

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O USO DO SISTEMA DE PRECEDENTES PELO STJ COMO MEIO PARA
ATINGIR A SEGURANÇA JURÍDICA**

Joel Vieira Berçocano

Presidente Prudente/SP
2019

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE
TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O USO DO SISTEMA DE PRECEDENTES PELO STJ COMO MEIO PARA
ATINGIR A SEGURANÇA JURÍDICA**

Joel Vieira Berçocano

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Wilton Boigues Corbalan Tebar.

Presidente Prudente/SP
2019

**O USO DO SISTEMA DE PRECEDENTES PELO STJ COMO MEIO PARA
ATINGIR A SEGURANÇA JURÍDICA**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Professor Wilton Boigues Corbalan Tebar
Orientador

Professor Daniel Gustavo De Oliveira Colnago Rodrigues
Examinador

Professor Rodrigo Lemos Arteiro
Examinador

Presidente Prudente, 12 de Novembro de 2019

AGRADECIMENTOS

Antes de fazer o agradecimento não poderia deixar de agradecer a Deus, que sempre esteve comigo, tudo o que eu fiz até hoje só foi possível pois assim Lhe agradeço.

Dedico esse trabalho a minha família que sempre me apoiou a estudar e a concluir não apenas essa monografia, mas também a própria faculdade.

Agradeço ao meu pai por até aqui ter me ajudado financeiramente com meus estudos, bem como com as orientações de cunho profissional que sempre me deu. Hoje eu entendo e dou razão à sua insistência em me convencer a estudar direito nessa nobre instituição de ensino.

Agradeço à minha mãe por sempre estar ao meu lado nos momentos bons e nos momentos difíceis. Por ter orado por mim, por sentir as minhas aflições de forma muitas vezes mais intensas do que eu mesmo. Não poderia deixar de me esquecer que no decorrer desses anos de faculdade, nunca tive que me preocupar com o que haveria de comer quando em casa chegasse. Nem tampouco me é dado olvidar da sua fraterna preocupação com o meu rendimento acadêmico. Com carinho me recordo de que após ler e reler o artigo me dizia, não entendia muita coisa mas parecia que estar bom, ou ainda, quando me perquiria sobre uma palavra pouco usual, ou ainda corrigia os meus erros de português, sempre zelando para que eu mantivesse a minha escrita o mais esmerada possível.

Agradeço ao meu querido vô, por nome Edson que teve a paciência de ler todos os meus artigos, bem como pelas muitas vezes que me deu carona para a faculdade ou para algum evento acadêmico.

Agradeço in memoriam a minha querida vó, por nome Madalena, que nos deixou em 2018, enquanto eu cursava o tão temido terceiro ano de direito. Com carinho e alegria me lembro dos momentos que passamos juntos, em especial da comemoração que ela organizou quando eu ingressei na faculdade de direito.

Por fim, agradeço a todo o corpo docente da Toledo de Presidente Prudente, que gentilmente se dispõe a nos passar um pouco do seu conhecimento com excelentes aulas. Agradeço pela dedicação dos professores na pessoa do meu orientador Wilton Boigues Corbalan Tebar, que prontamente aceitou me orientar a fazer esse discreto estudo de processo civil; ao Rodrigo Lemos Arteiro, que além de grande mestre foi meu chefe, ensinando-me a práxis da advocacia, devo muito a

esse professor que se tornou um amigo; registro também o meu agradecimento ao professor Daniel Colnago pelo brilhantismo de suas aulas sobre processo civil em especial nos temas correlatos ao microsistema de precedentes.

RESUMO

Este trabalho buscou apresentar algumas das principais questões atinentes ao microssistema de precedentes, tendo por enfoque a sua aplicação pelos Tribunais de Sobreposição. Primeiramente foi destinado um tópico para tratar do sistema de forma geral, enquanto os tópicos subsequentes versaram sobre as espécies de precedentes obrigatórios positivadas no Código de Processo Civil de 2015. Foi comentado a inviabilidade de conciliar o solipsismo judicial com a segurança jurídica, e as razões pelas quais essa deve preterir aquele. Demonstrou-se que a própria Teoria dos Princípios idealizada por Humberto Ávila, não se harmoniza com o ativismo judicial, sendo que os juízes ativistas, justificam a sua arbitrariedade com base em tal teoria. Por fim, foi discutido se o microssistema de precedentes é ou não uma ferramenta eficaz no combate ao solipsismo judicial, e conseqüentemente a consagração do princípio constitucional da segurança jurídica.

Palavras-chave: Precedentes. Solipsismo. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This paper sought to present some of the main issues related to the precedence microsystem, focusing on its application by Overlapping Courts. Primarily, a topic was destined to address the system in general, while the following topics deals with the types of mandatory precedents on the Code of Civil Procedure of 2015. It was observed that conciliating judicial solipsism with law certainty is not viable and also the reasons why law certainty should come first than judicial solipsism. It was demonstrated that the own Theory of Principles idealised by Humberto Avila doesn't harmonise with judicial activism, being that the activist judges justify their arbitrariness based in such theory. At last, it was discussed wether the precedence microsystem is or is not an efficient device in the fight against judicial solipsism and, consequently, against the consecration of the constitutional principle of legal certainty.

Keywords: Precedents. Solipsism. Legal Certainty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 SOBRE O SISTEMA DE PRECEDENTES	11
2.1 Breves apontamentos históricos	12
2.2 Conceito de Precedentes	13
3 O MICROSSISTEMA DOS PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	18
3.1 Os mecanismos de uniformização da jurisprudência constantes do microssistema de precedentes.....	19
3.1.1 Incidente de assunção de competência	20
3.1.2 Incidente de arguição de inconstitucionalidade	22
3.1.3. Incidente de resolução de demandas repetitivas especial e extraordinário aspectos gerais	27
4 AS PECULIARIDADES DO MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	31
4.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas com ênfase no Superior Tribunal de Justiça	31
4.2 Incidente de arguição de inconstitucionalidade com ênfase no Superior Tribunal de Justiça	39
4.3 Incidente de assunção de competência no Superior Tribunal de Justiça	42
5 CONTRAPONTO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA	44
6 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas o Brasil convive com um grave problema jurídico com repercussões econômicas e sociais notórias, quais seja, a insegurança jurídica. O tema foi debatido pelos maiores juristas do país ao longo dos anos, discutindo seus efeitos nas mais diversas áreas do direito, cada qual buscando delinear as razões e as respectivas soluções da celeuma.

De certo modo existe um consenso de que a principal causa foi o ativismo judicial, esse que ganhou espaço devido à má qualidade do Poder Legislativo Brasileiro que incapaz de acompanhar as evoluções da sociedade, acabou por forçar que o Poder Judiciário usa-se as normas que tinha à disposição para julgar casos que pelo menos em um primeiro momento fogem à competência de tais normas.

Faltava coesão ao ordenamento jurídico brasileiro, os tribunais decidiam de forma diversa um dos outros, e mesmo dentro de um mesmo tribunal o jurisdicionado não sabia o que esperar, haja vista que cada turma podia adotar o entendimento que considerasse melhor.

Por incrível que pareça, nem mesmo a jurisprudência consolidada do STJ e STF, à exceção das súmulas de efeito vinculante, tinha observância obrigatória, de modo que vício algum havia na decisão monocrática do juízo de primeiro grau que afrontasse enunciado de sumula sem efeito vinculante. Restava à parte prejudicada apenas a alternativa de recorrer da decisão sem nenhuma diferença de uma matéria não sumulada. Ou seja, não havia uniformização da jurisprudência, o que decidia os tribunais superiores careciam de efetividade, na medida que tais decisões não tinham o condão de restringir ou impor limites à liberdade de decidir dos juízes e desembargadores.

Foi por essas razões, que ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 o legislador e os tribunais superiores, atentos ao clamor da doutrina, começaram a buscar soluções para o problema.

Em um primeiro momento essas soluções advieram do próprio ativismo judicial, o qual deveria ser combatido. O Supremo Tribunal Federal, importou teoria alemã que justificou a objetificação das decisões pretorianas, de modo que pela primeira vez no Brasil um caso de controle de constitucionalidade difuso passou a produzir efeitos erga-omnes.

Entretanto, esse efeito restringia-se aos tribunais, não vinculando, portanto, a administração pública.

O Poder Legislativo acompanhando o entendimento jurisprudencial passou a disciplinar meios para expandir os efeitos dos julgamentos de certos casos a fim de garantir a observância do princípio da segurança jurídica. Foi a partir daí que surgiram instrumentos interessantes como a ação de reclamação constitucional, meio pelo qual a partir de uma ação autônoma o jurisdicionado pode acessar os tribunais superiores invocando a inconstitucionalidade da decisão do Juízo a quo.

Contudo, a forma como estavam dispostos tais mecanismos no revogado Código de Processo de 1973 não bastava para atender satisfatoriamente os anseios da comunidade jurídica, nem tampouco dar abertura para uma jurisprudência coesa e unificada.

Dentre outras, essa foi uma das causas da criação do Código de Processo Civil de 2015, o qual disciplinou de forma muito mais organizada e mais detalhadamente um verdadeiro microsistema de precedentes.

Esse microsistema tem por escopo dar uniformidade à jurisprudência, racionalizar a prestação de serviços por parte do judiciária, evitar o ativismo jurídico exacerbado, e primordialmente dar segurança jurídica aos jurisdicionados.

Por óbvio como é comum à toda novidade significativa, tais inovações não passaram imunes à críticas por parte dos operadores do direito. Os quais argumentavam que tal microsistema acabaria por engessar o Poder Judiciário, fazendo voltar a figura do “juiz boca da lei”, nesse caso substituído pelo “juiz boca do precedente vinculante” na medida que em tese, a função do juiz resumir-se-ia a repetir o entendimento pacificado das cortes superiores, sendo-lhe vedado de qualquer modo inovar, ou fazer uma interpretação que, adequada ao caso, acabe por conflitar com este ou aquele precedente.

Críticas à parte, fato é que o projeto foi aprovado trazendo em seu bojo o microsistema de precedentes. Assim sendo, cabe ao intérprete do direito se debruçar sobre esse assunto relativamente novo, e por certo muito instigante na medida em que provoca as mais polêmicas discussões de cunho acadêmico e prático.

Esse trabalho buscando alinhar a teoria a práxis traz em seu bojo discussões afetas aos dois campos de estudo. Para dar foco ao estudo, foi escolhido olhar mais detidamente ao Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável por guardar a legislação federal.

Buscou-se por meio do método indutivo averiguar a efetividade o microsistema de precedentes na forma como está disposto no Código de Processo Civil de 2015, dando ênfase na função que o Superior Tribunal de Justiça desempenha na árdua tarefa de uniformizar jurisprudência brasileira.

2 SOBRE O SISTEMA DE PRECEDENTES

O Código de Processo Civil de 2015 traz em seu seio o que se denomina microssistema de precedentes. Esse microssistema consiste em um conjunto de normas espalhadas pelo Código e dizem respeito à aplicação dos precedentes dentro do ordenamento jurídico.

O Código de Processo Civil define o que deve ser entendido por precedente bem como a abrangência dos seus efeitos. Percebe-se da análise do Diploma Legal que o legislador infraconstitucional se preocupou em uniformizar a jurisprudência brasileira e assim recuperar um pouco da segurança jurídica perdida pelo ativismo judicial além da natural divergência de interpretação dos nossos tribunais.

A grande perquirição a ser resolvida é como dirimir os efeitos da insegurança jurídica, notadamente combatendo o ativismo jurídico sem que o Poder Judiciário ficasse engessado de forma que se retrocedesse aos tempos dos chamados “juízes da lei”, os quais se limitavam a replicar o texto da Lei, sem exercer qualquer estudo ou interpretação mais sofisticado. Ou seja, nesses tempos as pessoas tinham segurança jurídica efetivada, no entanto, no mais das vezes os magistrados não deitavam os olhos sobre os detalhes do caso concreto, o que resultava em injustiças e até mesmo distorção dos objetivos que justificaram a edição da Lei usada no caso in concreto.

Ressalte-se que nesse tempo não havia espaço para a observância dos princípios, sendo inimaginável a não aplicação de uma determinada regra em detrimento de um princípio.

Os tempos mudaram, e não mais existe a figura do “juiz boca da Lei”. Ao contrário, esse deu espaço ao juiz solipsista o qual fundamenta toda e qualquer decisão com base única e exclusivamente pautado no uso de princípios.

Ora, tanto um quanto outro tipo de magistrados são indesejáveis. E no atual ordenamento jurídico brasileiro, ao juiz é dado o poder de julgar livremente de acordo com a sua convicção desde que essa esteja devidamente motivada.

Assim sendo, a solução encontrada pelo legislador infraconstitucional, notadamente os responsáveis pela elaboração do Código de Processo Civil de 2015 foi a criação de um microssistema de precedentes da forma como hoje conhecemos.

Esse microsistema faz com que o próprio Poder Judiciário lance as linhas mestres que devem guiar os magistrados no seu *múnus judicandi*, de forma a garantir a esses a sua liberdade para julgar mas ao mesmo tempo garantindo a segurança jurídica na medida em que os jurisdicionados tem ao menos uma noção do que esperar quando apresentados perante a Justiça Brasileira.

2.1 Breves apontamentos históricos

O Brasil é um país de tradição civil *low*, o que equivale a dizer que tradicionalmente a lei *strictu sensu*, foi a principal fonte imediata de Direito. Sendo a jurisprudência considerada uma fonte mediata do Direito. O que significa dizer que a jurisprudência não está acima da lei, mas a complementa e na ausência dessa é fonte autônoma do direito, uma vez que muitas vezes a jurisprudência surge antes mesma da lei que regule uma determinada situação, nesse sentido:

É, assim, impossível negar à jurisprudência o valor da verdadeira fonte jurídica. E no Supremo Tribunal Federal o confirma ao admitir que “a invariável sequência dos julgamentos torna-se como que o suplemento da própria legislação” (RT 199/608).¹

Todavia, mesmo nos primórdios do Estado Brasileiro a jurisprudência era relevante para o ordenamento jurídico brasileiro. Na doutrina há quem defenda que ainda na época do império foi criado a primeira súmula de efeito vinculante.

No Império, a súmula com efeito vinculante é antecedida pela Lei nº 2.684, de 23 de outubro de 1875, que reconheceu a validade dos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, depois da instituição do Tribunal da Relação da Província do Rio de Janeiro, pelo instrumento do Alvará de 10 de maio de 1808, até a independência do Brasil, por intermédio da Proclamação de 7 de setembro de 1822.²

Uma observação há que ser feita, embora existam similitudes entre jurisprudência e costumes, esses não se confundem. Sendo aliás os costumes considerados fontes imediatas de Direito nos países de tradição anglo-saxã. A doutrina difere as duas fontes de direito da seguinte forma:

¹ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 29. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 407.

² MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

Entre a jurisprudência e o costume, há semelhança e alguns pontos de distinção. A formação de ambos exige a pluralidade de prática: enquanto o costume necessita da repetição de um ato pelo povo, a jurisprudência requer uma série de decisões *stricto sensu* pressupõem a uniformidade de procedimentos: é necessário que a prática social se reitere igualmente e que as sentenças judiciais sejam invariáveis. A par dessa similitude, distinguem-se principalmente nos seguintes pontos: a) enquanto a norma costumeira é obra de uma coletividade de indivíduos que integram a sociedade, a jurisprudência é produto de um setor da organização social; b) norma costumeira é criada no relacionamento comum dos indivíduos, no exercício natural de direitos e conflitos e é o produto dos tribunais; c) a norma costumeira é criação espontânea, enquanto a jurisprudência é elaboração intelectual, reflexiva.³

Portanto, costume é prática reiterada de determinada conduta por parte da sociedade, enquanto por jurisprudência deve se compreender o entendimento reiterado de um determinado tribunal ou o conjunto desses sobre determinada norma ou fato.

2.2 Conceito de Precedentes

Não é incomum que as pessoas confundam jurisprudência com precedente. Embora comum, esse erro crasso produz consequências de ordem prática. A melhor doutrina conceitua jurisprudência como:

A jurisprudência resulta no direito estabelecido pelas decisões uniformes dos juízes e tribunais. Está, portanto, como já dissemos, constituída por normas gerais e obrigatórias criadas pela prática consuetudinária do Poder Judiciário, consubstanciando normas individuais, pois firma-se no meio de casos concretos. (...) É fonte não só porque influi na produção de normas jurídicas individuais (sentença, p. ex.), mas também porque participa no fenômeno de produção do direito normativo, desempenhando relevante papel, apesar de sua maleabilidade.⁴

Enquanto por precedente, os processualistas advertem que se deve entender que:

Daí a distinção entre precedente e jurisprudência. Enquanto o termo jurisprudência designa um grupo de decisões, o termo “precedente” espelha, por essência, uma única e relevante decisão judicial. Tal relevância decorre,

³ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 167.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica**. 22. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 316.

normalmente, da profundidade da discussão a respeito do tema e da capacidade desse entendimento influenciar decisões futuras.⁵

A distinção se faz pertinente, tendo em vista que, como já comentado, desde os primórdios do ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina é remansosa no sentido de reconhecer a jurisprudência como fonte do Direito. Dando maior ou menor prestígio a tal fonte a depender do momento histórico do país, apresentando uma tendência de valorizar cada vez mais a jurisprudência como fonte mediata do direito, nesse sentido:

No tocante à jurisprudência propriamente dita, isto é aos julgados uniformes dos Tribunais, é incontestável que de fato eles atuam como norma aplicável aos demais casos, enquanto não houver nova lei ou modificação na jurisprudência.⁶

Entretanto o mesmo não pode ser dito sobre os precedentes judiciais os quais, só passaram a ser aceitos como fonte do direito separada da jurisprudência propriamente dita, a pouco tempo. Para muitos, o reconhecimento dos precedentes judiciais enquanto fonte independente do Direito quando o Supremo Tribunal Federal aplicou pela primeira vez a objetivação de um acórdão resultante do controle de constitucionalidade incidental.

Isso significa dizer que a própria gênese do sistema de precedentes na forma como hoje conhecemos, se deu a partir de um precedente, criado pela mais alta Corte, sem qualquer previsão legal.

Justamente pela falta de previsão legal, o Supremo Tribunal Federal, acabou por determinar ele mesmo quais seriam os requisitos que tornariam o caso passível de objetivação, ou seja, que o seu julgamento produzisse efeitos *erga omnes*.

No caso da objetivação da coisa julgada, a questão decidida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal tem o condão de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, o que inclui as próprias turmas do referido Tribunal. Mas não vincula o restante da administração pública; nesse sentido:

Esse entendimento marca evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos

⁵ PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce et al. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 58.

⁶ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 29. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 407.

das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado.⁷

O principal requisito seria a Repercussão Geral, a qual na época significava dizer que o caso ora julgado, afetaria um grande número de pessoas, e que os tribunais recorrentemente deveriam julgar as mesmas causas. Ou seja, era necessário demonstrar que as demandas eram repetitivas ou ao menos poderiam ser, caso não fosse entabulado um entendimento vinculante a ser seguido. Nesse sentido assim a repercussão geral foi definida pela doutrina como:

Por repercussão geral, a lei entende aquela que se origina de questões “que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”, por envolver controvérsias que vão além do direito individual ou pessoal das partes. É preciso que, objetivamente, as questões repercutam fora do processo e se mostrem “relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico” (art.1.035, §1º).⁸

Calha ressaltar, que em que pese esse mecanismo de uniformizar a jurisprudência não tivesse previsão legal, o Supremo Tribunal Federal, pacificou o entendimento de que não seria necessário a repetibilidade de demandas da mesma natureza sendo analisadas pelo mesmo tribunal, no caso a própria Suprema Corte. Bastava uma única causa que tivesse o condão de ser repetida em inúmeros processos para que a decisão da Corte produzisse efeitos erga omnes, e assim pacificasse o entendimento jurisprudencial. Ao falar sobre o tema Gilmar Mendes esclarece que:

Preso entre a fórmula do Senado (CF, art.52, X) e o referido aumento crescente de processos, o Supremo Tribunal Federal terminou avaliando uma tendência de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Invertendo o processo de supersubjetivação, imposto ao recurso extraordinário pela estruturação e manejo da chamada jurisprudência defensiva, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu superar vício procedimental de ausência do prévio esgotamento das instancias ordinárias e, em excepcional decisão, e consideradas as peculiaridades do caso

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 3, 50. ed., rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1113.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1246-1247.

(matéria de fundo sumulada na Corte *a qua*), prosseguiu no julgamento do recurso.⁹

Inobstante o avanço quanto à uniformização da jurisprudência, esse instrumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, tinha seus efeitos restritos aos demais órgãos jurisdicionais. Portanto, escapava do alcance dessas decisões a administração pública, o que equivale a dizer que sua eficácia vinculante é restrita.

Esse fato não passou despercebido, e com o fito de solucionar esse problema, o Supremo Tribunal Federal, pensou em outros meios de conferir efeito vinculante e *erga omnes* para as suas decisões, dessa vez alcançando também a administração pública. Essa solução foi a edição de Súmulas de Efeito Vinculante.

As Súmulas de Efeito Vinculante, ainda quando de antes do Código de Processo Civil de 2015, necessitavam de reiteradas decisões do plenário em um mesmo sentido. Sendo essa uma característica inexigível para a objetivação das decisões pretorianas, pois naquela se faz necessário a repetibilidade de casos, enquanto nessa basta um único caso para dar ensejo ao precedente.

Por “reiteradas decisões” entende-se que é necessário ao menos três decisões em um mesmo sentido. Isso porque a palavra reiterada está no plural, o que por sua vez induz ao pensamento de que apenas duas decisões não bastariam, pois caso contrário, o requisito seria reiterada e não reiteradas, a esse respeito:

Outro requisito para edição de súmula vinculante refere-se à preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Exige-se aqui que a matéria a ser versada na súmula tenha sido objeto de debate e discussão no Supremo Tribunal Federal. Busca-se obter a maturação da questão controvertida com a reiteração de decisões. Veda-se, desse modo, a possibilidade da edição de súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada. É necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, é dizer, com a mesma interpretação.¹⁰

Outro requisito para a edição de uma súmula de efeito vinculante é que tem que ser aprovada por 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal Federal como determina o artigo 103-A da Constituição Federal. O mesmo vale para cancelar ou revisar enunciado de súmula de efeito vinculante.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1082.

¹⁰ *Ibid.*, p. 1107.

Precedente como dito alhures é decisão judicial, no entanto, não é qualquer decisão judicial que produzirá os efeitos que o microssistema de precedentes consagrou aos precedentes.

É necessário que essa decisão possua algumas características para que de alguma forma sirva de norte para a unificação da jurisprudência. Essas características serão vistas mais detidamente nos tópicos seguintes, o que importa registrar por hora é que o precedente para fins de unificação é aquela decisão judicial dotada de qualidades específicas, dentre as quais que deve ser produzida por um órgão colegiado, diferentemente do que ocorre nos países de tradição anglo-saxã, onde mesmo as decisões monocráticas de juízes de primeiro grau de jurisdição devem ser observadas pelo Poder Judiciário.

Interessante notar que um dos fundamentos que justificam tamanho respeito pelas decisões de primeiro grau no sistema da *comow low*, é que nesses países os magistrados são escolhidos pelo povo, enquanto no Brasil, os juízes de primeira instancia são todos concursados enquanto os da demais instancias são escolhidos pelo chefe do Executivo com a sabatina do Poder Legislativo.

Fica evidenciado que o legislador constituinte brasileiro, traçou um sistema de divisão de poderes com funções bem definidas para que um não sobreponha ao outro, obrigando estes através dos mecanismos de freios e contrapeso, uma atuação harmônica entre eles. Garantindo o equilíbrio necessário para realizar o bem-estar da sociedade e conseqüentemente evitando o arbitrio de um Poder sobre o outro, garantindo o Estado Democrático de Direito.

3 O MICROSSISTEMA DOS PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Antes de analisar o sistema de precedentes propriamente dito é importante conceituar o que se entende por precedente, distinguindo-o da jurisprudência. A melhor doutrina faz a distinção da seguinte forma:

O termo “jurisprudência” traz ínsita a ideia de pluralidade, ou seja, de um conjunto de decisões judiciais a respeito de determinada matéria jurídica. Daí a distinção entre precedente e jurisprudência. Enquanto o termo jurisprudência designa um grupo de decisões, o termo “precedente” espelha, por essência, uma única e relevante decisão judicial. Tal relevância decorre, normalmente, da profundidade da discussão a respeito do tema e da capacidade desse entendimento influenciar decisões futuras.¹¹

A distinção é importante pois a jurisprudência sempre foi aceita pela doutrina brasileira como fonte mediata de direito. Enquanto os precedentes estão ganhando paulatinamente o reconhecimento como fonte do direito, sendo que, apenas em 2015, com o Novo Código de Processo Civil, que a lei processual civil trouxe um sistema de microsistema de precedentes bem estruturado.

O Código de Processo Civil de 2015 no seu artigo art. 489, §1º VI determina que considera-se não fundamentada a sentença que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou separação do entendimento”.¹² O referido artigo deixa claro a importância que o Código de processo Civil deu aos precedentes. Esse e outros artigos do referido Diploma Legal embasaram o enunciado 380 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o qual tem a seguinte redação: “(arts. 8º, 926, 927) A expressão “ordenamento jurídico”, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes.” Questão interessante é que o precedente é o resultado da norma geral e abstrata aplicada ao caso concreto, o que por sua vez faz lei entre as partes. Esse entendimento é pacífico na doutrina.¹³ O disruptivo Código consagrou um sistema processual em que uma única decisão isolada, desde que atenda a alguns requisitos,

¹¹ PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce et al. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 58.

¹² BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília: Senado Federal, 2015.

¹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 263-264.

tem o condão de uniformizar a jurisprudência de todo um país. A uniformização das decisões é um objetivo a ser alcançado, pois segundo a doutrina, é através dela que é atingida a segurança jurídica. Nesse sentido é pensar Daniel Amorim Assumpção Neves:

Como ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência.¹⁴

Essas alterações legais, romperam não apenas com velhos dogmas do processo civil, alteraram parte importante da teoria geral do direito, qual seja, as fontes do direito, na medida em que um único caso pode ser fonte de direito, e mais ainda, pode vincular todo o ordenamento jurídico.

O Código de Processo Civil, dispõe de diversos meios que compõem o microsistema de precedentes. O sistema de precedentes está dividido em todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro, mas também é encontrado em outros países da *civil law*. Nos tópicos subsequentes serão tratadas as principais espécies de precedentes previstas no Código de Processo Civil brasileiro.

3.1 Os mecanismos de uniformização da jurisprudência constantes do microsistema de precedentes

O microsistema de precedentes trouxe muitos mecanismos de uniformização da jurisprudência, os quais estão espalhados por todo o Código de Processo Civil.

Dedicar-se-á os subtópicos seguintes ao estudo de cada um deles de forma individualizada a fim de aprofundar o debate sobre a interpretação e aplicação dos dispositivos instituídos com o fito de unificar a jurisprudência conferindo segurança jurídica aos jurisdicionados.

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed., rev., e atual. São Paulo: Método, 2017, p. 1392-1393.

3.1.1 Incidente de assunção de competência

O incidente de assunção está previsto no art.947 CPC/15, o qual define que esse será cabível quando:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos [...].

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.¹⁵

Atente-se para o fato que a Lei possibilita que o incidente seja instaurado em recurso, remessa necessária ou em processo de competência originária do tribunal. O que significa dizer que o incidente de assunção de competência pode ser instaurado de ofício pela autoridade julgante, pois a remessa necessária decorre da lei e não da vontade das partes, razão pela qual no mais das vezes essas não se manifestam no órgão colegiado. Isso aclarei-a a ideia de que o incidente de assunção de competência transcende os interesses dos litigantes, pois tem o condão de produzir efeitos *erga omnes*.

A letra da lei elenca a “grande repercussão social” como um dos requisitos para a admissão do incidente de assunção de competência. Por essa razão, é imprescindível saber o que se entende por repercussão social ou repercussão geral. O conceito legal está no art. 1.035, §1º CPC/15.¹⁶ A doutrina, por sua vez, ao conceitua repercussão geral da seguinte forma:

Por repercussão geral, a lei entende que se origina de questões “que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”, por envolver controvérsias que vão além do direito individual ou pessoal das partes. É preciso que, objetivamente, econômico, político, social ou jurídico” (art.1.035, §1º).¹⁷

A Lei faz tal exigência, pois, diferentemente de outros procedimentos, o incidente de assunção de competência não faz coisa julgada apenas *inter partes*, uma

¹⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília: Senado Federal, 2015.

¹⁶ Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 3, 50. ed., rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 793.

vez que o precedente que desse resulta tem eficácia vinculante e por essa razão interfere em todos os demais processos que discutem a mesma matéria. Tanto que as decisões que abordarem o assunto decidido em sede de incidente de assunção de competência, deverão obrigatoriamente segui-los ou demonstrar que o entendimento já fora superado, ou ainda que o caso sub judice não difere no caso que deu origem ao precedente de eficácia vinculante, *vide* art.489, §1º, VI CPC/15.

O outro requisito elencado pelo art. 947 CPC é a falta de repetição em múltiplos processos. O que se perquire é o que deve ser entendido por “sem repetição”. O tema é relevante, pois em uma interpretação *ipsis literis*, pode-se chegar à conclusão de que a questão suscitada para que tenha acolhida nesse instrumento processual precisará ser inédita e ter repercussão geral. Em que pese a falta de clareza do respectivo dispositivo legal a doutrina interpreta que por “sem repetição em múltiplos processos” deva-se entender por impossibilidade de instaurar IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), nesse sentido:

De qualquer forma, parece acertada a conclusão do Enunciado 334 do Fórum Permanente de Processualista Civis (FPPC): “Por força da expressão ‘sem repetição em diversos processos’, não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos”. E o §4.º do artigo ora comentado especifica mais uma hipótese de cabimento do incidente ao prever a assunção de competência quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. A par disso, o objetivo do legislador parece claro: criar um incidente em processos únicos ou raros de alta relevância social, até porque, se houver a multiplicidade de processos com a mesma matéria jurídica, existirão outros instrumentos processuais para se atingir o objetivo do incidente de assunção de competência.¹⁸

Dessa feita, o referido incidente cobre a lacuna deixada pelo IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas), visto que esse se preza a resolver questão de direito suscitada em repetidas e numerosas demandas. Isso equivale a dizer que a possibilidade de instaurar um incidente para criar um precedente de eficácia vinculante depende apenas da repercussão geral ou social, sendo que a repetição ou não, de múltiplas demandas indicará qual o instrumento apropriado para originar o precedente.

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 2.ed., rev. atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p 947.

O incidente de assunção de competência tem por origem um processo que já se encontre em um órgão colegiado, seja por meio de recurso, remessa necessária ou competência originária. A razão disso é que o incidente transfere a causa do órgão colegiado fracionário para o pleno o qual será competente para decidir a causa e fixar o precedente. Essa dupla função do incidente foi inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015, o revogado Código de 1973 nos seus artigos 476 a 479 previa o correspondente do incidente ora tratado, tal instrumento era nominado de incidente de uniformização de jurisprudência.

No revogado incidente de uniformização de jurisprudência, o órgão pleno fixava a tese e o órgão fracionário julgava o recurso, reexame ou processo de competência originária aplicando-a. No incidente de assunção de competência o próprio recurso, reexame necessário ou processo de competência originária é encaminhado para o órgão pleno, que terá dupla missão: julgá-los e fixar a tese.¹⁹

Essa alteração legislativa, vai ao encontro do princípio da isonomia e da celeridade e economia dos atos processuais. É isonômico, pois não será possível haver disparidade entre o que for decidido na causa original (*inter partes*) e seu precedente de eficácia vinculante (eficácia *erga omnes*); é célere, pois concentra a resolução da demanda em um único colegial, pela mesma razão economiza os atos processuais uma vez que será prolatada uma única decisão.

3.1.2 Incidente de arguição de inconstitucionalidade

O incidente de arguição de inconstitucionalidade já era figura conhecida do sistema processual brasileiro, era previsto no art. 480 CPC/73. O chamado incidente de arguição de inconstitucionalidade é a forma adequada de questionar a constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público pela via difusa. Ou seja, é o controle de constitucionalidade aplicado aos casos concretos e que por sua vez o seu julgado produz apenas efeitos *inter partes*. A melhor doutrina explica a inconstitucionalidade como sendo uma ofensa à Constituição Federal.

Mas tanto a constitucionalidade como a inconstitucionalidade pressupõem a existência de uma constituição rígida, dotada de supremacia formal, cujas normas sirvam de parâmetro para a elaboração das demais prescrições do

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed., rev., atual. São Paulo: Método, 2017, p. 1435.

ordenamento jurídico {...} Na inconstitucionalidade ferem-se preceitos da constituição – a norma hierárquica máxima do ordenamento jurídico.²⁰

Tal observação se faz necessária pois Brasil é adapto tanto do modelo americano de controle de constitucionalidade (controle difuso), quanto do modelo europeu de controle de constitucionalidade (controle concentrado). O controle abstrato produz efeitos *erga omnes* enquanto o difuso em regra produz efeitos *inter partes*, mas tem o condão de, observadas algumas condições, produzir efeitos *erga omnes* tal qual o modelo europeu.

Neste trabalho teremos por enfoque o controle difuso em especial o realizado por tribunais, a se entender por órgãos colegiados, pois são esses que podem pela via difusa dar gênese a precedentes de eficácia vinculante.

A arguição de inconstitucionalidade é questão prejudicial, o que equivale a dizer que enquanto não for superada a discussão da inconstitucionalidade não poderá ser analisado o mérito da causa. Portanto a arguição de inconstitucionalidade não passa de uma tese para defender os interesses de quem a invoca. Por essa razão, a decisão sobre a validade ou invalidade constitucional da lei ou ato normativo não põe fim ao processo, é possível que o réu que alegou a inconstitucionalidade se veja livre da sucumbência por outras razões que não a inconstitucionalidade (desistência, reconhecimento da inexigibilidade da dívida entre outros).

Além de ser questão prejudicial, a constitucionalidade por se tratar de matéria de ordem pública, não sujeita à preclusão, a doutrina entende que a legitimidade para a interposição do incidente é ampla, nesse sentido Daniel Amorim Assumpção Neves diz que:

Como não existe previsão a respeito da legitimidade ativa para a suscitação do incidente de arguição de inconstitucionalidade, entende-se pela legitimidade ampla. Não poderia ser de outra forma, já que o incidente pode ser instaurado de ofício, e se pode ser instaurado de ofício, pode a instauração decorrer de provocação de qualquer sujeito processual. São, portanto, legitimadas as partes e terceiros intervenientes do processo, o Ministério Público nos processos em que participa como fiscal da ordem jurídica, a Defensoria Pública, nos processos dos quais participe e os juízes que integram o colegiado.²¹

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., ref. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133-134.

²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 2.ed., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1577.

Portanto, a legitimidade analisada de *per si*, não obsta a arguição do incidente. Contudo outras questões devem ser analisadas para que o incidente tenha acolhida pelo pleno ou órgão pleno do tribunal que analisará a questão.

Entretanto, outros requisitos devem ser analisados para decidir pelo cabimento ou não cabimento do incidente ora em comento. As hipóteses de não cabimento do incidente encontram-se no art. 949 Parágrafo único do CPC/15, o qual prescreve que:

Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.²²

A razão disso é a valorização da reserva de plenário e das decisões do STF que é o guardião da Constituição Federal e intérprete máximo do texto constitucional. No entanto, uma observação há que ser feita, parte da doutrina entende que o referido texto não deve ser interpretado de forma *ipsis literis*, pois defendem que as decisões do STF em controle difuso não tem o condão de uniformizar a jurisprudência, pois só produzem efeitos *inter partes*.

Para essa parcela da doutrina, tendo sido a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal realizada de forma incidental, a eficácia dessa declaração é *inter partes*, de forma que ninguém estará vinculado a essa decisão, nem mesmo o tribunal de segundo grau ou o Superior Tribunal de Justiça. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, aplica a regra em sua literalidade, admitindo a dispensa do incidente processual quando por meio de seu plenário já tenha declarado, mesmo incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma (STF, 1º Turma, RE 370.765 AgR/RS, rel.Min. Marco Aurélio, j. 08/02/2011, DJe 11/03/2011).²³

Acredito que o entendimento do STF seja equivocado pois os tribunais somente estariam vinculados às decisões do da Suprema Corte no caso de essas consubstanciarem o microsistema de precedentes com eficácia vinculante, o que não é o caso. Infelizmente, julgados como esse são cada vez mais comuns, e demonstram uma tendência dos Tribunais Superiores de acatar e criar teses defensivas, e uma tentativa de diminuir por meios oblíquos a demanda de trabalho a qual são submetidos.

²² BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília: Senado Federal, 2015.

²³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 2.ed., rev. atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1580.

Além de que, a exemplo dos demais precedentes obrigatórios estudados nesse artigo, o precedente em comento pode ser superado, principalmente se apresentado nova tese que não fora utilizada quando do julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade.

Como dito alhures tanto a doutrina quanto a jurisprudência e o próprio texto legal buscam cada vez mais prestigiar a reserva de plenário. Dessa feita é importante saber do que se trata tal reserva.

A reserva de plenário está prevista no art. 97 CF/88, o artigo prevê que quando a arguição de inconstitucionalidade chegar aos tribunais, seja através de recursos, competência originária ou remessa necessária, apenas o plenário ou órgão especial terá competência para declarar a inconstitucionalidade.²⁴ A razão disso é uniformizar o entendimento do tribunal com relação à constitucionalidade, exige-se o plenário ou órgão especial, pois deixar o ônus decisório por conta das turmas provocaria insegurança jurídica na medida em que as turmas poderiam divergir seu entendimento uma das outras. Uma ressalva a que ser feita, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, quando a matéria já ter sido analisada pelo pleno ou por órgão especial, a turma do tribunal será competente para julgar o incidente de arguição de inconstitucionalidade, eis a transcrição da ementa do julgado:

Inconstitucionalidade – Incidente – Deslocamento do Processo para o órgão especial ou para o Pleno – Desnecessidade. Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal Federal – descabe o deslocamento previsto no art.97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do art.97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão e ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela primeira vez, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo.²⁵

Contudo, exceção existe à reserva de plenário, qual seja a declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado.

A previsão de rejeição do incidente contida no art. 949 do Novo CPC diz respeito exclusivamente à decisão pela inadmissibilidade (não cabimento) quanto à decisão de improcedência (declaração de constitucionalidade). Não se estranhe a afirmação de que o órgão colegiado pode julgar o mérito do

²⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 64.

²⁵ RTJ 162/765.

incidente, desde que declare a constitucionalidade da norma, já que para tal decisão há competência do órgão fracionário. O que não se admite, nos termos do art. 97 da CF, é a declaração de inconstitucionalidade por tal órgão judiciário.²⁶

O que justifica isso é o fato de que toda lei promulgada se presume constitucional, por se tratar de uma presunção *iuris tantum*, é cabível a discussão da constitucionalidade. Mas por se presumir constitucional é dado aos órgãos fracionários reconhecerem a sua constitucionalidade de forma a não ofender a ordem constitucional entabulada no art. 97 CF/88.

Interessante polêmica existe quanto à recorribilidade das decisões proferidas pelo pleno ou órgão especial que declara a norma constitucional ou inconstitucional. Os que entendem que por se tratar de questão prejudicial a lide, a discussão de inconstitucionalidade não deve ser entendida como causa, e por essa razão não seria cabível a interposição de recurso especial ou extraordinário em face da decisão que verse sobre a validade constitucional da norma, como expoente dessa doutrina encontra-se Daniel Amorim Assumpção Neves, o qual ensina que:

Entendo que essa decisão colegiada do órgão fracionário não é recorrível por recurso especial ou extraordinário porque nesse caso não há julgamento e qualquer causa, condição para o cabimento dos recursos excepcionais. Para não dizer que a decisão é irrecurrível, é cabível o recurso de embargos de declaração. Tal conclusão, entretanto, parte da premissa do clássico conceito de “causa”, que aparentemente foi superado pela previsão do art.987, caput, do Novo CPC, que prevê o cabimento de recurso especial e extraordinário contra o acórdão que julgar o IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas). No caso do incidente de arguição de inconstitucionalidade não há previsão como essa, mas a partir do momento em que se alarga o conceito de “causa” para que o dispositivo legal possa ser considerado constitucional, o cabimento dos recursos excepcionais do acórdão que julga o incidente ora analisado passa a ser mais palatável.²⁷

Não assiste razão o pensamento do respeitável jurista Daniel Neves, pois os tribunais de sobreposição existem justamente para dirimir controvérsias relacionadas ao controle de legalidade e constitucionalidade. Por não se tratar de uma causa *stricto sensu*, o tribunal não avaliará as questões de fato relativas à demanda. Entretanto, são competentes para firmar jurisprudência no que tange a legalidade ou constitucionalidade discutidos no incidente.

²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 2.ed., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1579.

²⁷ Id., **Manual de direito processual civil**. 9. ed., rev., e atual. São Paulo: Método, 2017, p. 1204.

Soma-se o fato de que um outro tribunal a julgar semelhante demanda adote um entendimento divergente. Nesse caso não ter-se-á uniformização da jurisprudência, antes, pelo contrário, haverá conflito de entendimento, o que por sua vez cria uma situação de desigualdade entre os jurisdicionados, o que fere de morte o princípio da isonomia. Por essa razão é de bom entender que às partes é dado a possibilidade de recorrer, não só em razão de alterar o resultado da decisão, mas também para garantir uniformidade da jurisprudência e garantir isonomia entre as pessoas de diferentes Estados, ou regiões do país.

3.1.3. Incidente de resolução de demandas repetitivas especial e extraordinário aspectos gerais

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no art. 1.036 CPC/15, não foi inaugurado com o Novo Código, tendo por corresponde parcial os arts. 543-B; §.1º e 543-C §§ 1.º e 2.º do revogado CPC/73. Atualmente o mesmo artigo disciplina a competência do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça, mas na essência manteve o que era disposto no revogado Código de Processo Civil de 1973.

Para que esse incidente seja instaurado é necessário que haja multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais em um mesmo tribunal de justiça, ou tribunal federal. Antes de aprofundar os estudos sobre o incidente propriamente dito, é de bom alvitre que se tenha em mente a natureza de recurso extraordinário e especial. Sobre o tema a doutrina ensina que:

São recursos – o extraordinário e o especial – denominados de estrito direito, através dos quais se colima o prevaecimento da ordem constitucional (no extraordinário) e a unidade e a integridade do direito federal, infraconstitucional, em todo o território nacional (no especial).²⁸

Interessante notar que no mais das vezes haverá tanto recursos extraordinário quanto especiais repetitivos, pois em que pese um se preze a discutir questões relativas à constitucionalidade das normas e o outro à sua compatibilidade

²⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. ref., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 934

com as demais normas infraconstitucionais, ambos os recursos costumam ser interpostos concomitantemente.

A razão disso é que apesar da regra de que as decisões judiciais só podem ser impugnadas por um único recurso, a interposição do recurso especial faz precluir a interposição do recurso extraordinário e vice-versa, ainda que ambos sejam interpostos dentro do prazo legal para a sua respectiva interposição. Dessa feita os dois tribunais são chamados por vezes a se manifestar sobre a mesma questão, haja vista que apesar de apesar de em um primeiro momento a discussão se der apenas no conflito entre normas infraconstitucionais, nada impede que por de trás desse conflito surja uma inconstitucionalidade implícita ou reversa.

Sobre esse tema a doutrina mais abalizada ao falar dos efeitos da não interposição de um dos recursos excepcionais esclarece que seus efeitos são:

Importa observar que, em certas hipóteses, o acórdão a ser impugnado pode ter sido decidido por um fundamento de índole constitucional e outro de natureza infraconstitucional. Reputa-se inadmissível, pela ausência de interesse em recorrer, o recurso excepcional manifestado em relação a apenas um dos fundamentos da decisão, quando a simples prevalência dos demais motivos seria suficiente para justificá-la.²⁹

O que por sua vez significa dizer que quando for possível o julgamento de incidente de demandas repetitivas em recurso especial, grandes serão as chances de isso também ser possível em relação aos recursos extraordinários.

Feito esse breve esboço doutrinário, podemos passar ao debate do tema propriamente dito. Quando o incidente de demandas repetitivas se der no bojo de um recurso extraordinário ou especial, o presidente ou vice-presidente do tribunal de segunda instância escolherá 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia e os encaminhará ao Tribunal de Sobreposição competente, tendo a discussão por objeto o controle de constitucionalidade os recursos terão por destino o Supremo Tribunal Federal, enquanto se o debate versar sobre o controle de legalidade terá por destino o Supremo Tribunal de Justiça.

Em que pese o art. 1.036 CPC/15 não faça menção expressa à repercussão geral como o fez o revogado CPC/73, no entanto essa é uma exigência implícita. É implícito pois para que o incidente seja admissível é imprescindível a

²⁹ PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce et al. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1614.

repetibilidade de casos discutindo a mesma demanda nos tribunais de sobreposição, os quais por sua vez fazem um controle prévio de admissibilidade dos recursos extraordinários ou especiais, sendo um dos critérios a repercussão geral dos casos que lhes são apresentados.

Além da repercussão geral supracitada a doutrina elenca outros pré-requisitos para a admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), quais sejam:

A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas exige a coexistência dos seguintes pressupostos ou requisitos: a) Constatação da existência de vários processos (dezenas, centenas, milhares) que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, como as ações propostas por usuários de plano de saúde, fundadas na tese de que o réu não poderia majorar o valor das mensalidades, pelo fato de os usuários terem atingido determinada idade; as ações propostas contra empresas concessionárias de serviço público, fundadas na tese de ilegalidade da majoração da tarifa de energia elétrica, apenas para exemplificar; b) Constatação da existência de risco à isonomia, decorrente da possibilidade de as ações individuais que se encontram em curso, versando sobre a mesma matéria, serem decididas de forma diferente, acarretando injustiça para alguns autores; c) Constatação da existência de risco à segurança jurídica. A lei não predefiniu a quantidade de ações individuais já propostas que justificaria a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. A quantidade de ações não é critério único para a instauração, pois a efetiva repetição de processos deve estar associada à constatação do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.³⁰

Uma observação há que ser feita no que diz respeito ao requisito da repetitividade das demandas. O Tribunal de Sobreposição poderá se for caso, admitir o recurso, especial ou extraordinário, e postergar o seu julgamento com o fito de aguardar que novos recursos que versem sobre a mesma questão lhe seja apresentado, nesse sentido Nelson Nery disserta que:

Contudo, deixa aberta a possibilidade de o tribunal, ao receber o RE para aferir a admissibilidade, aguardar a interposição de outros com a mesma tese, ao sentir que existe essa possibilidade. O RISTF 328 caput é expresso no sentido de que o próprio STF, “protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos”, comunicará o fato aos tribunais locais para que procedam de acordo com o CPC 1036 e ss. Essa circunstância de o tribunal local poder “aguardar” a interposição de outros RE, em casos em que a tese provavelmente se repetirá, pode configurar negativa de vigência da garantia constitucional da celeridade (CF 5.º LXXVIII).³¹

³⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas 2016, p. 1340.

³¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2208.

O que for decidido em sede de IRDR fará coisa julgada em relação aos recursos que deram origem ao incidente bem como produzirá efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário, ou seja, o precedente resultante do julgamento será considerado um precedente vinculante. Dessa feita produzirá os mesmos efeitos práticos do incidente de assunção de competência.

Questão interessante é possibilidade de desistência do recurso que deu origem ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Por se tratar de um recurso que originariamente produziria efeitos apenas *inter partes* é possível que uma das partes desista do recurso. Contudo essa desistência não tem o condão de prejudicar a análise do incidente.

Dada a natureza jurídica do instituto da desistência do recurso, vale dizer, de negócio jurídico unilateral não receptício, sua eficiência é plena, independe da concordância ou anuência do recorrido e dispensa homologação judicial. Daí por que o recorrente que interpôs RE e/ou REsp pode dele desistir, ainda que tenha sido empregado ao seu recurso excepcional o rito do recurso repetitivo (CPC 1036). Isto porque o caso que será julgado pelo STF e/ou STJ como recurso repetitivo tem, como matéria de fundo, lide individual que encerra discussão sobre direito subjetivo.³²

Isso se justifica pelo fato de que apesar de o incidente ser instaurado em uma causa concreta, envolvendo, em um primeiro momento, apenas os interesses dos litigantes, a decisão do incidente produzirá efeitos *erga omnes*. Ou seja, a questão discutida no incidente analisado pelo STJ ou STF é interessante para todo o ordenamento jurídico brasileiro, pois essa servirá para balizar as próximas decisões judiciais.

³² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2208.

4 AS PECULIARIDADES DO MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como o microsistema de precedentes é muito amplo e complexo, esse estudo buscará dedicar os próximos tópicos ao estudo da aplicação do sistema no Superior Tribunal de Justiça.

O enfoque dado a esse Tribunal de Sobreposição se justifica pois recentemente é um órgão que vem usando de forma reiterada os dispositivos do Código de Processo Civil para uniformizar o entendimento jurisprudencial brasileiro.

4.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas com ênfase no Superior Tribunal de Justiça

Feitas as breves comparações entre as duas formas de Incidente de Demandas Repetitivas nos tribunais superiores, passa-se agora a análise mais minuciosa do incidente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O incidente por óbvio só será cabível quando for cabível também o próprio recurso especial. Isso significa dizer que além de atender aos requisitos regrais do incidente a causa deve antes de mais nada estar prevista no rol de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar o recurso.

Por essa razão é de bom alvitre dedicar algumas páginas ao estudo do recurso especial propriamente dito.

Pois bem, o recurso especial está previsto nos artigos 1.029 a 1.034 do Código de Processo Civil de 2015, portanto, suas regras são comuns à do recurso extraordinário, sendo que o Código destinou o artigo 1.035 para tratar das peculiaridades do recurso extraordinário. Sendo que as hipóteses de cabimento estão previstas na Constituição Federal em seu artigo 105, inciso III e alíneas, possuindo a seguinte redação:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.³³

Não é técnico dizer que o Superior Tribunal de Justiça é um Tribunal Recursal, pois em que pese seja possível recorrer para essa corte, os recursos precisam se enquadrar no disposto no artigo 105 da Constituição Federal.

Ou seja, esse tribunal não é competente para reanalisar questões de fato, nem tampouco deitar o olhar sobre as peculiaridades do caso *in concreto*. Isso porque ao julgar um recurso, o Superior Tribunal de Justiça deve analisar a questão apenas pelo prisma da escorreita aplicação da legislação infraconstitucional. O que equivale a dizer que este órgão é o responsável por manter o ordenamento jurídico coeso.

Na primeira hipótese ensejadora do recurso especial a Lei Maior elenca a decisão de tribunal regional ou estadual que afrontar tratado ou lei federal. Não cabe aqui entrar em detalhes sobre o cabimento do recurso propriamente dito, mas sim a possibilidade desse gerar um incidente de demandas repetitivas que vincule não apenas o tribunal que deu origem ao recurso, e sim também os demais tribunais que se encontrem em situação semelhante.

Seria o caso por exemplo de regimento interno de tribunal de justiça que afronte o rito estabelecido pelo Código de Processo Civil, e que o respectivo Tribunal pretira o Código em razão do seu regimento interno. Nesse caso ter-se-ia decisão de tribunal que afronta lei federal, mas que é caso isolado de um único tribunal.

Naturalmente perquire-se se em um julgamento de casos repetitivos em que se discuta a legalidade da norma do regimento interno tal precedente poderia vincular outros tribunais com regimentos internos semelhantes ou se seria necessário que para que esses retem vinculados seria necessário repetitivos em que se discutissem seus próprios regimentos internos.

É relevante essa indagação tendo em vista que o Brasil é um país de dimensões constitucionais e contem nada menos do que 27 tribunais estaduais e 5 tribunais regionais federais, ou seja, existem 32 regulamentos internos de tribunais que podem ter normas contrarias ao que foi determinado por lei ou tratado federal. Consequentemente o Superior Tribunal de Justiça poderia ao menos em tese ser chamado a se manifestar 32 vezes para dizer se o regulamento interno do tribunal

³³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2015

afronta ou não a lei, ainda que este afronte de forma patente o que fora julgado em sede de Recursos Repetitivos.

Em um primeiro momento tal situação aparenta não encontrar amparo no microssistema de precedentes positivado no Código de Processo Civil de 2015. Sendo defensável que o repetitivo sobre um único regulamento possa ser utilizado como base para todos os demais casos semelhantes, ainda que versem sobre regulamentos de outros tribunais.

Pensar dessa forma é justificável pois tal posicionamento confere maior poder ao que foi decidido em sede de precedente de eficácia obrigatória, pois leva em conta a suas principais características, qual seja, o efeito vinculante e erga omnes. De igual modo, tal entendimento estaria de acordo com a postura dos Tribunais de Sobreposição os quais apresentam uma forte tendência a se valer das chamadas teses defensivas para diminuir o número de recursos que lhes são submetidos.

Em que pese os argumentos acima mencionados para justificar que um repetitivo sobre o regulamento interno de um tribunal possa vincular a todos, também existem argumentos para defender a tese oposta.

Com isso quer-se dizer que é defensável dizer que apesar a aparente incompatibilidade com o microssistema de precedentes, é possível e não ofende o disposto no Código de Processo Civil, que o Superior Tribunal de Justiça seja convocado 32 vezes para decidir sobre uma norma de regulamento interno semelhante.

O fundamento disso é que o precedente de eficácia obrigatória diferentemente da jurisprudência não é apenas uma fonte mediata do direito. Para parte respeitável da doutrina e nos dizeres do próprio Código de Processo Civil de 2015 precedente é norma, mais especificadamente, uma norma-regra, como quer Fredie Didier Junior ao escrever que:

A norma em que se constitui o precedente é uma regra. A ratio é o fundamento normativo da solução de um caso; necessariamente, será uma regra. Não por acaso, a norma do precedente é aplicável por subsunção.³⁴

³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 14. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 560.

Esse adendo se faz importante pois a norma em especial as normas regras tem seus limites de abrangência, assim sendo, as normas de regimento interno se limitam a um tribunal em específico.

Assim sendo, caso o Superior decida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas que uma determinada norma de um regimento interno específico é ilegal tal precedente por se tratar de uma norma regra, só produzirá efeitos em relação àquela norma em específico, não havendo prejuízo da interpretação por analogia. Ou seja, em que pese tal precedente careça da característica de vincular os demais tribunais, não se ignora o caráter persuasivo desse precedente em relação aos demais precedentes. Consiste, portanto, de certa forma em uma relativização da eficácia vinculante do precedente.

De outra banda, se o Superior Tribunal de Justiça se valer do precedente para tratar do tema de forma mais ampla, estar-se-ia não diante de uma norma mais abrangente, a qual por sua vez poderia afetar não apenas o Estado ou Região do Tribunal que teve a validade legal do seu regimento interno questionada. Assim sendo, mesmo se tratando de discussão envolvendo norma de regimento interno, e, portanto, adstrito a uma determinada localidade o precedente produziria efeitos *erga omnes* e vinculante em relação a todos os demais tribunais da federação.

A alínea b) do artigo 105, inciso III da Constituição Federal dispõe sobre o desatino entre ato de governo local em relação à Lei Federal. A competência do Superior Tribunal de Justiça é muito específica, portanto, ainda que o ato governamental esteja em total desacordo com a Constituição Estadual ou a legislação estadual não será cabível recurso para o Superior Tribunal de Justiça, pois cabe ao Tribunal de Justiça Estadual dizer sobre a validade legal e constitucional do ato de governo.

Por ato de governo local deve-se entender também englobada a lei estadual ou municipal que afronte a legislação federal, pois a Lei muito embora seja originada do Poder Legislativo a sua aprovação, e muitas vezes a sua iniciativa depende do Poder Executivo.

A violação à Lei Federal pode ocorrer de duas formas, a primeira é contradizer ou ir além dos limites impostos por Lei Federal, a segunda trata-se de invasão de competências. Sobre esse ponto Ives Gandra comenta que:

Na verdade, quando um Tribunal estadual ou distrital julga válida uma lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal, é porque reconhece ter sido a lei ou ato em questão editado com observância da competência constitucionalmente outorgada para tanto, tendo, nesse caso, a lei federal invadido competência local, pelo que é inconstitucional. Não se pode esquecer, também, que, na repartição de competências constitucionais, existem hipóteses que podem ser cumpridas quer pela União, quer pelos Estados e pelo Distrito Federal. São as chamadas competências concorrentes, cujos temas poderão ser versados tanto pela União, pelos Estados, quanto pelo Distrito Federal. E, no âmbito da competência privativa da União, há que se referir os casos em que compete a esta editar as normas gerais e aos Estados as normas especiais (art. 22, XXI e XXVII). Assim, se a lei federal, ao estabelecer normas gerais de licitação, descer a minúcias, impedindo à lei estadual fazer as adaptações necessárias, estará invadindo a competência estadual, não podendo, nesse caso, prevalecer.³⁵

Calha observar que a invasão de competência resulta em inconstitucionalidade da norma, portanto, seria cabível a interposição tanto do recurso extraordinário quanto o especial.

Quando o incidente de demandas repetitivas versar sobre a invasão de competência poderá produzir efeitos *erga omnes*, vinculando inclusive outros governos municipais ou estaduais.

Isso por uma razão muito simples, diferentemente do caso do regulamento interno a invasão de competência sempre será a mesma independente de quem seja o seu violador.

Dessa forma quando a Constituição Federal dispõe no seu artigo 146 que caberá à Lei Complementar estabelecer normas gerais³⁶ em matéria tributária, qualquer lei que não seja complementar, independentemente de sua origem será flagrantemente inconstitucional e ilegal caso discrepe do disposto em lei complementar.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça ao dizer por exemplo que compete à Lei Complementar determinar qual o fato gerador do ICMS, mesmo sendo esse um tributo estadual, o Estado tributante não será competente para determinar o

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 310.

³⁶ Os tributaristas entendem que normas gerais são aquelas que: “por sua vez, ao tratar do estabelecimento de normas gerais, a matéria se projeta na estipulação dos parâmetros normativos a serem seguidos pelo legislador ordinário. Deverá assim conformar as linhas mestras do sistema positivo, de forma a permitir a perfeita integração dos comandos constitucionais à legislação inferior, sem perda do sentido originalmente plasmado no texto supremo. Fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes das espécies tributárias hospedadas na Constituição (impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais), típicas matérias atinentes a normas gerais, deverão ser objeto de regulamentação por lei complementar, antes de sua instituição pelo legislador ordinário.” Para consultar o texto transcrito consultar (MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106).

fato gerador de tal tributo, pois essa é uma competência exclusiva da Lei Complementar, no caso o Código Tributário Nacional³⁷ e a Lei Kandir. Qualquer lei ordinária que estabeleça fato gerador do tributo, em especial fato não previsto pelo Código Tributário Nacional ou a Lei Kandir será flagrantemente inconstitucional e ilegal. Portanto, o repetitivo decidido pelo Superior Tribunal de Justiça funcionária como uma norma que obriga um não fazer por parte do Estado, onde se lê caberá à Lei Complementar Federal (no caso do CTN por exemplo) deve-se interpretar vedado está legislar por Lei Ordinária, ou mesmo Lei Complementar que não seja federal, é uma norma de não fazer para o Estado.

Quando o ato de governo local ou a lei de governo local contrariar Lei Federal será caso de vício de legalidade da norma, mas não necessariamente de inconstitucionalidade. Isso porque o ato de governo pode ser constitucional e ao mesmo tempo ilegal. É o caso por exemplo da incidência ou não incidência do ICMS sobre a venda do ativo fixo da empresa, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o caso em repetitivo poderá dizer que a exação não incide sobre tal operação seguindo o posicionamento majoritário da doutrina.³⁸ Nesse caso, todos os governos estaduais estariam proibidos de tributar tal operação, ou seja, o precedente vinculará todos os órgãos fazendários.

Restando a esses, se for o caso, buscar convencer o Judiciário não aplicar o precedente em razão da superação desse (*overruling*) ou demonstrando que a lide é distinta da discutida no caso paradigma (*distinguishing*).

No concernente à uniformização da jurisprudência a alínea c) do inciso III do artigo 146 da Constituição Federal é o mais interessante, pois discute a jurisprudência consolidada de outros tribunais. Ou seja, pode rever o que já foi consolidado, e mais, evita a divergência de entendimento entre os tribunais.

A divergência pode surgir de dois acórdãos discrepantes cada um de um tribunal específico bem como de IRDR de um tribunal e acórdão de outro ou de dois IRDR. Pois o objetivo é a uniformização da jurisprudência.

³⁷ Não se pode olvidar que apesar do Código Tributário Nacional ser uma Lei Ordinária o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o Diploma Legal, conferindo-lhe status de Lei Complementar, de modo que só pode vir a ser alterado via Lei Complementar.

³⁸ Sobre o tema consultar Roque Carrazza que assevera que: “O ICMS também não incide quando são vendidos os bens do ativo fixo (ativo imobilizado) da empresa, que, como demonstraremos, mais adiante, não são mercadorias, já que não estão preordenados à prática de atos de comércio, nem sua venda tem por fito a obtenção de lucro.” (CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 159).

Não há polemicas no que concerne à divergência de jurisprudência entre dois tribunais estaduais, ou quando essa divergência for entre dois tribunais regionais federais.

O que pode suscitar alguma espécie de discussão seria a divergência jurisprudencial entre tribunal estadual e tribunal regional federal, ou ainda a divergência entre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e de tribunal de segundo grau de jurisdição.

Discute-se ainda se a mera divergência de entendimento entre dois tribunais viabilizaria a interposição de recurso especial.

Antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015 a discussão sobre a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar divergência entre sua jurisprudência e a jurisprudência dos tribunais de segundo grau fazia algum sentido, pois a lei não era tão clara nesse ponto. Entretanto, a tempos que a majoritária doutrina entendia que o Tribunal de Sobreposição seria competente para julgar o Recurso Especial.

O Código de Processo Civil de 2015 dispôs de forma expressa que o Superior Tribunal de Justiça será competente para julgar o recurso especial que tiver por fundamento a divergência de entendimento jurisprudencial entre dele próprio e de tribunal de segunda instancia.

É bem verdade, que se o tribunal de sobreposição não fosse competente para analisar esse tipo de recurso o microsistema de precedentes restaria deficitário, pois daria azo à discrepância jurisprudencial entre tribunais de instancias diferentes, o que é inadmissível no neoprocessualismo civil.

Parte da doutrina defende que a alínea c) do inciso III do artigo 146 da Constituição Federal deve ser analisado em conjunto com a alínea a) do mesmo inciso. Isso porque defendem que só haverá possibilidade de interposição de recurso especial quando a decisão recorrida violar tratado ou lei federal.³⁹ De outra banda, parte da doutrina sustenta que isso não é necessário pois contraria o microsistema de precedentes.⁴⁰

³⁹ Sobre o tema: “A hipótese prevista na alínea c do inc. III do art. 105 é ajustável à alínea a do mesmo dispositivo constitucional. Isso porque o recorrente, nesse caso, mesmo indicando decisões divergentes da impugnada, deverá imputar-lhe a pecha da contrariedade à lei federal.” (MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1291).

⁴⁰ Sobre o tema: “O segundo entendimento esvazia o conteúdo do comando constitucional previsto na letra “c”, ignorando, exatamente, que o objetivo do texto normativo é o de permitir que o Superior

Tanto uma quanto outra forma de pensar tem bases bem sólidas, entretanto, existe um meio termo entre os posicionamentos doutrinários que aparenta ser o mais sensato. Realmente, não há que se falar em recurso especial se não houver discussão sobre a forma de aplicar tratado ou lei federal. Contudo, tanto a Constituição Federal quanto o Código de Processo Civil de 2015 primam pela uniformização da jurisprudência.

O fato é que na alínea a) do inciso III do artigo 146 da Constituição Federal o constituinte usou a expressão “tratado ou lei federal”, ou seja, tanto um quanto outro dão ensejo ao recurso especial. Mas o mais importante é a decisão em si, e não apenas o seu fundamento legal.

Por exemplo na antiga polemica sobre a validade da prisão do depositário infiel, o Código Civil e a Constituição Federal eram expressos no sentido de que a prisão seria válida; de outra banda, o Pacto de São José da Costa Rica vetava expressamente tal espécie de prisão.

Ora, nada impedia que um tribunal com olhos fitos no Código Civil (Lei Federal) condenasse a parte a pena de prisão civil, enquanto outro tribunal com esteio no Pacto de São Jose da Costa Rica (tratado internacional) negasse a prisão do depositário. Nesse caso, a divergência não seria quanto a interpretação dada a lei, mas sim sobre qual norma deve ser aplicada. Entretanto, ambas as hipóteses quando vistas de forma isolada justificariam o conhecimento do recurso pelo Superior Tribunal de Justiça.

O qual ao julgar o mérito do recurso pacificaria a divergência dos tribunais e daria a correta interpretação das normas. Com isso quer-se dizer que não apenas a forma deve ser analisada mas também a matéria da divergência, pois no caso narrado, formalmente não haveria divergência, mas essa de fato existe e produz efeitos no mundo fenomênico.

O mesmo ocorreria no caso dos tribunais de segunda instancia tivessem decido a matéria em sede de Incidente de Demandas de Repetitivas. Aliás, com muito mais razão o Superior Tribunal de Justiça deveria julgar o recurso.

Tribunal de Justiça uniformize a interpretação da lei federal e, com isso, forneça paradigmas que tornem mais previsíveis as decisões judiciais, diminuindo a insegurança jurídica. Toda interpretação que favoreça a uniformização da jurisprudência deve ser prestigiada. O sistema jurídico brasileiro é estruturado partindo-se dessa premissa (arts. 926-927, CPC).” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 14. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 401).

Isso porque esses precedentes vinculam todo o entendimento jurisprudencial do tribunal e dos juízes monocráticos do mesmo Estado ou Região. O incidente de demandas repetitivas como já afirmado em capítulos anteriores, necessita da repetibilidade de causas idênticas ou semelhantes submetidas ao Tribunal de Sobreposição. Contudo, quando a divergência se der entre dois IDRDR cada qual de um tribunal, é de bom alvitre dispensar o requisito da repetibilidade, ou melhor dizendo, interpretá-lo de forma lógica e não literal.

Isso porque, em que pese possa ser a primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça enfrente a questão, é óbvio que a mesma questão foi discutida de forma reiterada por pelo menos dois tribunais de segundo grau de jurisdição. Ou seja, o requisito já foi atendido antes mesmo da interposição do Recurso Especial.

4.2 Incidente de arguição de inconstitucionalidade com ênfase no Superior Tribunal de Justiça

O incidente de arguição de inconstitucionalidade como dito alhures sofreu poucas inovações com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, a essência se manteve.

Como o próprio nome induz, o incidente se preza a arguir a validade constitucional da norma ou ato de governo em questão. E como visto e revisto, o Superior Tribunal de Justiça não é o tribunal competente para avaliar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, sendo essa função reservada ao Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, no mais das vezes o ato ou norma impugnados serão tanto ilegais quanto inconstitucionais, e assim sendo o Superior Tribunal de Justiça será competente para reconhecer a inconstitucionalidade ora arguida. Isso porque a inconstitucionalidade é um vício tão grave que de modo algum o Judiciário pode avalizá-la, dessa feita qualquer órgão do judiciário poderá declarar a inconstitucionalidade da norma, sobre o tema a doutrina mais moderna pontifica que:

Em outra vertente, o controle incidental é exercido de modo difuso, competindo, indistintamente, aos diversos órgãos do Poder Judiciário. Trata-se nesse particular, de verdadeira sindicância da ordem jurídica, permitindo-

lhes afastar a aplicação do ato normativo conflitante com as normas constitucionais.⁴¹

Diferentemente dos demais precedentes que o tribunal pode decidir se vai ou não se reunir em plenário ou pelo órgão especial para julgar a lide de forma que o seu julgamento se torne um precedente de eficácia vinculante, no caso do incidente de arguição de inconstitucionalidade a causa obrigatoriamente deverá ser julgada pelo plenário ou órgão especial, a menos que decida por declarar a norma constitucional, nesse sentido:

A arguição é feita perante o órgão do tribunal encarregado do julgamento do processo (Turma ou Câmara). Esse órgão parcial não tem competência para declarar a inconstitucionalidade, mas pode perfeitamente reconhecer a constitucionalidade da norma impugnada e a irrelevância da arguição dos interessados.⁴²

É certo que uma vez reunido o plenário, independente de qual tribunal seja, o que for ali decidido em sede de incidente de arguição de inconstitucionalidade vinculará o próprio tribunal, bem como os respectivos juízes de primeira instância do estado ou região do tribunal.

Também não se discute que o que decidir o Supremo Tribunal Federal vincula a todos os demais órgãos do Poder Judiciário, haja vista ser esse o “Guardião da Constituição Federal”, nesse sentido:

Esse entendimento marca evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado.⁴³

O mesmo ocorre com as decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de incidente de arguição de inconstitucionalidade. O que decidir o pleno vinculará não apenas as turmas e ministros do próprio tribunal, mas também a

⁴¹ PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce et al. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1415.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 3, 50. ed., rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 821.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1277.

todas as instancias, o que decidir o referido tribunal só não vinculará os demais tribunais de sobreposição, em especial o Supremo Tribunal Federal.

Contudo, isso não quer dizer que torna a lei sem efeitos, mas sim que os demais órgãos do Poder Judiciário excetuado o Supremo Tribunal Federal deverão respeitar a clausula de reserva de plenário quando a turma ou desembargador entender que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça está equivocado. Ou seja, inverte a regra da clausula da reserva de plenário.

Dessa feita, ao menos no que concerne ao poder Judiciário o que o Superior Tribunal de Justiça decide em sede incidente de arguição de inconstitucionalidade se assemelha ao que for decidido em sede de incidente de assunção de competência ou incidente de resolução de demandas repetitivas na medida em que os demais tribunais deverão observar o que foi decidido por esse tribunal de sobreposição.

O mesmo não ocorre se a lide for julgada pelo Supremo Tribunal Federal, pois uma vez que a causa é julgada por esse tribunal o julgamento poderá ocorrer em sede de repercussão geral de forma a obrigar todos os órgãos do Judiciário, inclusive tornando inaplicável a Lei, a bem da verdade isso decorre de uma construção doutrina e jurisprudencial. Além disso o artigo 52, inciso X da Constituição Federal prevê a possibilidade do Senado Federal regulamentar por meio de resolução quais serão os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, nesse sentido:

A eficácia erga omnes da decisão do Supremo Tribunal que decreta a inconstitucionalidade da lei ou ato está subordinada à resolução do Senado Federal, conforme disposição do inciso X do art.52 da Constituição da República. Apesar dessa ampliação subjetiva, ante a edição de resolução pelo Senado Federal, os efeitos do ato, para aqueles que não foram partes no processo, projetam-se ex nunc. Só os que foram partes, justamente por serem alcançados diretamente pelo jurisdicional decisório, independentemente de haver ou não resolução do Senador Federal, serão alcançados pela eficácia *ex tunc*.⁴⁴

Eis aqui a importante diferença dos efeitos do incidente de arguição de inconstitucionalidade em relação aos demais, em regra o que for decidido em sede de incidente de arguição de inconstitucionalidade só produz efeitos *ex nunc*, excetuando as partes que arcarão com a incidência dos efeitos *ex tunc*. A razão disso é que a arguição de inconstitucionalidade é uma prejudicial do processo, ou seja, sempre é

⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Novo CPC doutrina selecionada**. v. 6. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 89.

invocada pelas partes e no caso do controle difuso é uma matéria de defesa que pode ser inclusive dispensada por uma das partes, ou seja, a parte se optar por desistir da ação ou resolve-la por meio de acordo prejudicada estará o mérito do incidente de arguição de inconstitucionalidade.

O mesmo não ocorre com os demais incidentes, pois nos demais o objetivo uno do incidente é a uniformização da jurisprudência, de modo que os interesses das partes se tornam matéria secundária. De forma que se uma das partes desistir do processo já afetado isso em nada prejudicará o julgamento do incidente, como já exposto no tópico 3.1.3 deste trabalho.

4.3 Incidente de assunção de competência no Superior Tribunal de Justiça

O incidente de assunção de competência é uma espécie de precedente obrigatório que foi desenvolvido pelo Código de Processo Civil de 2015, esse precedente difere do IRDR por prescindir de repetibilidade de demandas, e difere do incidente de arguição de inconstitucionalidade pois o caso que o origina não necessariamente deve ser julgado pelo plenário ou órgão especial, e nem tampouco necessita versar sobre inconstitucionalidade da norma.

Isso significa que o relator de ofício, ou a requerimento das partes ou ministério público, ou ainda, defensoria pública poderá decidir se a lide merece ou não ser julgada pelo pleno de forma a gerar os efeitos concernentes ao precedente de eficácia vinculante que deriva do julgamento do Incidente de Assunção de Competência.

O incidente de assunção de competência, é a ferramenta útil para pacificar a jurisprudência naquelas situações que são de extrema importância para a nação mas que devido a sua especificidade em razão das partes ou da matéria, dificilmente chegarão em grande volume aos tribunais de sobreposição de modo que esses possam analisar diversos casos e assim decidir o mérito em sede de IRDR, ou ainda sumular a questão, ou no caso do Supremo Tribunal Federal, julgar a questão em sede de repercussão geral.

Aliás, existem situações em que o Superior Tribunal de Justiça será competente para julgar o mérito da questão, mas o Supremo Tribunal Federal não, no clássico caso em que a ofensa ao ordenamento jurídico se der exclusivamente por

interpretação diversa entre lei federal ou tratado internacional do qual o Brasil é signatário.

Questões envolvendo por exemplo envolvendo a tributação empresas fornecedoras de energia elétrica, ou de petróleo afetaram poucas empresas, mas indiretamente afetam de forma indireta toda a economia e a própria população brasileira. Nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça deve primar por uniformizar a jurisprudência a fim de garantir que essas empresas gozem de segurança jurídica que as permita realizar um planejamento empresarial, tributário, civil ou de qualquer outra natureza que dependa do que for decidido pelo Judiciário.

Em suma, o incidente de assunção de competência existe para evitar os prejuízos decorrentes da demora natural do incidente de resolução de demandas repetitivas que exige repetibilidade de causas.

5 CONTRAPONTO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Ha muito se fala sobre segurança jurídica, discute-se qual a importância dessa dentro do ordenamento jurídico brasileiro, chegando alguns ao ponto de dizer que não se faz necessária sua observância, uma vez que, ao menos em tese essa pode acabar por engessar a prestação estatal em especial a judiciária.

Para aprofundar a análise sobre a pertinência ou não de respeitar o princípio da segurança jurídica, é necessário que se conceitue o que é segurança jurídica. Para Canotilho, segurança jurídica é:

Em geral, considera-se que a segurança jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos públicos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial.⁴⁵

Note-se que para Canotilho, a segurança jurídica é uma norma, que por ter alta carga valorativa classifica-se como princípio, uma vez que determina um fim a ser alcançado. Entretanto, esse entendimento não é unívoco na doutrina, sendo que entre a doutrina brasileira existem aqueles que defendem que a segurança jurídica não é uma norma propriamente dita, mas sim, um conceito, nesse sentido Humberto Ávila disserta que:

É preciso frisar também que a segurança jurídica, quando analisada sob essa perspectiva, não é uma norma, mas sim um conceito ou um elemento de um conceito. Sob esse viés, ela é definida como uma ideia “supraordenadora” (*übergeordneter Idee*) ou como um “sobreconceito” (*Überbegriff*). Note-se que, nesse aspecto, a segurança jurídica é um elemento da metalinguagem doutrinária, e não uma norma sobre a qual ela verte.⁴⁶

A segurança jurídica, em que pese tenha uma carga conceitual não deve ser entendida apenas como conceito ou “sobreconceito” como quer Ávila, pois é um dos princípios basilares de qualquer Estado de Direito Democrático. Sendo inclusive, uma obrigação do Estado, zelar pela segurança jurídica, a ponto de a doutrina

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 107.

administrativista mais clássica considerar a segurança jurídica como um dos princípios que regem a administração pública.⁴⁷ Para Hely Lopes Meirelles, a segurança jurídica no combate entre normas, se sobrepõe ao próprio princípio da legalidade, sendo este, um dos principais princípios da administração pública, diz o renomado autor que:

Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o status quo. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material.⁴⁸

Dessa feita, a segurança jurídica deve ser considerada um princípio norteador da conduta estatal, o que inclui o Judiciário. Não é sem razão que a segurança jurídica recebeu o *status* de princípio constitucional, sendo que a doutrina entende que a sua previsão legal se encontra no preâmbulo da Constituição Federal.⁴⁹ A segurança jurídica se faz necessária para proteger os interesses dos cidadãos, garantindo-lhes isonomia, e previsibilidade.

A segurança jurídica gera isonomia na medida em que todos os jurisdicionados sabem o que esperar e que terão um tratamento igualitário, de modo semelhantes aos dos demais que se encontravam na mesma situação. Ou seja, a lei em sentido lato e as decisões jurisdicionais são aplicadas a todos de forma igualitária, de forma que a prestação jurisdicional se dê de forma justa e não arbitrária.

Pela mesma razão, a segurança jurídica gera previsibilidade, na medida em que as pessoas conseguem avaliar quais serão as consequências de suas condutas. Este último fator tem um viés econômico, uma vez que quanto maior a previsibilidade, menores são os riscos. E, quanto menores os riscos maiores tendem a ser os investimentos no país, uma vez que os investidores se sentem seguros para investir. De forma que, entre os contabilistas e tributaristas é comum a expressão “o Brasil é o único país do mundo onde não se tem certeza do passado”, em referência à insegurança jurídica comum ao Direito Tributário.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 103-105.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 104-105.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33.

Portanto, a observância do princípio da segurança jurídica é imprescindível para a garantia de um Estado Democrático de Direito Isonômico que objetiva crescer econômica e socialmente.

O solipsismo judicial é fruto do poder discricionário do juiz pós positivista. Isso porque na atualidade não existem mais “juízes boca da lei”, nossa Constituição Federal, e nossos Diplomas infraconstitucionais conferiram ao juiz o poder de discricionariedade, dessa forma o juiz passou a decidir de acordo com o seu livre convencimento motivado.

Dessa forma, o juiz não mais se limita a repetir as palavras da lei, e aplica-la sem fazer qualquer interpretação que não seja a literal. O julgador ao aplicar a lei deve analisá-la dentro de um contexto fático e jurídico, de forma a extrair o real significado da norma, e de modo que a aplicação dessa não fira um direito ou princípio fundamental.

Mas, não é incomum que em um mesmo caso concreto várias normas entrem em rota de colisão, criando embaraços quanto à sua aplicação. Quando essas normas são regras, a doutrina solucionou o problema de forma bastante simples, criou critérios para decidir qual norma ser aplicada ao caso concreto, sendo esses critérios: hierárquico; especialidade e; norma mais recente.

O grande problema é quando essas normas de se traduzem em princípios, sejam esses de ordem constitucional ou legal. Quando o conflito se dá entre princípios não é possível aplicar os critérios de derrogação atinentes às regras. Nesse caso é necessário fazer um juízo de valor, escolher a qual preterir para que o outro ganhe posição de destaque.

Por ser uma análise subjetiva, essa aumenta o poder discricionário do magistrado, de tal forma que esse pode acabar por decidir conforme suas próprias convicções relegando a segundo plano a profunda análise do direito, ora debatida na lide. Nesse sentido Lenio Streck critica o mau uso dessa discricionariedade por parte dos juízes ao afirmar que:

Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá arbitrariedade. Portanto, quando um jurista diz que “o juiz possui poder discricionário” para resolver os “casos difíceis”, o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier.⁵⁰

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 106.

Para esse autor, a discricionariedade do juiz não pode se confundir com arbitrariedade. Mesmo no choque entre princípios o magistrado tem que ter um olhar atento ao que o ordenamento jurídico, a se entender doutrina, lei, jurisprudência e precedentes vem adotando como referencial em casos da mesma natureza, e após essa análise minuciosa o juiz deve decidir de forma mais acertada, ouçamo-lo:

E esse ponto é absolutamente fundamental! Isso porque é o modo como se compreende esse sentido do direito projetado pela comunidade política (que é uma comunidade – virtuosa – de princípios) que condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada de maneira que, somente a partir desse pressuposto falar em respostas corretas ou respostas adequadas. Sendo mais claro, toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito.⁵¹

Essa postura solipsista do magistrado pautada em uma suposta ponderação de princípios, os juízes ativistas justificam seus atos baseados na teoria dos princípios, criada por Humberto Ávila. Dizem que essa teoria difere princípios de regras e que no conflito entre esses, um deve ser preterido em razão do outro a fim de causar a menor lesão possível aos direitos e garantias fundamentais de uma das partes envolvidas na lide.

Entretanto, assim como Lenio Streck defende, Humberto Ávila advoga ideia de que mesmo o conflito entre princípios deve ter por norte certos critérios, sob pena de ser cometido abuso de direito do julgador do caso, nesse sentido:

É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação com os postulados de razoabilidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais. Nesse aspecto, a ponderação, como mero método ou ideia geral despida de critérios formais ou materiais, é muito mais ampla que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.⁵²

É de suma importância essa consideração do citado jurista, uma vez que os juízes ativistas justificam suas decisões lastreadas pela teoria dos

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto:** decido conforme minha consciência? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 106.

⁵² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed., rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 164-165.

princípios, cujo seu maior precursor é Humberto Ávila. O próprio criador da teoria assevera que não se pode olvidar de critérios quando da escolha da preponderância de um princípio sobre outro. Entre os possíveis critérios está a observância da jurisprudência majoritária.

Entretanto, como em muitos dos casos é difícil averiguar qual o entendimento predominante dos tribunais acerca de uma determinada situação, seja por ter poucos julgados discutindo o tema, seja por grande número de decisões divergentes; é de bom alvitre que se tenha outros meios de descobrir qual é a jurisprudência a ser aplicada de forma a não deixar totalmente discricionária a decisão do magistrado de primeiro grau. Uma solução proposta pelo Código de Processo Civil de 2015 foi a criação do microssistema de precedentes.

O ativismo jurídico é um fenômeno processual pelo qual os juízes através de interpretações questionáveis mudam por completo o significado original da norma, de modo que a sua aplicação destoe do que foi idealizado pelo legislador.

Esse fator advém da discricionariedade regrada que o magistrado tem para justificar as suas decisões. No ordenamento jurídico brasileiro atual o juiz tem liberdade para decidir conforme a sua visão sobre a causa, pois diferentemente do que ocorreu em tempos passados, a lei hoje existe para ser valorada, interpretada e só após um juízo exauriente sobre a causa e sobre a correta aplicação da Lei, o juiz deve decidir o resultado da lide.

O dever de fundamentar as decisões é essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito, pois dá mais credibilidade ao Poder Judiciário. Por essa razão a Constituição Federal, de forma expressa positivou esse dever fundamental no seu artigo 93, inciso IX. A doutrina ao falar sobre a imposição constitucional de fundamentar as decisões explica que:

Contudo, foi o art. 93, inc. IX, da CF/88 que tornou tal dever uma imposição constitucional. Na fundamentação, o juiz deve analisar as questões de fato e de direito. Questão é todo ponto controvertido de fato e de direito e que, exatamente por ser motivo de questionamento, deve ser decidido pelo juiz. O juiz, na fundamentação, revela pormenorizadamente a construção de seu raciocínio e os motivos pelos quais chegou à decisão.⁵³

Quanto à função da fundamentação a melhor doutrina disserta que:

⁵³ PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce et al. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 888.

A fundamentação da sentença tem duas finalidades: em primeiro lugar, a motivação é instrumento destinado a servir de conexão entre a sentença e sua impugnação, servindo, assim, às partes, que, conhecendo as razões da sentença, podem decidir se vão ou não impugná-la, e com que fundamentos, além de servir ao juízo superior, que apreciará a impugnação, e que poderá exercer melhor seu trabalho se conhecer as razões que levaram a sentença recorrida a ser proferida. Assim sendo, a motivação da sentença permite o controle vertical da atuação do juiz. Em segundo lugar, a motivação da sentença é garantida de controle difuso da atividade judiciária, a qual é exercido pelo povo, em verdadeiro controle difuso da atividade judiciária, a fim de se permitir a verificação da exatidão e legalidade da decisão. Sob este aspecto, a motivação da decisão é uma exigência do Estado democrático.⁵⁴

Essa liberdade regrada do julgador se contrapõe à falta de liberdade dos juízes positivistas que ganharam a alcunha de “juízes boca da Lei”, pois apenas replicavam o texto legal, pouco se importando com os argumentos de fato e de direito apresentado pelas partes.

Atualmente no modelo pós-positivista, o juiz tem o dever de fundamentar as suas decisões expondo as razões de fato e de direito que o levaram a sentenciar da forma como sentenciou. Sendo inclusive consideradas nulas as decisões que carecem da adequada fundamentação. O Código de Processo Civil no seu artigo 489 §1º, inciso I, considera não fundamentada, e, portanto, nula, a sentença ou decisão que se limita a citar ou parafrasear texto normativo.

O Código pune com a nulidade tais decisões para evitar decisões genéricas que não analisem as peculiaridades do caso concreto, o objetivo do legislador foi melhorar a prestação jurisdicional e evitar injustiças.

Outro fundamento é que nossa Constituição Federal, as Leis Ordinárias a doutrina e a Jurisprudência vem dando cada vez maior importância aos princípios e aos postulados normativos. A doutrina mais moderna defende que a norma pode e deve deixar de ser aplicada se no caso in concreto essa violar um princípio ou postulado normativo.⁵⁵

⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1, 19. ed., rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 414-415.

⁵⁵ O respeitado juriconsulto Humberto Ávila professora que os postulados devem ser entendidos como: “Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas.” Consultar: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 164.

Entretanto, a doutrina não é uníssona nesse sentido, havendo aqueles que entendem que a regra se sobrepõe ao princípio por esse comportar uma carga valorativa muito alta e assim não existir segurança jurídica em sua aplicação, nesse sentido o clássico jurista Silvio de Salvo Venosa assevera que:

É tarefa inútil, por ser impossível, definir o que sejam esses princípios. São regras oriundas da abstração lógica do que constitui o substrato comum do Direito. Por ser um instrumento tão amplo e de tamanha profundidade, sua utilização é difícil por parte do julgador, pois requer traquejo com conceitos abstratos e concretos do Direito e alto nível cultural.⁵⁶

Em um sistema jurídico utópico jamais haveria conflito entre regras e princípios ou postulados. Contudo, no mais das vezes no caso concreto é comum que normas-regras e normas-princípios entrem em conflito. Cabendo ao juiz no caso concreto decidir qual norma deve ser preterida em razão da outra.

Observa-se que de um modo geral a jurisprudência brasileira tende a preterir as regras em razão dos princípios, em especial quando estes encontram-se amparados na Constituição Federal. Exemplo disso é a decisão do Supremo Tribunal Federal que não permitiu a penhora sobre bem de família do fiador de imóvel comercial, conforme já comentado neste trabalho

A grande questão é, tão comum quanto o embate entre as regras e os princípios é o conflito entre normas princípios que se encontram na mesma posição da pirâmide hierárquica proposta por Kelsen. Nesses casos o magistrado deve escolher qual o princípio que prevalecerá sobre o outro no caso concreto.

No entanto, justamente pela característica dos princípios possuírem uma alta carga axiológica, não é incomum que em um determinado caso o juiz decida deferir um pedido com base em um determinado princípio e em outro caso semelhante indefira o mesmo pedido por decidir que outro princípio deve prevalecer. Contudo, ambas as decisões podem ser defensáveis à luz do livre convencimento motivado.

Isso acaba por deixar os juízes cômodos para decidirem de forma arbitrária da forma como bem entenderem, bastando para tanto que ampare a sua decisão em algum princípio. Ou seja, qualquer decisão se tornou possível de ser justificada.

⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 24.

Com o esteio no argumento de que as regras devem observar os princípios de forma a não os contrariar e que os princípios devem ser relativizados quando conflitarem com outros princípios foi que Poder Judiciário passou a “criar suas próprias leis”. Daí o nome ativismo jurídico, o Poder Judiciário a partir de uma postura ativa passou a legislar por meio de suas decisões. Exemplo disso foi a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que decidiu que o bem de família é inatingível em execução de contrato de fiança⁵⁷, o que afronta diretamente o disposto no artigo 3º, inciso VII da Lei nº 8.009/90.⁵⁸

Essa falta de previsibilidade das decisões jurisdicionais gerou muitas incertezas aos jurisdicionados, os quais não mais sabiam o que esperar do Poder Judiciário, ou seja, o litígio passou a ser algo semelhante a um jogo de azar, vencendo aquele jogador cujo juiz mais simpatizar.

Ora, isso é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito, uma vez o Poder Autoritário que antes estava nas mãos de um soberano não deixou de existir, apenas foi transferido aos magistrados.

⁵⁷ A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Interpretação do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/1990 não recepcionada pela EC nº 26/2000. A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. Não se vislumbra justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito à moradia. 3. Premissas fáticas distintivas impedem a submissão do caso concreto, que envolve contrato de locação comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida, por esta Suprema Corte, ao exame do tema nº 295 da repercussão geral, restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 605.709/SP**. Recurso Extraordinário manejado contra acórdão publicado em 31.8.2005. Insubmissão à sistemática da repercussão geral. Premissas distintas das verificadas em precedentes desta Suprema Corte, que abordaram garantia fidejussória em locação residencial. Caso concreto que envolve dívida decorrente de contrato de locação de imóvel comercial. Penhora de bem de família do fiador. Incompatibilidade com o direito à moradia e com o princípio da isonomia. Recorrente: Hermínio Cândido e outro (A/S). Recorrido: Francisco Demi Júnior e outro (A/S). Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339527780&ext=.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.).

⁵⁸ Artigo 3º: A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (BRASIL. **Lei nº 8.009**, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.).

Isso equivale a dizer que o Poder Judiciário está se imiscuindo em questões alheias à sua competência, e afetas aos Poderes Executivo e Legislativo, em especial esse último. Diante disso contata-se que o ativismo judicial fere de morte a divisão de Poderes estipulada pela Constituição Federal. Os constitucionalistas afirmam que as funções de cada Poder são indeclináveis e não poder ser de modo alguns executadas por outro Poder, nesse sentido:

Se há incumbências diferenciadas, se existem tarefas distintas e pertinentes à edição de atos legislativos, administrativos e judiciais, torna-se indeclinável também a existência de órgãos distintos para que integral e fielmente se cumpra a obrigação imposta pela constituição.⁵⁹

Além do poder decisório discricionário do juiz, o ativismo judicial ou simplesmente solipsismo tem por origem a morosidade e a falta de qualidade do Poder Legislativo Brasileiro, o qual se vê deveras incapacitado de acompanhar a evolução da sociedade.

Buscando dirimir os males causados pelo desserviço prestado pelo Congresso Nacional e até mesmo pelas câmaras estaduais e municipais é que os juízes deixam de aplicar as leis postas para aplicar os princípios que entenderem ser pertinentes ao caso *in concreto*.

Consequência dessa má conduta dos juízes é a insegurança jurídica, a qual é definida por Humberto Ávila como:

Trata-se de planos diferentes, sujeitos a juízos diversos: segurança jurídica como fato é a capacidade de prever a situação do fato; segurança jurídica como valor é a manifestação de aprovação ou de desaprovação a respeito da segurança jurídica; a segurança jurídica como norma é a prescrição para adoção de comportamentos destinados a assegurar a realização de uma situação de fato de maior ou menor difusão e a extensão da capacidade de prever as consequências jurídicas dos comportamentos. Enfim, uma coisa é o estado de fato indicador da possibilidade de o cidadão antecipar efeitos jurídicos de atos presentes; outra é a norma que prescreve que a instituição e a aplicação de normas sejam realizadas de maneira a incrementar a capacidade de o cidadão antecipar efeitos jurídicos futuros de atos presentes: enquanto lá a segurança jurídica refere-se a um fato, aqui ela diz respeito a uma norma-princípio.⁶⁰

⁵⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 358.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 110.

Canotilho por sua vez entende que segurança jurídica é um princípio constitucional que está intimamente ligado a outro princípio, qual seja, o princípio da proteção da confiança, nesse sentido:

Em geral considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.⁶¹

E existem ainda aqueles que entendem que a segurança jurídica é direito fundamental do cidadão e um princípio constitucional que vincula toda a atividade estatal.⁶² Para Helly Lopes Meirelles, a segurança jurídica se sobrepõe até mesmo sobre o princípio da legalidade na administração pública, justifica o autor, que em muitos casos os efeitos da insegurança jurídica são ainda mais deletérios dos que o da ilegalidade dos atos estatais, nesse sentido:

Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado, mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o status quo. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material. Pode-se dizer que é esta a solução que tem sido dada em todo mundo, com pequenas modificações de país para país.⁶³

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 256.

⁶² Para os tributaristas a segurança jurídica constitui um direito de primeira dimensão, sendo uma limitação do poder Estatal, e, especial ao poder de tributar. Heleno Taveira Torres ao comentar sobre a segurança jurídica concernente à edição de novas leis ou atos administrativos que não os emanados pelo Judiciário nos ensina que a segurança jurídica foi uma grande vitória do Estado Democrático de Direito, que se contrapõe ao Antigo Estado do Soberano nos quais os cidadãos eram considerados meros súditos que existiam para satisfazer as vontades de seus governantes. Sobre o tema consultar (TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 313-323).

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104-105.

A insegurança jurídica é um cranco que atormenta toda a sociedade brasileira, seus efeitos não se restringem apenas e tão somente aos tribunais e no cotidiano da advocacia, mas reverberam também na economia do país. A insegurança jurídica pode até mesmo alterar velhas regras de mercado.

No caso em que o Supremo Tribunal Federal decidiu por tornar os imóveis considerados bens de família inatingíveis pela execução cível de contrato de fiança, por exemplo, a consequência prática foi a tendência de tornar-se ainda mais difícil a locação de bens imóveis por fragilizar a garantia dantes oferecida pelos imóveis.

Justamente para evitar a insegurança jurídica que o Código de Processo Civil Brasileiro e a própria Constituição Federal criou a coisa julgada material. A coisa julgada material⁶⁴ é o que dá segurança à sentença, fazendo com que seus efeitos⁶⁵ sejam permanentes uma vez que ao menos em tese impede a revisão do caso uma vez que a decisão se torna imutável, no mesmo sentido:

A autoridade da coisa julgada, “que se pode definir, com precisão, com a imutabilidade do comando emergente de uma sentença”, é “uma qualidade mais intensa e profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna

⁶⁴ A mais clássica doutrina define coisa julgada como: “O bem da vida que o autor deduziu em juízo (*res in iudicium deducata*) com a afirmação de que uma vontade concreta de lei o garante a seu favor ou nega ao réu, depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a sentença de recebimento ou de rejeição da demanda, converte-se em coisa julgada (*res iudicata*).

[...] Podemos igualmente asseverar que a coisa julgada não é senão o bem julgado, o bem reconhecido ou desconhecido pelo juiz; e apenas substituímos a alternativa do texto romano (sentença de condenação ou absolvição) pela alternativa mais abrangente (porque nela se compreendem também as sentenças declaratórias) de sentença de recebimento ou de rejeição.” Nesse sentido (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 447-448).

⁶⁵ Sobre os efeitos da coisa julgada Nelson Nery comenta que: “Há, portanto, duas espécies básicas da coisa julgada: I – efeitos endoprocessuais: a) tornar impugnável e indiscutível a sentença de mérito transitada em julgado, impedindo o juiz de redecidir a pretensão (CPC 502 e CPC 505); b) tornar obrigatório o comando que emerge da parte dispositiva da sentença; II – efeitos extraprocessuais: a) vincular as partes e o juízo de qualquer processo (salvo quanto à independência das responsabilidades civil e penal, nas circunstâncias determinadas pela lei: CC 935) que se lhe seguir (Rosenberg-Schwab-Gottwald. ZPR 17, § 151 II, 2, p. 870) como, por exemplo, para a execução da sentença de mérito transitada em julgado (Jauernig-Hess. Zivilprozessrecht, § 62, IV, n. 23, p. 248) (v.g. ex-CPC/1973 610; CPC/1973 475-G); b) impossibilidade de a lide (mérito, pretensão), já atingida pela auctoritas rei iudicata e, ser rediscutida em ação judicial posterior, o que implica a proibição de não só a mesma ação – com os elementos idênticos: partes, causa de pedir e pedido – ser reproposta (CPC 485 V; 337 VI e §§ 2.o a 4.o), como também pretensão que esteja em contradição com a anterior coisa julgada material (*kontraditorisches Gegenteil*) (Braun. Zivilprozeßrecht, § 59, II, 1, pp. 924/925). Consultar (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 17. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1294-1295).

assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.⁶⁶

Há quem defenda que um Estado onde reina a insegurança jurídica é um estado onde vige a ditadura, no caso, a ditadura do Poder Judiciário.⁶⁷ Isso como dantes falado, porque a partir do momento em que os juízes podem decidir do modo como bem quiserem os casos que lhe são apresentados e com o gravame de poder alterá-los a qualquer momento deixaria o jurisdicionado totalmente subordinado à vontade do juiz da causa. É por essa razão que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, independentemente da sua natureza (cível, criminal, trabalhista, tributária e outras).⁶⁸

No entanto, nenhum direito ou princípio constitucional é absoluto, e a segurança jurídica não constitui uma exceção a essa regra. A própria segurança jurídica é relativizada, pois cabe relativização da coisa julgada, tal relativização é amplamente debatida pela doutrina brasileira, existindo até mesmo teses de doutorado sobre o tema. Nessa monografia trataremos em linhas gerais sobre o assunto.

O princípio da segurança jurídica como já dito, não é absoluto, podendo ser relativizado frente à necessidade de corrigir decisões tidas por injustas. Essa é a razão se ser da ação rescisória, a qual respeitadas os requisitos legais (artigos 966 e 967 do Código de Processo Civil de 2015) pode reabrir uma discussão judicial, que ao menos em tese estava resolvida a ponto de fazer coisa julgada material.

⁶⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 205.

⁶⁷ Para Nelson Nery a coisa julgada é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito, e sobre o tema o mestre explica que: "A supremacia da Constituição está na própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1.º *caput*), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional." Conferir a citação no livro: (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1200).

⁶⁸ Sobre o tema destaca-se o brilhantismo dos processualistas penais ao escreverem que: "A Constituição de 1988 impôs expressamente o dever de fundamentação das decisões judiciais. A motivação dos julgados está imbricada com a garantia do devido processo legal. É com a fundamentação da sentença que são explicitadas as teses de acusação e defesa, as provas produzidas e as razões do convencimento do juiz. No entanto, a motivação do julgado não deve ficar adstrita à narração de aspectos formais ou à explanação de posicionamentos jurídicos doutrinários ou jurisprudenciais. Antes é preciso que dela constem o enfrentamento dos fatos, de forma compreensiva, como decorrência do *due process of law*." Consultar (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 721).

Calha ressaltar que para a doutrina o que difere a ação rescisória e outros meios de impugnação autônomos não é o trânsito em julgado da questão e, portanto, a formação da coisa julgada material ou formal, mas dantes é criação de um novo processo, tem natureza constitutiva.⁶⁹

A ação rescisória é o principal meio de relativização da coisa julgada, e consequentemente da segurança jurídica. Contudo, como dito a segurança jurídica é um princípio constitucional só podendo ser relativizada e preterida no caso concreto em razão de outro princípio da mesma grandeza e que esteja previsto no rol do artigo 966 do Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 2015 permite ainda que tacitamente que uma decisão transitada em julgado e que, portanto, tenha feito coisa julgada material possa ser rescindida pela via da ação rescisória. Isso porque o referido Diploma Legal no seu artigo 966, inciso V prevê a possibilidade de rescindir a decisão quando essa de forma clara e indubitosa, violar norma jurídica.

Ora, partindo-se da ideia de que o precedente constitui norma jurídica, possibilitada estaria a ação rescisória. Essa observação se faz pertinente pois percebe-se toda uma preocupação do legislador em formatar um microsistema de precedentes coeso e funcional.

Permitir que uma ação seja rescindida com o argumento único de afrontar precedente de eficácia vinculante principalmente quando não originado no Supremo Tribunal Federal por muito tempo era algo inimaginável.

E mais, como é possível a superação do precedente de eficácia vinculante nada impede que a decisão objeto da rescisória que tenha por fundamento precedente de eficácia vinculante seja rescindida em razão da superação desse precedente.

⁶⁹ Nesse sentido: “Remédio por excelência para a anulação dos efeitos da sentença passada em julgado, a ação rescisória é de natureza constitutiva, uma vez que tem por fim extinguir a situação jurídica consubstanciada na decisão que se busca anular.” Consultar (MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000, p. 410).

6 CONCLUSÃO

A insegurança jurídica causada pelos juízes solipsistas é uma celeuma que a tempos aflige o Brasil. Com o fito de amenizar os devastadores efeitos do ativismo judicial os tribunais brasileiros de sobreposição, em especial o STF, buscaram criar mecanismos que uniformizassem a jurisprudência, evitando assim, a proliferação de decisões conflitantes de forma restaurar a confiança do povo brasileiro no Poder Judiciário.

No mesmo sentido o Poder Legislativo ainda sobre a égide do Código de Processo Civil de 1973, transformou em lei alguns dos entendimentos do Superior Tribunal Federal, alterando assim de forma sintomática o revogado Código de Processo Civil. Contudo, isso não bastou, por essas e outras razões o legislador brasileiro deu origem ao Código de Processo Civil de 2015.

O Novel Código, ampliou e perfectibilizou microssistema de precedentes, de forma a dar coesão aos meios uniformizadores da jurisprudência. O microssistema de precedentes, não engessa a liberdade de decisão do magistrado, que pode superar o precedente desde que fundamente que esse não é aplicável ao caso que lhe fora apresentado, ou que por outra razão merece ser superado.

Dentro da sistemática de um microssistema de precedentes o Superior Tribunal de Justiça exerce um papel fundamental na medida em que é o tribunal de sobreposição responsável por manter a integralidade do ordenamento jurídico brasileiro no que concerne a interpretação de leis e tratados internacionais.

Os novos contornos que o Código de Processo Civil deu ao microssistema de precedentes em especial com a inovação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e o Incidente de Assunção de Competência foram importantíssimos avanços no combate à insegurança jurídica.

O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas diminui o litígio pelo litígio em causa massificadas, e serve como meio de diminuir a demanda de julgamento do Superior Tribunal de Justiça sem a necessidade do uso das chamadas teses defensivas, as quais muitas vezes preterem a análise do mérito em decorrência de questões formais. Nesse ponto o referido incidente colabora não apenas para a formação de uma jurisprudência unificada, mas também para uma melhor prestação de serviço público por parte do Judiciário. O Poder Judiciário em especial os tribunais de sobreposição tendem a melhorar a qualidade de suas decisões na medida em que

a demanda diminui pois podem dedicar mais tempo e recursos a análise dos casos por eles examinados.

Além de que os precedentes de eficácia vinculante enquanto gênero possibilitam uma reação mais célere do poder público pois com base nesses precedentes o julgador pode a depender do caso, antecipar o julgamento da lide, ou deferir uma tutela provisória de evidência por exemplo.

O Incidente de Assunção de Competência por sua vez supre a lacuna do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, uma vez que prescinde a repetibilidade de casos. Tal incidente apesar de não se pautar em causa massificadas no mais das vezes produz efeitos de repercussão Nacional, uma vez que um dos seus requisitos é a repercussão social, ou seja, não é qualquer caso que será submetido ao crivo do Incidente de Assunção de Competência.

Tais inovações são importantes principalmente para o Superior Tribunal de Justiça, pois sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 o Supremo Tribunal Federal já era capaz de a partir de um caso de controle difuso produzir efeitos *erga omnes*, a partir da objetificação dos julgamentos que cumpriam o requisito da Repercussão Geral.

Ou seja, os novos incidentes do Código de Processo Civil não trouxeram grandes inovações de ordem prática do Supremo Tribunal Federal. Apenas alterou algumas questões formais na formação do precedente de eficácia vinculante. Eis a razão pela qual esse trabalho teve por foco Superior Tribunal de Justiça.

Na medida em que o Superior Tribunal de Justiça julga os precedentes de eficácia vinculante mais o país se aproxima do ideal de segurança jurídica tão sonhado e necessário para manter a economia e a sociedade estável.

Na medida em que os precedentes obrigatórios impedem que o juiz julgue ao seu bel prazer, sacando “princípios coringas” para fundamentar suas decisões. Ou seja, os precedentes obrigatórios da forma como estão dispostos no Código de Processo Civil de 2015, tem o condão de dar efetividade ao princípio da segurança jurídica brasileira, e conseqüentemente, restaurar a credibilidade dos jurisdicionados, inclusive dos investidores internacionais no Poder Judiciário Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.009**, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 605.709/SP**. Recurso Extraordinário manejado contra acórdão publicado em 31.8.2005. Insubmissão à sistemática da repercussão geral. Premissas distintas das verificadas em precedentes desta Suprema Corte, que abordaram garantia fidejussória em locação residencial. Caso concreto que envolve dívida decorrente de contrato de locação de imóvel comercial. Penhora de bem de família do fiador. Incompatibilidade com o direito à moradia e com o princípio da isonomia. Recorrente: Hermínio Cândido e outro (A/S). Recorrido: Francisco Demi Júnior e outro (A/S). Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de junho de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339527780&ext=.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., ref. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 19. ed., rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Novo CPC doutrina selecionada**. v. 6. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 14. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 14. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 29. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 17. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed., rev., e atual. São Paulo: Método, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil: comentado artigo por artigo**. 2.ed., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce et al. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 3, 50. ed., rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.