a regulação. Ou seja, haveria uma vinculação de outro poder sem a devida reforma constitucional. Seguindo a lógica proposta por esse texto, uma interpretação conforme a constituição desse texto normativo deve ser focada no aspecto da publicidade, não da obrigatoriedade de um outro poder sem a devida reforma constitucional. O respectivo ente público não estaria obrigado pela decisão no IRDR, não sendo, por exemplo, obrigado a multar uma empresa que não esteja aplicando o precedente caso discorde da decisão. A fiscalização teria apenas por objetivo densificar o princípio da publicidade, permitindo aos cidadãos e igualmente ao Poder Judiciário identificarem se os seus precedentes estão sendo obedecidos. De toda forma, seria uma forma de incentivar o diálogo institucional, permitindo (e não obrigando) a eventual alteração nas rotinas de fiscalização ou mesmo das normas administrativas dos agentes responsáveis pela fiscalização dessas atividades.⁶⁶ Assim, a decisão no IRDR tem apenas eficácia persuasiva em relação ao poder publicar, não o vinculando diretamente e nem se podendo cogitar do cabimento de reclamação caso o precedente não seja respeitado.⁶⁷

Em outros termos, é evidente que inexistente qualquer vício de inconstitucionalidade na fixação de precedentes obrigatórios em relação à separação funcional entre poderes. Simplesmente não há relação entre a edição de uma lei e a fixação de um precedente obrigatório, especialmente nos moldes do CPC/2015, em que a vinculação atua somente perante o próprio Poder Judiciário e permite a revisibilidade do posicionamento mediante o contraditório exercido pelas partes.⁶⁸

⁶⁶ Fazendo menção ao diálogo institucional gerado pela previsão normativa: CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3, p. 602-603; CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 985. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). Rio de Janeiro: Forense, 2015, versão digital, tópico d.

⁶⁷ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas... cit., p. 220-222.

⁶⁸ Não se desconhece o problema criado pela Lei 13.256/2016, eis que houve uma restrição indevida de acesso aos tribunais superiores, nos casos em que o presidente do tribunal negue seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral ou a a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos será cabível tão somente o agravo interno (art. 1.030, I e §2º, CPC). Como se parte do

3.2.2.3 O posicionamento dos tribunais superiores acerca da (in) constitucionalidade dos precedentes

Um último argumento é baseado em um suposto entendimento dos tribunais superiores, que já recusaram, em outros momentos da histórica institucional brasileira (um julgado datado de 1977 e outro de 1992). Para além de tudo quanto foi afirmado no decorrer deste texto, na defesa da constitucionalidade dos precedentes obrigatórios contidos no CPC/2015, não parece haver qualquer tendência dos tribunais superiores no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade dos precedentes constantes do art. 927 do CPC/2015.

Mesmo na sistemática do CPC/1973, o STF já havia afirmado que as suas decisões proferidas no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculariam os demais órgãos do Poder Judiciário, porém não seria possível a utilização da reclamação, caso o precedente não fosse aplicado.⁶⁹

Há ainda uma passagem do voto do Ministro Teori Zavascki, em que destacou “a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores”. Após realizar uma análise da evolução histórica da legislação sobre os precedentes, destacou o “perfil institucional atribuído ao STF, na seara constitucional, e ao STJ, no domínio do direito federal, que têm entre as suas principais finalidades a de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilática (...) e que têm como pressuposto lógico inafastável a força expansiva ultra partes dos seus precedentes”.⁷⁰

Há de se mencionar que, no referido julgado houve discussão se os julgamentos do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de uma determinada lei no controle difuso ainda precisariam de resolução do Senado

pressuposto de que apenas o tribunal que formou o precedente pode superá-lo, ter-se-ia uma trava inconstitucional na evolução do direito, que deve ser superada. Como a busca dessa solução não é o objetivo específico deste texto, remete-se ao leitor a outros textos com suas respectivas propostas de acesso aos tribunais superiores: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson. Recursos para os tribunais superiores e a Lei 13.256/2016. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016; CÂMARA, Alexandre Freita. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>. Acesso às 11h, do dia 24 de setembro de 2016; MACÊDO, Lucas Buriel de. A análise dos recursos excepcionais pelos Tribunais Intermediários – O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. Revista de Processo, no prelo.

⁶⁹ STF, Tribunal Pleno, Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/04/2011, DJe-107 06/06/2011.

⁷⁰ STF, Tribunal Pleno, Rcl 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.3.2014, publicado no informativo 739.

(art. 52, X, CR) para terem eficácia erga omnes ou se esta resolução teria apenas efeito de dar publicidade ao julgamento. Muito embora esta argumentação desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes tenha sido – felizmente – rejeitada, ela demonstra que não parece haver qualquer tendência recente dos tribunais superiores no sentido de recusar a concessão de eficácia obrigatória aos seus precedentes.

Recentemente, o STF voltou a abordar a temática do stare decisis em que o Ministro Fachin apontou a sua adoção pelo direito brasileiro e a sua forte conexão com os princípios da segurança jurídica e da igualdade. Chegou-se a afirmar que “O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes”.

Em outros termos, não parece haver qualquer tendência de o STF reconhecer qualquer vício de inconstitucionalidade na previsão de precedentes obrigatórios por meio da legislação infraconstitucional.

4. CONCLUSÃO

Consoante se argumentou amplamente, não há vício de inconstitucionalidade na sistemática de precedentes prevista pelo CPC/2015. O seu objetivo, pelo contrário, é tão somente o de densificar princípios constitucionais que vinham sendo ignorados pela prática de uma jurisprudência lotérica pelo Poder Judiciário brasileiro.

Claro que o fato de ser constitucional não significa, de forma alguma, que essa sistemática funcionará e que o Brasil automaticamente irá ter, nos operadores do direito, uma cultura de respeito aos precedentes. Inúmeros desafios ainda precisam ser enfrentados, pois os próprios tribunais superiores, que são aqueles que tem o dever de uniformizar os entendimentos, por vezes eles próprios atuam de forma desordenada e caótica.

No entanto, a fixação da premissa da constitucionalidade da possibilidade da obrigatoriedade dos precedentes por meio da legislação infraconstitucional é imprescindível para que essa cultura seja desenvolvida paulatinamente. Espera-se que os tribunais e os demais operadores do direito possam auxiliar no desenvolvimento dessa nova cultura que teve um importante passo iniciado com o CPC/2015.

⁷¹ STF, Tribunal Pleno, RE 655.265, Rel. Min. Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, j. 13/04/2016, Dje 05/08/2016.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial. São Paulo: RT, 2014.

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 927. STRECK, Lenio; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle (coords). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____; _____. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; _____. ONCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson. Recursos para os tribunais superiores e a Lei 13.256/2016. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

ASSIS, Araken de. Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). Panorama atual do novo CPC. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. Revista Direito Tributário Atual. São Paulo: Dialética, v. 29, 2013.

BARROS, Lucas Buril de Macêdo. Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. GOLDSTEIN, Laurence. (ed). Precedent in law. Oxford: Clarendon Press, 1987.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, versão digital.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. COELHO, Sacha Calmon Navarro (Org.). Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Teoria do precedente judicial. São Paulo: Noeses, 2012

CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 985. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>. Acesso às 11h, do dia 24 de setembro de 2016.

_____. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

_____. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara dos Deputados. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (coords). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 3.

CANOTILHO, J. J. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro. Notas sobre derecho y lenguaje. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas. Salvador: Juspodivm, 2015.

COMELLA, Víctor Ferreres. Sobre laposiblefuerza vinculante de lajurisprudencia.

COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. El carácter vinculante de lajurisprudencia. Madrid: FundaciónColoquio Jurídico Europeo, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. Estudos Avançados, v.18, n.51, mai./ago.-2004, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a08v1851.pdf>. Acesso às 22h, do dia 02 de agosto de 2016.

COSTA, Eduardo Fonseca da. Comentários ao art. 927. CÂMARA, Helder Moroni (coord). Código de processo civil comentado. São Paulo: Almedina, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25172422_PARAMETROS_DE_EFICACIA_E_CRITERIOS_DE_INTERPRETACAO_DO_PRECEDENTE_JUDICIAL.aspx, acesso às 15h, do dia 24 de setembro de 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil lusitano. São Paulo: RT, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 8º. CUNHA, Leonardo Carneiro da; STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 3.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2.

FINE, Toni M. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

GOODHART, A. L. The ratio decidendi of a case. The Modern Law Review, v. 22, 1959.

GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Trad. de Edson Bini. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

HURLEY, S. L. Coherence, hypothetical cases, and precedente. HERSHOVITZ, Scott (ed). Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin. Oxford: Oxford University Press, 2006, versão kindle.

JARAMILLO, Javier Tamayo; JARAMILLO J. Carlos Ignacio. El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia. Bogotá: Ibañez, 2012.

LAPORTA, Francisco J. La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. COMELLA, Víctor Ferreres; XIOL, Juan Antonio. El

carácter vinculante de la jurisprudencia. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

LUCCON, Paulo Henrique dos Santos. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker;

VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Trad. de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACÊDO, Lucas Buriel de. A análise dos recursos excepcionais pelos Tribunais Intermediários – O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. Revista de Processo, no prelo.

_____. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Precedentes judiciais e o direito processual civil. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC. São Paulo: RT, 2014.

_____. Comentários ao art. 927. DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.

_____. Consequências da equivocada aproximação do “IRDR” ao sistema de precedentes. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedentes. São Paulo: RT, 2016.

_____. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 249, 2015.

_____. Precedentes obrigatórios. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Precedentes obrigatórios. 4ª ed. São Paulo: RT, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao>. Acesso às 14h, do dia 16 de julho de 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013

_____. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; FONSECA, Jaquiel Robinson Hammes da. A função dos precedentes na concretização do direito geral da personalidade: reflexões a partir do direito ao esquecimento. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 256, jun.-2016.

NERY JR., Nelson. Boa fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior.

CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. Apresentação. Efeito ex nunc e as decisões do STJ. 2ª ed. Barueri: Manole, 2009.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 15ª ed. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, A. Castanheira. Fontes do direito: contributo para a solução do seu problema. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. LVIII, 1982.

_____. O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015.

PEIXOTO, Ravi. Proibição da venda casada de reclamação e precedentes obrigatórios. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/23/proibicao-da-venda-casada-de-reclamacao-e-precedentes-obrigatorios/>. Acesso às 14h, do dia 18 de agosto de 2016

_____. Superação do precedente e segurança jurídica. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PUOLI, José Carlos Baptista. Precedentes vinculantes? O CPC “depois” da Lei n. 13.256/16. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo;

ORTHMANN, André. Processo em jornadas(coord). Salvador: Juspodivm, 2016.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 208, jun.-2012, versão digital.

TAVARES, André Ramos.Judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital

_____. Manual do poder judiciário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012, versão digital.

TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Common law e civil law. Aproximação. Papel da jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil. Demandas repetitivas. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coords). Processo em jornadas. Salvador: Juspodivm, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords). Precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

WHITTAKER, Simon. El precedente en el derecho inglés. Trad. de Cristián Banfi del Río. Revista Chilena de Derecho, v. 35, n.1, 2008.

ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. O valor vinculante dos precedentes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Precedentes do novo CPC podem contribuir para sistema jurídico mais racional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/precedentes-cpc-podem-contribuir-justica-racional#_ftnref6. Acesso às 17h, do dia 30 de julho de 2016.

_____; _____. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015?Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 257, jul.-2016.

ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. Quietamovere: interpretative change in a codified system. CANE, Peter; STAPLETON, Jane. (orgs). The law of obligations: essays in celebration of John Fleming. Oxford: Clarendon, 1998.