



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Odilon Romano Neto

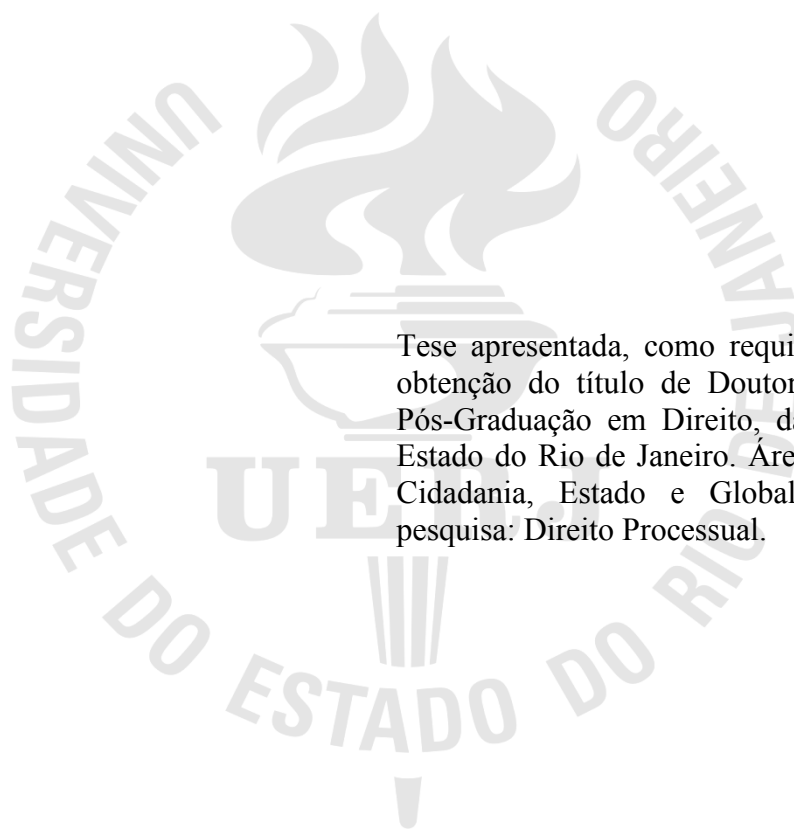
Modificações na jurisprudência e proteção da confiança

Rio de Janeiro

2016

Odilon Romano Neto

Modificações na jurisprudência e proteção da confiança



Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R759

Romano Neto, Odilon.

Modificações na jurisprudência e proteção da confiança / Odilon Romano Neto. - 2016.
576 f.

Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito – Jurisprudência - Teses. 2. Direito processual – Teses. 3. Poder judiciário – Teses. 4. Precedentes judiciais – Teses. I. Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340.132

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Odilon Romano Neto

Modificações na jurisprudência e proteção da confiança

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Aprovada em 01 de fevereiro de 2016

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Valter Shuenquener de Araújo

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Fernando Gama de Miranda Neto

Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida

Universidade Estácio de Sá

Rio de Janeiro

2016

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Odilon (*in memoriam*) e Norma, que incansavelmente empreenderam todos os esforços para a minha formação e cuja retidão e perseverança me servem de exemplo, como manifestação de meu amor e eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

É tarefa difícil enumerar todos aqueles a quem devemos agradecer ao cabo de um longo trabalho de pesquisa como o que se empreende ao cursar o Doutorado. Muitas são as pessoas que direta ou indiretamente contribuem em nossa trajetória, por vezes sem que tenhamos sequer consciência disso.

Não obstante, o registro de alguns agradecimentos é absolutamente necessário como forma de reconhecer as inúmeras contribuições ao presente trabalho.

Agradeço inicialmente a Deus, por haver me proporcionado saúde e determinação para não esmorecer em meu objetivo de desenvolver a pesquisa acadêmica com seriedade, buscando sempre o melhor resultado ao meu alcance.

Devo igualmente eternos agradecimentos a meus pais, por haverem sempre me fornecido todo o suporte afetivo, moral e material, para que eu pudesse me desenvolver enquanto pessoa.

Agradeço, ainda, aos Professores Valter Shuenquener de Araújo e Antonio do Passo Cabral, pelo estímulo inicial ao estudo do tema e relevantes indicações bibliográficas para o desenvolvimento da pesquisa.

Agradeço, também, ao Professor Leonardo Greco, que proporcionou a mim e a todos os alunos do Programa da Pós-Graduação na UERJ um ambiente acadêmico de ampla discussão de ideias, por meio do Grupo de Pesquisa Observatório das Reformas Processuais, pelas sempre bem ponderadas observações acerca do tema objeto de minha pesquisa, bem como pelo empréstimo de obras de difícil acesso indispensáveis ao seu desenvolvimento.

Aos meus amigos em Volta Redonda, Rio de Janeiro, São Paulo e Niterói, em especial Marcos Lisboa e Jane, Saulo Bastos e Dúnia, Lídice, Marcel Corrêa e Márcio, Adriana Cruz, Iorio, Marcius e Leonardo Zanini, obrigado pela amizade em todos os momentos!

Registro ainda meu sincero agradecimento a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a quem muito devo por tudo que aprendi e por haverem me ajudado a avançar na compreensão de temas de essencial importância ao desenvolvimento da pesquisa.

Agradeço, ainda e de forma especial, ao meu orientador, Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, por haver aceito me orientar, pelas inestimáveis contribuições ao longo da elaboração da tese, pelas inúmeras oportunidades que proporcionou para meu desenvolvimento acadêmico, por haver me indicado obras de fundamental relevância ao

desenvolvimento da pesquisa e, principalmente, por todo o apoio e estímulo ao longo do processo de elaboração da tese.

Aos meus colegas de Doutorado e do grupo de pesquisa Observatório das Reformas Processuais, em especial aos amigos Márcio Faria, José Aurélio, Erik Wolkart e Diogo de Almeida, que comigo compartilharam esta jornada e com os quais por muitas vezes travei discussões que me descortinaram novos horizontes de pesquisa, obrigado pela contribuição e pelo companheirismo!

Agradeço ainda, ciente de que muitas outras pessoas poderiam aqui ser mencionadas, aos servidores da Secretaria da Pós-Graduação, em especial à nossa querida Sônia, por toda a atenção, orientação e paciência.

RESUMO

ROMANO NETO, Odilon. *Modificações na jurisprudência e proteção da confiança*. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

As modificações na jurisprudência são fenômeno presente tanto nos países de *common law*, quanto nos de *civil law*, na medida em que decorrem da necessidade de evolução na compreensão do direito pelo Poder Judiciário, a fim de acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade. Não obstante, uma vez que o Poder Judiciário exerce contemporaneamente um importante papel na definição de pautas de conduta para a sociedade, nas quais agentes públicos e privados se baseiam para conduzir suas atividades, as modificações na jurisprudência têm o potencial de frustrar a confiança depositada pelos jurisdicionados na continuidade e na estabilidade dos entendimentos consolidados. Desta forma, faz-se necessário buscar meios de se alcançar um adequado equilíbrio entre a necessidade de evolução da jurisprudência, de um lado, e a proteção das expectativas legítimas originadas a partir da consolidação de entendimentos no Poder Judiciário, de outro, por meio da incidência do princípio da proteção da confiança. O presente estudo tem por finalidade, a partir da análise da doutrina e da jurisprudência relativas ao tema, apresentar uma proposta de sistematização dos atos jurisdicionais como base da confiança no direito brasileiro, de forma a conferir parâmetros seguros e objetivos para a incidência do princípio nas modificações na jurisprudência, bem como desenvolver análise crítica do tratamento atualmente conferido ao tema pelo direito positivo e pela jurisprudência nacionais, de forma a, de um lado, formular propostas de interpretação do direito vigente que permitam dele extrair uma máxima proteção às expectativas legítimas do jurisdicionados e, de outro lado, em especial a partir da análise de mecanismos utilizados no direito estrangeiro e da própria experiência brasileira, formular propostas para o aprimoramento no tratamento da matéria *de lege ferenda*.

Palavras-chave: Jurisprudência. Precedentes. Modificações na jurisprudência. Proteção da confiança. Mecanismos de proteção.

ABSTRACT

ROMANO NETO, Odilon. *Overruling and the doctrine of legitimate expectations*. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Overruling is a current phenomenon both in common and civil law countries, once it derives from the need of evolution in the comprehension of the law by the Judiciary, in order to follow the changes that occur in society. Nevertheless, since the Judiciary plays contemporarily an important role in the definition of conduct guidelines for the society, in which public and private agents are based to conduct their own activities, overrulings have the potential to frustrate legitimate expectations of those under jurisdiction on continuity and stability of consolidate understandings. Thus, it is necessary to seek ways of achieving a proper balance between the need of evolving case law, on the one hand, and the protection of legitimate expectations arising from consolidate understandings of the Judiciary, on the other hand, through the incidence of the doctrine of legitimate expectations. This study aims, through the analysis of doctrine and case law concerning to the topic, to propose a systematization of judicial acts as a basis of legitimate expectations in brazilian law, in order to define safe and objective parameters for the incidence of the doctrine in cases of overruling, as well as to develop a critical analysis of the treatment currently given to the issue by nacional enacted law and case law, in order to, on the one hand, formulate proposals of interpretation of the existing law that allow to extract a maximum protection to legitimate expectations of those under jurisdiction and, on the other hand, especially through the analysis of the mechanisms used in foreign law and the very brazilian experience, formulate proposals to improve the legal treatment of the issue *de lege ferenda*.

Keywords: Case law. Precedents. Overruling. Legitimate expectations. Instruments of protection.

RÉSUMÉ

ROMANO NETO, Odilon. *Reirements de jurisprudence et protection de la confiance*. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Les revirements de jurisprudence sont un phénomène présent dans les pays de *common law* e dans les pays de *civil law*, puisqu'ils découlent de la nécessité d'évolution dans la compréhension du droit par le pouvoir judiciaire, afin de suivre les changements qui se produisent dans la société. Néanmoins, puisque le pouvoir judiciaire joue contemporanément un rôle important dans la définition des règles de conduite pour la société, dans lesquelles agents publics e privés sont fondés à mener ses activités, les revirements de jurisprudence ont le potentiel de decevoir la confiance des demandeurs sur la continuité e la stabilité des compréhensions consolidés. Ainsi, il est nécessaire de rechercher les moyens pour obtenir un juste équilibre entre le besoin d'évolution de la jurisprudence, d'une part, et la protection des expectatives légitimes découlant à partir de la consolidation de compréhensions du pover judiciaire, d'autre part, par le incidence du principe de la protection de la confiance. Cette étude vise, après l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence concernantes le thème, à présenter une proposition de systématisation des actes judiciaires comme base de la confiance dans le droit brésilien, afin de donner des paramètres sûrs et objectifs pour l'incidence du principe dans les revirement de jurisprudence, aussi bien que à développer un'analyse critique du traitement actuellement donné au thème par le droit positif e par la jurisprudence nationaux, afin de, d'une part, formuler des proposition d'interprétation du droit en vigueur qui permettre d'extraire un maximum protection aux expectatives légitimes des demandeurs et, d'autre part, en particulier après l'analyse des mécanismes utilisés dans le droit étranger et de l'expérience brésilienne, formuler des proposition pour le perfectionnement du traitement de la matière *de lege ferenda*.

Mots-clé: Jurisprudence. Precedents. Revirement de jurisprudence. Protection de la confiance.

Instruments pour la protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|----------|--|
| ADI | Ação direta de inconstitucionalidade |
| BVerfGG | <i>Bundesverfassungsgerichtsgesetz</i> |
| CADE | Conselho Administrativo de Defesa Econômica |
| CJUE | Corte de Justiça da União Europeia |
| CLT | Consolidação das Leis do Trabalho |
| CPC/61 | Código de Processo Civil português de 1961 |
| CPC/2013 | Código de Processo Civil português de 2013 |
| CPC/2015 | Código de Processo Civil brasileiro de 2015 |
| CPC/39 | Código de Processo Civil brasileiro de 1939 |
| CPC/73 | Código de Processo Civil brasileiro de 1973 |
| CRFB/88 | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| HC | <i>Habeas corpus</i> |
| MPE | Ministério Público Eleitoral |
| MS | Mandado de segurança |
| RAEM | Região Administrativa Especial de Macau |
| RE | recurso extraordinário |
| REsp | recurso especial |
| RISTF | Regimento interno do Supremo Tribunal Federal |
| RISTJ | Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| STM | Superior Tribunal Militar |
| TSE | Tribunal Superior Eleitoral |
| TST | Tribunal Superior do Trabalho |
| VwVfG | <i>Verwaltungsverfahrensgesetz</i> |
| ZPO | <i>Zivilprozessordnung</i> |

SUMÁRIO

| | | |
|---------|--|-----|
| | INTRODUÇÃO..... | 19 |
| 1 | PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA..... | 25 |
| 1.1 | Definição do princípio da proteção da confiança..... | 27 |
| 1.2 | Abrangência do princípio da proteção da confiança..... | 30 |
| 1.2.1 | Abrangência do princípio da proteção da confiança sob uma perspectiva objetiva..... | 30 |
| 1.2.2 | <u>Abrangência do princípio da proteção da confiança sob uma perspectiva subjetiva.....</u> | 32 |
| 1.3 | Esboço histórico no direito estrangeiro..... | 34 |
| 1.4 | Fundamentos do princípio da proteção da confiança..... | 42 |
| 1.5 | Requisitos para a aplicação do princípio da proteção da confiança..... | 47 |
| 1.6 | Críticas ao princípio da proteção da confiança..... | 55 |
| 1.7 | Mecanismos de proteção da confiança..... | 58 |
| 1.7.1 | <u>A proteção procedimental da confiança.....</u> | 58 |
| 1.7.2 | <u>A proteção substancial da confiança.....</u> | 61 |
| 1.8 | A incorporação da proteção da confiança ao direito positivo e à jurisprudência nacionais..... | 64 |
| 2 | O PAPEL CONTEMPORÂNEO DAS DECISÕES JUDICIAIS..... | 70 |
| 2.1 | Considerações iniciais..... | 70 |
| 2.2 | A decisão judicial como atividade de criação do direito..... | 71 |
| 2.3 | Definição de direito jurisprudencial..... | 85 |
| 2.4 | O plano do precedente e o plano da jurisprudência..... | 88 |
| 2.5 | Precedentes..... | 89 |
| 2.5.1 | <u>Definição de precedente</u> | 89 |
| 2.5.2 | <u>Classificação dos precedentes.....</u> | 96 |
| 2.5.2.1 | Os precedentes quanto ao seu conteúdo..... | 97 |
| 2.5.2.2 | Os precedentes quanto à sua eficácia..... | 99 |
| 2.5.2.3 | Os precedentes quanto à sua posição na organização judiciária..... | 103 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 2.6 | Jurisprudência | 105 |
| 2.6.1 | <u>Origens históricas da jurisprudência</u> | 105 |
| 2.6.2 | <u>Conceito contemporâneo de jurisprudência</u> | 107 |
| 2.7 | Distinção entre jurisprudência e precedente | 111 |
| 2.8 | O papel das decisões judiciais nos sistemas jurídicos contemporâneos | 113 |
| 2.8.1 | <u>As decisões judiciais e a argumentação judicial</u> | 114 |
| 2.8.2 | <u>As decisões judiciais, a definição de pautas de conduta social e a previsibilidade jurídica</u> | 117 |
| 2.8.3 | <u>As decisões judiciais e a inovação jurídica</u> | 120 |
| 2.8.4 | <u>As decisões judiciais e a igualdade perante o direito</u> | 123 |
| 2.9 | Interpretação das decisões judiciais | 127 |
| 3 | PRECEDENTES E JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO | 134 |
| 3.1 | Os precedentes na família do <i>common law</i> | 134 |
| 3.1.1 | <u>O <i>common law</i> inglês</u> | 136 |
| 3.1.2 | <u>O <i>common law</i> nos Estados Unidos</u> | 140 |
| 3.1.3 | <u>A distinção entre <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> nos sistemas de <i>common law</i></u> | 144 |
| 3.2 | Os precedentes e a jurisprudência na família do <i>civil law</i> | 148 |
| 3.2.1 | <u>Os precedentes e a jurisprudência no direito português</u> | 151 |
| 3.2.2 | <u>Os precedentes e a jurisprudência no direito francês</u> | 157 |
| 3.2.3 | <u>Os precedentes e a jurisprudência no direito alemão</u> | 160 |
| 3.2.4 | <u>Os precedentes e a jurisprudência no direito italiano</u> | 164 |
| 4 | O DIREITO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL | 169 |
| 4.1 | Considerações iniciais | 169 |
| 4.2 | Precedentes no direito brasileiro | 175 |
| 4.2.1 | <u>A eficácia dos precedentes no direito brasileiro</u> | 180 |
| 4.2.1.1 | O papel dos tribunais superiores no Brasil..... | 182 |
| 4.2.1.2 | Constitucionalidade da atribuição de efeitos vinculantes por lei ordinária sem expressa previsão constitucional..... | 187 |
| 4.2.1.3 | Precedentes vinculantes em sentido forte no direito brasileiro..... | 194 |

| | | |
|-------------|--|-----|
| 4.2.1.3.1 | Precedentes oriundos do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF..... | 196 |
| 4.2.1.3.2 | Precedentes oriundos do controle difuso de constitucionalidade exercido pelo plenário do STF..... | 200 |
| 4.2.1.3.2.1 | Breves considerações acerca do requisito da repercussão geral..... | 206 |
| 4.2.1.3.3 | Julgamento de recurso especial ou extraordinário em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas..... | 213 |
| 4.2.1.3.4 | Julgamento no STJ segundo a sistemática dos recursos especiais repetitivos..... | 218 |
| 4.2.1.3.5 | Julgamento no TST segundo a sistemática dos recursos de revista repetitivos..... | 222 |
| 4.2.1.4 | Precedentes vinculantes em sentido frágil no direito brasileiro..... | 224 |
| 4.2.1.4.1 | Julgamento em sede de embargos de divergência pelo STJ e pelo TST, relativos a acórdãos proferidos em recurso especial e de revista..... | 227 |
| 4.2.1.4.2 | Julgamento em sede de incidente de assunção de competência pelos tribunais superiores..... | 230 |
| 4.2.1.5 | Precedentes persuasivos no direito brasileiro..... | 234 |
| 4.2.2 | <u>A ratio decidendi no direito brasileiro</u> | 236 |
| 4.3 | Súmulas no direito brasileiro | 238 |
| 4.3.1 | <u>Súmulas persuasivas</u> | 242 |
| 4.3.2 | <u>Súmulas vinculantes</u> | 244 |
| 4.3.3 | <u>Interpretação e aplicação das súmulas</u> | 250 |
| 4.4 | A jurisprudência no direito brasileiro | 251 |
| 4.4.1 | <u>Jurisprudência dominante, predominante e pacífica</u> | 253 |
| 4.4.2 | <u>Mecanismos de uniformização de jurisprudência</u> | 256 |
| 4.4.2.1 | Incidente de uniformização de jurisprudência..... | 257 |
| 4.4.2.1.1 | Antecedente legislativo: o prejudgado..... | 259 |
| 4.4.2.1.2 | O prejudgado trabalhista..... | 261 |
| 4.4.2.1.3 | O prejudgado eleitoral..... | 263 |
| 4.4.2.1.4 | O incidente de uniformização de jurisprudência..... | 265 |
| 4.4.2.2 | Composição de divergência..... | 267 |
| 4.4.2.3 | Recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial..... | 270 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 4.4.2.3.1 | Recurso especial eleitoral fundado em dissídio jurisprudencial..... | 273 |
| 4.4.2.4 | Recurso de revista..... | 274 |
| 4.4.2.4.1 | A revista trabalhista fundada em dissídio jurisprudencial..... | 275 |
| 4.4.2.5 | Pedido de uniformização no microsistema dos juizados especiais. | 277 |
| 4.4.2.6 | Breves considerações acerca de outros mecanismos de uniformização de jurisprudência..... | 281 |
| 4.5 | Considerações finais | 283 |
| 5 | OS ATOS JURISDICIONAIS COMO BASE DA CONFIANÇA | 285 |
| 5.1 | Considerações iniciais | 285 |
| 5.2 | Definição de base da confiança a partir dos critérios propostos por Humberto Ávila | 286 |
| 5.3 | Os atos jurisdicionais como base da confiança | 291 |
| 5.3.1 | <u>Panorama doutrinário no direito estrangeiro</u> | 292 |
| 5.3.2 | <u>Compreensão do tema no direito comunitário europeu</u> | 296 |
| 5.3.3 | <u>Panorama doutrinário no direito brasileiro</u> | 300 |
| 5.4 | Identificação das hipóteses em que um ato jurisdicional pode ser qualificado como base da confiança no direito brasileiro | 302 |
| 5.4.1 | <u>Exposição geral dos critérios adotados para a sistematização dos atos jurisdicionais como base da confiança no direito brasileiro</u> | 304 |
| 5.4.2 | <u>Crítica à transposição dos limites subjetivos à incidência do princípio da proteção da confiança do direito material para o âmbito das modificações na jurisprudência</u> | 307 |
| 5.4.3 | <u>Proposta de sistematização dos atos jurisdicionais como base da confiança no direito brasileiro</u> | 312 |
| 5.4.3.1 | Precedentes oriundos do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF..... | 313 |
| 5.4.3.2 | Precedentes oriundos do controle difuso de constitucionalidade exercido pelo plenário do STF..... | 314 |
| 5.4.3.3 | Precedentes uniformizadores de jurisprudência..... | 316 |
| 5.4.3.3.1 | Acórdãos oriundos de recursos extraordinários, especiais e de revista julgados sob a sistemática dos recursos repetitivos..... | 317 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 5.4.3.3.2 | Acórdãos oriundos de recursos extraordinário ou especial em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas..... | 320 |
| 5.4.3.3.3 | Acórdãos oriundos de embargos de divergência e de incidentes de assunção de competência nos tribunais superiores..... | 321 |
| 5.4.3.4 | Súmulas do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores..... | 322 |
| 5.4.3.5 | Jurisprudência pacífica dos tribunais superiores..... | 324 |
| 5.4.3.6 | Breves considerações acerca da exclusão dos entendimentos jurisprudenciais consolidados em âmbito regional ou local do rol de atos jurisdicionais qualificáveis como base da confiança..... | 327 |
| 5.4.3.7 | Crítica à sistematização dos atos jurisdicionais como base da confiança no CPC/2015..... | 330 |
| 5.5 | A importância dos mecanismos de divulgação da jurisprudência..... | 335 |
| 5.6 | Dificuldades para a caracterização dos atos jurisdicionais como base da confiança no direito brasileiro..... | 339 |
| 5.6.1 | <u>Falhas na elaboração de ementas e a cultura de simples confrontação de ementas.....</u> | 340 |
| 5.6.2 | <u>Desvinculação entre os enunciados de súmula e os julgados que lhes deram origem.....</u> | 341 |
| 5.6.3 | <u>Reduzido compromisso com a continuidade da jurisprudência.....</u> | 347 |
| 5.6.4 | <u>Reduzida consciência da importância das decisões judiciais enquanto orientadoras da conduta social.....</u> | 352 |
| 6 | MODIFICAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA..... | 356 |
| 6.1 | Considerações iniciais..... | 356 |
| 6.2 | Delimitação conceitual das modificações na jurisprudência..... | 357 |
| 6.2.1 | <u>Desnecessidade do trânsito em julgado para a caracterização de uma modificação na jurisprudência.....</u> | 363 |
| 6.3 | Causas de uma modificação na jurisprudência..... | 368 |
| 6.4 | Classificação das modificações na jurisprudência..... | 376 |
| 6.5 | Modificação na jurisprudência como ato violador da confiança..... | 381 |
| 6.6 | Os requisitos para a modificação na jurisprudência..... | 382 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 6.7 | Modificações na jurisprudência e argumentação judicial..... | 384 |
| 6.8 | Os fenômenos do <i>overruling</i> e do <i>overriding</i> nos países da família do <i>common law</i> e do <i>revirement</i> nos países da família do <i>civil law</i>..... | 389 |
| 6.9 | A técnica do <i>distinguishing</i> ou distinção..... | 393 |
| 6.10 | A técnica da <i>transformation</i> ou transformação..... | 398 |
| 6.11 | A técnica de elaboração de distinções inconsistentes..... | 400 |
| 6.12 | A técnica do <i>anticipatory overruling</i> ou superação antecipada.. | 403 |
| 6.13 | Tratamento legislativo das modificações na jurisprudência no Brasil..... | 406 |
| 6.13.1 | <u>Considerações iniciais.....</u> | 406 |
| 6.13.2 | <u>Procedimentos especiais de modificação na jurisprudência.....</u> | 409 |
| 6.13.2.1 | Modificação de enunciados de súmula vinculante..... | 410 |
| 6.13.2.2 | Revisão de tese quanto à inexistência de repercussão geral..... | 413 |
| 6.13.2.3 | Revisão de tese em incidente de resolução de demandas repetitivas..... | 416 |
| 6.13.2.4 | Revisão de tese em incidente de assunção de competência..... | 418 |
| 6.13.2.5 | Revisão de tese em recursos de revista repetitivos..... | 419 |
| 6.13.3 | <u>Procedimento geral de modificação na jurisprudência.....</u> | 421 |
| 7 | A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NAS MODIFICAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO..... | 423 |
| 7.1 | Considerações iniciais..... | 423 |
| 7.2 | Técnicas de proteção substancial da confiança..... | 424 |
| 7.2.1 | <u>A técnica do <i>prospective overruling</i>.....</u> | 425 |
| 7.2.1.1 | Evolução histórica nos Estados Unidos..... | 428 |
| 7.2.1.2 | Modalidades de <i>prospective overruling</i> | 432 |
| 7.2.1.2.1 | <i>Oprospective prospective overruling</i> | 433 |
| 7.2.1.2.2 | O <i>pure prospective overruling</i> | 434 |
| 7.2.1.2.3 | O <i>regular</i> ou <i>selective prospective overruling</i> | 435 |
| 7.2.1.3 | Críticas à técnica do <i>prospective overruling</i> | 437 |
| 7.2.1.4 | A modulação temporal nas modificações na jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia..... | 439 |
| 7.2.2 | <u>A técnica dos julgamentos-alerta (<i>Warnurteile</i>).....</u> | 442 |

| | | |
|-----------|--|-----|
| 7.2.3 | <u>A técnica do <i>signaling</i> ou sinalização.....</u> | 446 |
| 7.3 | Técnicas de proteção procedimental da confiança..... | 449 |
| 7.3.1 | <u>A reserva de plenário ou a exigência de especial quorum de deliberação.....</u> | 449 |
| 7.3.2 | <u>Ampliação do contraditório.....</u> | 453 |
| 7.3.3 | <u>Modelo de julgamento e divulgação de votos dissidentes.....</u> | 456 |
| 8 | A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NAS MODIFICAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO..... | 460 |
| 8.1 | Considerações iniciais..... | 460 |
| 8.2 | Visão panorâmica da doutrina nacional..... | 460 |
| 8.3 | Observações extraídas da casuística da utilização dos mecanismos de proteção da confiança nas modificações na jurisprudência..... | 463 |
| 8.4 | Mecanismos de proteção substancial empregados no direito brasileiro..... | 470 |
| 8.4.1 | <u>A modulação temporal dos efeitos de decisões que modificam a jurisprudência.....</u> | 470 |
| 8.4.1.1 | Os efeitos das decisões judiciais no tempo..... | 471 |
| 8.4.1.2 | A modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade..... | 473 |
| 8.4.1.2.1 | A modulação temporal na edição de súmulas vinculantes..... | 478 |
| 8.4.1.3 | A modulação temporal dos efeitos das modificações na jurisprudência..... | 480 |
| 8.4.1.3.1 | Abordagem da técnica na prática dos tribunais brasileiros..... | 487 |
| 8.4.1.3.2 | Previsão da técnica no direito positivo..... | 493 |
| 8.4.2 | <u>A fixação de regras de transição para a aplicação do novo entendimento.....</u> | 498 |
| 8.5 | Mecanismos de proteção procedimental empregados no direito brasileiro..... | 502 |
| 8.5.1 | <u>A realização de audiências públicas.....</u> | 503 |
| 8.5.2 | <u>A participação de <i>amici curiae</i>.....</u> | 509 |
| 8.6 | Propostas para o aperfeiçoamento do tratamento legislativo das modificações na jurisprudência no direito brasileiro..... | 516 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 8.6.1 | <u>Adequada sistematização dos mecanismos de proteção da confiança aplicáveis às modificações na jurisprudência</u> | 516 |
| 8.6.2 | <u>Introdução de disposição específica vedando o afastamento, por órgãos fracionários de menor amplitude ou por decisões monocráticas, de entendimentos consolidados em atos jurisdicionais qualificáveis como base da confiança</u> | 518 |
| 8.6.3 | <u>Ampliação do contraditório</u> | 521 |
| 8.6.4 | <u>Ampliação da técnica da modulação de efeitos</u> | 523 |
| 8.6.5 | <u>Síntese das propostas e sugestão de regramento das modificações na jurisprudência a partir das propostas apresentadas</u> | 526 |
| | CONCLUSÃO | 530 |
| | REFERÊNCIAS | 553 |

INTRODUÇÃO

No atual estágio de evolução da ciência jurídica não se mostra adequada uma concepção positivista da função jurisdicional, segundo a qual a atividade do juiz se limitaria a revelar um sentido único e correto da lei. A clássica imagem do juiz "boca da lei", elaborada por Montesquieu para representar um juiz cuja atuação, própria de um ser inanimado, estaria limitada à mecânica aplicação da lei, cuja interpretação lhe seria até mesmo vedada, não subsistiu à constatação de que as leis humanas não são dotadas do mesmo grau de precisão das leis naturais, exigindo-se em relação às primeiras o desempenho de uma atividade interpretativa, para construção do seu sentido e consequente aplicação aos casos concretos.

A inadequação dessa clássica concepção da função jurisdicional se tornou ainda mais acentuada com o constitucionalismo moderno, na medida em que se reconheceu ao Judiciário o poder de aferir a compatibilidade da lei em relação à Constituição, do que resulta a inevitável necessidade de interpretá-la, a fim de definir-lhe um sentido compatível com a Constituição ou, em não sendo isto possível, afastar sua aplicação.

De outra parte, a crescente complexidade das relações humanas nas sociedades contemporâneas tem conduzido o legislador à utilização de fórmulas cada vez mais abertas, servindo-se de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, cuja densificação deve ser realizada pelo juiz, igualmente à luz da Constituição.

Em um contexto como o que ora se apresenta, é cada vez mais recorrente na doutrina a afirmação de que a atividade normativa do Estado não tem na lei o seu produto final, mas que, ao contrário, a atividade jurisdicional, por meio do labor interpretativo dos textos legais, dá concretude e significado final à obra do legislador.

Assim vistas as coisas, a atividade jurisdicional passa a ser concebida não mais como simples atividade de resolução dos conflitos apresentados pelas partes, para os quais provê uma resposta nos limites da relação jurídica decidida. Ao lado desta tradicional função, o Judiciário assume contemporaneamente o papel de definir pautas de conduta para a sociedade, indicando o sentido do direito elaborado pelo legislador, tarefa desempenhada por todos os

seus órgãos, mas que tem nos tribunais superiores sua expressão máxima, na medida que a estes a Constituição atribuiu a missão de dar a última palavra quanto ao significado do direito.

Dessa forma, os ideais de segurança e isonomia, antes projetados unicamente na lei, passam a ser compartilhados também pelo produto da atividade jurisdicional, as decisões judiciais, das quais se espera, em especial quando qualificadas como precedentes ou jurisprudência, a necessária estabilidade, a fim de que as atividades em sociedade possam ser devidamente planejadas em um ambiente juridicamente previsível.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a estabilidade dos entendimentos jurisdicionais consolidados tem se revelado um objetivo comum a todos os sistemas jurídicos, tanto de *common law*, quanto de *civil law*, verificando-se neles uma preocupação em se desenvolver mecanismos aptos à alcançá-lo, realidade da qual não se afasta o direito brasileiro, que desde sua origem, com a incorporação do instituto português dos *assentos*, já buscava eliminar divergências na jurisprudência e imprimir-lhe alguma estabilidade.

Entre nós, esse ideal de segurança e estabilidade nas decisões judiciais, em especial dos tribunais superiores, vem sendo amplamente reconhecido pela doutrina nacional, refletindo-se em uma tendência de crescente fortalecimento do papel não apenas da jurisprudência, mas também dos precedentes e dos enunciados de súmula, a ponto de haver o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) consagrado em seu artigo 926 que os tribunais têm o dever de *uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*.

Contudo, se por um lado o planejamento da vida em sociedade exige uma estabilidade na jurisprudência, sendo este um valor a ser prestigiado, por outro lado reconhece-se que os precedentes e a jurisprudência, assim como a lei, não são imutáveis, devendo evoluir para acompanhar as mudanças ocorridas na própria sociedade. Desta forma, as *modificações na jurisprudência* são um fenômeno também inerente a todos os sistemas jurídicos, tanto de *common law*, quanto de *civil law*.

O grande desafio apresentado aos sistemas jurídicos contemporâneos é encontrar um adequado equilíbrio entre a necessidade natural de evolução da jurisprudência e o respeito às legítimas expectativas depositadas na continuidade de entendimentos consolidados, em especial pelos tribunais superiores. Uma vez pacificada uma determinada questão jurídica no

Judiciário, surge naturalmente a expectativa, para todos os jurisdicionados em situação similar, de ver aplicado ao seu próprio caso o entendimento consolidado, revelando-se, nesse sentido, a *modificação na jurisprudência* um fenômeno que frustra tal expectativa.

Amplia-se, assim, a percepção de que as modificações na jurisprudência, embora inevitáveis, devem se submeter ao princípio da proteção da confiança, a fim de que não sejam frustradas as expectativas legítimas dos jurisdicionados, surgidas a partir da consolidação de um entendimento no Judiciário. Tem sido defendido, nessa linha, que o princípio da proteção da confiança, embora desenvolvido no âmbito de relações de direito material, sobretudo no direito administrativo e no direito tributário, é igualmente aplicável às relações jurídico-processuais, em especial às modificações na jurisprudência.

No entanto, essa constatação, sob uma perspectiva geral, de que os atos jurisdicionais podem constituir base da confiança e ensejar, nas hipóteses em que ocorra a sua modificação, a aplicação do princípio da proteção da confiança, necessita de maior concretude e densidade para encontrar uma operacionalidade prática e afastar possíveis excessos, em especial no momento atual, em que o parágrafo quarto do artigo 927 do CPC/2015 expressamente acolhe a incidência do princípio da proteção da confiança nas modificações na jurisprudência.

Neste sentido, o primeiro objetivo da tese é analisar o contexto ora apresentado, com o fim de discutir em que medida os atos jurisdicionais podem ser considerados *base da confiança* e, em especial, avançar para além de uma proposição geral, na tentativa de delimitar quais atos jurisdicionais podem, no direito brasileiro, à luz de nossa cultura jurídica e de nosso ordenamento jurídico, ser considerados *base da confiança*, ensejando, quando de sua modificação, a incidência do princípio da proteção da confiança.

Para alcançar tal objetivo, no primeiro capítulo será empreendida análise do princípio da proteção da confiança, em especial no que diz respeito à sua abrangência sob uma perspectiva objetiva e subjetiva, a fim de delimitar seu alcance e, ainda, definir quais os requisitos necessários à sua concreta incidência, passando, por fim, à especificação dos mecanismos de proteção procedimental e substancial da confiança por meio dos quais se manifesta, lançando, assim, algumas das premissas teóricas sobre as quais se desenvolverá o estudo da aplicação do princípio da proteção da confiança às modificações na jurisprudência.

Também se mostra necessário, para alcançar este primeiro objetivo e para o desenvolvimento dos demais temas a serem discutidos no trabalho, que se desenvolva um estudo acerca do papel desempenhado pelas decisões judiciais nos sistemas jurídicos contemporâneos, análise a ser realizada no segundo, no terceiro e no quarto capítulos.

No segundo capítulo será feita uma abordagem do papel contemporâneo das decisões judiciais sob uma perspectiva geral, em que serão levados em consideração os dois planos (plano do precedente e plano da jurisprudência) em que o direito jurisprudencial se desenvolve na atualidade na generalidade dos sistemas jurídicos, a fim de estabelecer os papéis atuais por elas desempenhados, em especial no que diz respeito à definição de pautas de conduta para a sociedade e à implementação de uma igualdade perante o direito.

Essa abordagem geral será complementada, no terceiro capítulo, pela análise do direito jurisprudencial praticado em alguns sistemas jurídicos de *common law* (Inglaterra e Estados Unidos) e de *civil law* (Portugal, França, Alemanha e Itália) especificamente considerados.

Por fim, adotando como premissa que a concreta definição dos atos jurisdicionais qualificáveis como base da confiança em um dado sistema jurídico não pode ser feita sem uma análise prévia do direito jurisprudencial praticado neste mesmo sistema, à luz de sua cultura jurídica e de seu ordenamento jurídico, o quarto capítulo será dedicado ao estudo do direito jurisprudencial praticado no Brasil, nos três planos em que este vem se desenvolvendo: o plano dos precedentes, o plano das súmulas e o plano da jurisprudência.

Neste quarto capítulo, portanto, pretende-se assentar as principais premissas teóricas necessárias ao desenvolvimento do tema da proteção da confiança aplicada às modificações na jurisprudência no direito brasileiro, eis que se buscará analisar questões de essencial relevância, tais como o papel atualmente desempenhado pelos tribunais superiores no Brasil, a tipologia dos precedentes no direito brasileiro quanto à sua eficácia, o fenômeno dos enunciados de súmula, típicos da cultura jurídica brasileira, bem como os principais mecanismos de uniformização de jurisprudência entre nós desenvolvidos. Pretende-se, com as considerações realizadas neste capítulo, apresentar um quadro fiel do direito jurisprudencial praticado no Brasil, sobre ele desenvolvendo a necessária crítica.

Essa análise do papel das decisões judiciais em três etapas (abordagem geral, no direito estrangeiro e no direito brasileiro), aliada às considerações realizadas no primeiro capítulo acerca do princípio da proteção da confiança, permitirá que, no quinto capítulo, seja desenvolvida discussão acerca da caracterização dos atos jurisdicionais como base da confiança, bem como se elabore proposta para a concreta definição de quais atos jurisdicionais devem ser considerados base da confiança no direito brasileiro.

Essa definição servirá de parâmetro para a análise e crítica ao tratamento legislativo conferido às modificações na jurisprudência no direito brasileiro, em especial no CPC/2015, que representou um grande avanço ao disciplinar a matéria e introduzir variados mecanismos de proteção procedimental e substancial da confiança nas modificações na jurisprudência.

Constitui, portanto, um segundo objetivo da tese analisar o tratamento legislativo das modificações na jurisprudência no direito brasileiro, inclusive no CPC/2015, de forma a, de um lado, apresentar algumas propostas voltadas à interpretação e à aplicação do regramento atual, a partir das premissas lançadas nos capítulos precedentes e, de outro lado, apresentar propostas com as quais se espera contribuir, *de lege ferenda*, para um aprimoramento ainda maior no tratamento legislativo da matéria.

Para tal fim, será desenvolvido, ainda no capítulo quinto, um confronto entre a proposta de qualificação de atos jurisdicionais como base da confiança apresentada neste trabalho e aquela incorporada ao CPC/2015, seguindo-se então um estudo acerca do fenômeno das *modificações na jurisprudência*, do que se ocupará no sexto capítulo, com a finalidade de contribuir para a sua compreensão, delimitando-o conceitualmente, estabelecendo os requisitos para a sua implementação, analisando sua abordagem no direito estrangeiro e, principalmente, abordando seu tratamento legislativo no direito brasileiro.

Complementando tal análise, no sétimo capítulo se buscará identificar os principais mecanismos de proteção substancial da confiança utilizados no direito estrangeiro, tais como as técnicas da superação prospectiva (*prospective overruling*), da sinalização e dos julgamentos-alerta, assim como aqueles voltados à sua proteção procedimental, tais como os direcionados à ampliação do contraditório nas modificações na jurisprudência, à limitação à sua modificação e ao próprio modelo de julgamento adotado, sempre desenvolvendo sobre tais mecanismos uma crítica quanto à adequação de sua utilização no direito brasileiro.

Desta análise se pretende colher subsídios que permitam, no oitavo capítulo, analisar de maneira mais detida o tratamento dispensado pelo direito positivo brasileiro e pela jurisprudência dos tribunais brasileiros às modificações na jurisprudência e, em especial, aos mecanismos de proteção da confiança aplicáveis para minimizar os efeitos negativos delas decorrentes, apresentando ao final algumas propostas com as quais se pretende contribuir para discussões que, *de lege ferenda*, possam conduzir ao seu aprimoramento.

1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Ao se tratar da *proteção da confiança*, destaca-se inicialmente que a confiança, antes de um fenômeno jurídico, é um fenômeno social presente nas relações humanas, qualificando-se como "uma sólida esperança em uma pessoa, uma coisa ou um comportamento", em relação aos quais o sujeito que confia projeta sentimentos de *segurança e estabilidade*.¹

A confiança é, portanto, um elemento essencial no convívio social,² na medida em que a partir dela se estrutura um ambiente de estabilidade e previsibilidade, dentro do qual indivíduos e empresas podem planejar o futuro e contribuir para o desenvolvimento social e econômico do país. Como bem anotou Canotilho, "o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida".³

Esse aspecto extrajurídico da *confiança* não é ignorado pela doutrina nacional, que destaca sua importância na construção das relações sociais, permitindo que pessoas e empresas supram as incertezas, ampliando, com isto, suas possibilidades de atuação.⁴ O próprio funcionamento do Estado depende, em alguma medida, de um ambiente de segurança e previsibilidade adequados à planificação de suas atividades.⁵

Servindo-se das apropriadas expressões de Misabel Derzi⁶ e de Valter Shuenquener de Araújo,⁷ lastreadas no pensamento de Niklas Luhmann, pode-se afirmar que as relações

¹ BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Kehl: N.P. Engel Verlag, 1988, p.1. No original: "Aber nicht nur in der Rechtswissenschaft spielt das Phänomen des Vertrauens eine Rolle, sondern es ist darüber hinaus auch Gegenstand anderer wissenschaftlicher Disziplinen, wie etwa der Psychologie, der Soziologie oder der Ethik. Dies erklärt sich daraus, daß es sich beim Vertrauen zunächst um eine tief menschliche Tatsache handelt, um eine feste Hoffnung auf eine Person, eine Sache oder ein Verhalten, um eine Zuversicht auf Sicherheit und Beständigkeit".

²*Ibidem*, p. 1.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 15. reimpr. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 257 (itálico no original).

⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009, pp. 11/13. Do autor, também abordando sociologicamente a confiança, cf. *Idem*. O princípio da proteção da confiança e a tutela dos direitos humanos: A anistia aos ilícitos do período da ditadura militar. In: TORRES, Ricardo Lobo; BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. *Estudos de direito público e filosofia do direito: um diálogo entre Brasil e Alemanha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 336/344.

⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 160/161.

⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 316.

⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 11/12.

sociais se desenvolvem no tempo presente em um ambiente caracterizado pela *extrema mobilidade do mundo* e pela *alta complexidade das sociedades de risco*, de modo que a confiança se presta justamente à *diminuição dessa complexidade*, reduzindo a níveis toleráveis a incerteza presente nas relações sociais.⁸

É precisamente o exacerbamento da complexidade social, econômica e jurídica que impõe, nas sociedades contemporâneas, a valorização da confiança enquanto elemento capaz de tornar mais simples os processos de decisão, mediante redução da quantidade de alternativas possíveis diante de uma determinada questão a ser decidida, tornando, assim, mais previsíveis as consequências dela decorrentes.⁹

Esse relevante papel desempenhado pela confiança no desenvolvimento das relações humanas acabou por se refletir na seara jurídica, levando, de um lado, o Judiciário, com o apoio da doutrina, a outorgar-lhe, em diferentes países, algum nível de proteção e, de outro, resultando na incorporação, pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de mecanismos voltados à sua tutela, do ponto de vista procedimental e também substancial.

É sob esta última perspectiva, da proteção jurídica outorgada à *confiança* ou à *confiança legítima*, que o fenômeno revela interesse para o desenvolvimento do presente estudo, na medida em que as modificações na jurisprudência, se não realizadas com a devida cautela, podem frustrar a confiança depositada pelos jurisdicionados e pela sociedade em geral na estabilidade e na continuidade da interpretação do direito, com sérias consequências para a segurança das relações jurídicas e descrédito para o Poder Judiciário.

Dessa forma, passa-se a analisar alguns aspectos que, sob a perspectiva da pesquisa aqui desenvolvida, afiguram-se de maior relevância à compreensão do princípio da proteção da confiança, a fim de se lançarem as premissas teóricas que nortearão a discussão acerca de sua incidência no contexto das modificações na jurisprudência.

⁸ Também analisando a proteção da confiança com apoio em Luhman cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 129/131; QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança: a justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 83 e 163/165; FACCI, Lucio Picanço. *Administração pública e segurança jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, pp. 32/35.

⁹ QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 22/25.

1.1. Definição do princípio da proteção da confiança

A relação entre os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica é muito próxima, de forma que a doutrina normalmente considera a proteção da confiança uma particular manifestação do princípio da segurança jurídica, ou uma *dimensão específica da segurança jurídica*,¹⁰ relacionando a segurança jurídica a aspectos objetivos da *estabilidade das relações jurídicas*, notadamente no que diz respeito aos limites à retroatividade dos atos estatais,¹¹ ao passo que a proteção da confiança estaria relacionada a aspectos subjetivos, em especial em relação à calculabilidade e à previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos dos atos praticados em sociedade, frente às alterações de comportamentos do poder público.¹²

Essa associação entre confiança legítima e previsibilidade se projeta nas definições encontradas na doutrina, que buscam evidenciar os aspectos subjetivos da segurança jurídica, em especial as expectativas legítimas depositadas na continuidade e na estabilidade na atuação estatal, de forma a viabilizar um adequado planejamento.

Assim, a partir das lições de Steffen Detterbeck, é possível definir o princípio da proteção da confiança como uma *vedação à atuação estatal que, embora amparada por disposições legais, decepcione a confiança depositada pelos cidadãos na continuidade da atuação do Estado, e que seja, num juízo de ponderação, digna de maior proteção do que os interesses da Administração*.¹³ Em outras palavras, a proteção da confiança é um princípio

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 257.

¹¹ A segurança jurídica englobaria, assim, a proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, que entre nós são expressamente protegidos pela Constituição da República, no artigo 5º, inciso XXXVI. (SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção da confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 237. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., jul./set. 2004, pp. 273/274). Essa dimensão objetiva do princípio da segurança jurídica é por Guilherme Camargos Quintela denominada *segurança jurídica stricto sensu*, de forma que o princípio da segurança jurídica se manifestaria numa vertente objetiva (*segurança jurídica stricto sensu*) e numa vertente subjetiva (*proteção da confiança*) (QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança* (...). Op. cit., p. 117).

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 257; QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança* (...). Op. cit., p. 75 e ss.

¹³ "Er [Der Grundsatz des Vertrauensschutzes] verbietet auch solches Verwaltungshandeln, das für sich genommen von den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften gedeckt ist, aber schutzwürdiges Vertrauen der nachteilig betroffenen Bürger enttäuscht; hinzu kommen muss, dass das Vertrauen des Bürgers in das Unterlassen oder die Vornahme einer behördlichen Maßnahme höher zu bewerten ist als das Interesse, das die Behörde verfolgt." (DETTERBECK, Steffen. *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*. 12. Aufl. München: C.H. Beck, 2014, p. 73).

que norteia a atuação estatal, ao prescrever que, por meio desta, “o Poder Público não deve frustrar, deliberadamente, a justa expectativa que tenha criado no administrado ou no jurisdicionado”.¹⁴

De outra parte, em doutrina nacional Valter Shuenquener de Araújo definiu o princípio

como uma norma com pretensão de complementaridade e com alcance determinável pelo caso concreto e impeditiva ou atenuadora dos possíveis efeitos negativos decorrentes da frustração, pelo Estado, de uma expectativa legítima do administrado ou jurisdicionado.¹⁵

Das definições trazidas é possível constatar que o princípio é integrado pela ideia central de que as expectativas geradas pelo Estado, em razão de seus comportamentos, produzem efeitos jurídicos e, em alguma extensão, merecem proteção, eis que, se não há, de um lado, o direito a uma imutabilidade do ordenamento e das condutas do Estado, deve haver, ao menos, alguma "previsibilidade em relação às mudanças de linha de conduta pública".¹⁶⁻¹⁷

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 278.

¹⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 239. Também ressaltando o caráter de complementaridade do princípio da proteção da confiança: QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 113; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, p. 393. A professora mineira ressalta que, no Brasil, diferentemente do que se passa na Alemanha, existe a consagração constitucional do princípio da irretroatividade das leis, da proteção ao direito adquirido e do ato jurídico perfeito, do que resulta que, entre nós, a atuação do princípio da proteção da confiança se daria nos espaços não alcançados por essas garantias constitucionais (*ibidem*, pp. 392/395 e 414).

¹⁶ QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁷ Essa preocupação em se conferir alguma previsibilidade em um ambiente dinâmico em que as modificações de conduta estatal são inevitáveis vem se traduzindo na doutrina contemporânea sob variados enfoques, que não se reduzem ao princípio da proteção da confiança, mas abrangem as ideias de (a) *continuidade* ou *segurança-continuidade*, trabalhadas por Antonio do Passo Cabral e que, na lição do autor, embora apontando semelhanças com a *proteção da confiança*, na medida em que ambas se apresentam como "formas de tutela contra *mudanças de curso* nas posições jurídicas", com esta não se confundem, na medida em que a continuidade se revestiria de um caráter mais objetivo, aproximando-se, assim, da segurança jurídica, ao passo que a proteção da confiança "seria seu lado subjetivo" (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas (...)*. *Op. cit.*, pp. 289/298) ou, ainda, (b) a noção de *não-surpresa*, desenvolvida, dentre outros, por Tércio Sampaio Ferraz Junior, tanto como um princípio orientador da atuação do administrador público, quanto da atuação do próprio Judiciário, ao alterar jurisprudência consolidada (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: _____; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008) e, também, (c) da proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprio*), desenvolvida entre nós, dentre outros, por Lúcio Picanço Facci, que em sua análise do tema considera a *confiança* unicamente como um componente daquele princípio mais amplo (FACCI, Lucio Picanço. *Administração pública e segurança jurídica (...)*. *Op. cit.*); também desenvolvendo a temática do *venire contra factum proprio*, embora com ênfase no direito privado, mas, ao contrário de Lucio Facci, fundamentando a vedação do comportamento contraditório no princípio da proteção da confiança (e não o contrário), cf. JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pp. 22/23, 149 e 158. A análise dessas diferentes perspectivas, contudo, é tarefa que ultrapassa os limites deste trabalho, cujo objetivo é abordar as modificações na jurisprudência sob o enfoque do princípio da proteção da confiança.

Há, portanto, na ideia de proteção da confiança, uma dimensão temporal que lhe é essencial, na medida em que ela se fundamenta na existência de um comportamento estatal situado no passado, que serve de fundamento a uma confiança que se apresenta no momento em que se dá a modificação de tal comportamento, exigindo uma proteção das expectativas dela decorrentes que se projeta para o futuro.¹⁸

Todos os conceitos apresentados traduzem adequadamente o conteúdo do princípio da proteção da confiança. A única ressalva a ser feita diz respeito à limitação, dentre o rol de destinatários da proteção da confiança, ao *cidadão* ou ao *administrado*, o que não parece ser adequado em todas as situações em que o princípio pode ter incidência, com a extensão que hoje lhe reconhecem a doutrina e a jurisprudência.

Os conceitos propostos foram construídos a partir de relações jurídicas de natureza administrativa ou tributária, nas quais há uma desigualdade entre o Estado, de um lado, e o administrado ou contribuinte, de outro, eis que o primeiro detém um domínio tanto sobre os comportamentos que despertam a confiança, quanto sobre aqueles que a frustram.

A mesma situação de desigualdade, no entanto, não se reproduz em toda e qualquer relação jurídica desenvolvida entre Estado e cidadão, de forma que a limitação à aplicação do princípio *unicamente* em favor do cidadão é algo a demandar alguma reflexão nas relações jurídicas em que ambos estão em situação de igualdade, como por exemplo e para o que aqui interessa em especial, quando sobrevém uma modificação na jurisprudência consolidada, que pode frustrar não só a confiança depositada pelo cidadão no entendimento anterior, mas também a confiança nele depositada pelo próprio Estado. Tal aspecto será aprofundado adiante, ao se abordar a abrangência subjetiva do princípio e, de maneira mais detida, no quinto capítulo, ao se tratar da configuração dos atos jurisdicionais como base da confiança.

Feita tal ressalva inicial, parece-nos adequado assentar, a partir dos conceitos propostos pela doutrina, o *caráter normativo* de que se reveste a proteção da confiança, enquanto princípio que impõe ao Estado respeitar as expectativas legitimamente geradas nos destinatários de seus comportamentos, especialmente - embora não exclusivamente - no

¹⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, pp. XXIII-XXIV.

cidadão, com relação à estabilidade dos comportamentos estatais, quando estes serviram de base para o planejamento de atividades desenvolvidas em sociedade.

1.2. Abrangência do princípio da proteção da confiança

As discussões acerca da abrangência do princípio da proteção da confiança têm se desenvolvido, nos estudos doutrinários sobre o tema, sob dois diferentes enfoques, um de cunho *objetivo* e outro de cunho *subjetivo*.

Sob uma perspectiva objetiva discute-se qual ou quais atividades desempenhadas pelo Estado devem observar o princípio da proteção da confiança. Embora o desenvolvimento teórico do princípio, como será objeto de análise, tenha se dado no direito administrativo, voltado, portanto, à *atividade administrativa do Estado*, a tendência verificada na doutrina e na jurisprudência é a ampliação de sua incidência para outras atividades estatais, inclusive para a atividade jurisdicional, de maior interesse para o objeto do presente estudo.

Já sob uma perspectiva subjetiva, discute-se quem são os destinatários do princípio da proteção da confiança, ou seja, quem são os *sujeitos* autorizados a invocar sua incidência para a preservação de posições jurídicas construídas a partir de um comportamento estatal abandonado de maneira abrupta.

Desenvolver-se-ão, a seguir, breves comentários acerca dessas duas perspectivas, de forma a apresentar a compreensão prevalente quanto à abrangência do princípio da proteção da confiança, bem como aquela que se adota como premissa teórica ao desenvolvimento do presente estudo, relativamente à aplicação do princípio às modificações na jurisprudência.

1.2.1. Abrangência do princípio da proteção da confiança sob uma perspectiva objetiva

Embora o princípio da proteção da confiança tenha surgido no direito administrativo, com incidência específica nas relações jurídicas entre administrados e Administração Pública,

cabendo a esta respeitar as expectativas legitimamente criadas a partir de sua atuação, o desenvolvimento teórico do princípio levou ao reconhecimento de que sua aplicação é muito mais ampla, alcançando outros ramos do direito e outros âmbitos da atuação estatal.¹⁹

Com efeito, reconhece-se atualmente que não só a Administração Pública, mas o Estado como um todo deve se conduzir de forma a não frustrar as legítimas expectativas geradas a partir de sua atuação. Assim, não só a atividade administrativa, mas também a *legislativa* e a *jurisdicional* devem prestigiar a confiança depositada na continuidade das posturas estatais, não se esperando do *poder público* mudanças abruptas de entendimento, que surpreendam aqueles que confiaram na estabilidade dos comportamentos estatais.²⁰

Como bem ressaltou Valter Shuenquener de Araújo, "cada uma das funções primordiais dos poderes republicanos é capaz de criar e frustrar a confiança do particular de uma maneira específica",²¹ de forma que o princípio, na sua concepção contemporânea, busca conferir proteção "frente amudanças de curso inesperadas seja pelo Poder Judiciário, Legislativo ou Executivo",²² a exigir que cada um desses poderes respeite a confiança depositada na manutenção de seus comportamentos.²³

Assim, por exemplo, no âmbito da atividade administrativa, o princípio encontra aplicação na preservação de atos administrativos que, embora ilegais, gerem efeitos favoráveis aos beneficiários e na manutenção de benefícios fiscais condicionados; na atividade legislativa, o princípio confere proteção a posições jurídicas afetadas por inovações legislativas incidentes sobre relações jurídicas continuativas, estabelecendo, por exemplo, regras de transição que tornem menos traumática a mudança e, por fim, no âmbito da atividade jurisdicional, o principal campo de aplicação diz respeito às modificações na jurisprudência, buscando atenuar os efeitos nocivos que podem projetar sobre os jurisdicionados que confiaram na manutenção do entendimento até então consolidado.²⁴

¹⁹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 110.

²⁰ Nessa linha, Humberto Ávila reconhece que não só o Poder Executivo, mas também o Poder Legislativo e o Poder Judiciário têm a obrigação de proporcionar, na sua atuação, a devida proteção à confiança depositada nos atos por eles praticados (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica (...)*. *Op. cit.*, pp. 416/505).

²¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 165.

²² PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 109.

²³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 166.

²⁴ Para um amplo rol de exemplos em que o princípio da proteção da confiança tem incidência, no âmbito das atividades desempenhadas pelos três Poderes, cf. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 165/205.

Especificamente no que diz respeito à atividade jurisdicional, o direito brasileiro, com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015, passou a contar com expressa previsão da incidência do princípio nas hipóteses de modificações na jurisprudência, em conformidade com o disposto em seu artigo 927, §4º.²⁵ Desta forma, além de estar bastante assentado, no plano doutrinário, que o princípio da proteção da confiança se aplica a todos os âmbitos da atuação estatal, no direito brasileiro, sua abrangência sobre a atividade jurisdicional é expressamente prevista no Código de Processo Civil recém aprovado.

1.2.2. Abrangência do princípio da proteção da confiança sob uma perspectiva subjetiva

Segundo o entendimento prevalente na doutrina, o princípio da proteção da confiança tem por finalidade a proteção de particulares, em face de bruscas alterações no comportamento do Poder Público. Não serviria o princípio à tutela de expectativas do próprio Estado, uma vez que este seria o próprio agente que pratica a alteração de comportamento apta a frustrar legítimas expectativas.

É o Estado quem cria o *fato gerador da confiança*, e é ele, mediante ato próprio e do qual unilateralmente tem controle, quem a frustra, de forma que apenas atores privados poderiam invocar a proteção com base em alegada violação da confiança.²⁶ O Estado exerce *umaposição de domínio sobre as situações jurídicas*, e exatamente por tal razão não haveria legítima expectativa a ser reconhecida em seu favor.²⁷

Humberto Ávila, a este respeito, leciona que as exigências de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico são também pretensões do próprio Estado, na medida em que necessárias ao desempenho de suas funções. Um direito claro e acessível é algo necessário não apenas ao cidadão, mas também ao Estado.²⁸

²⁵ Art. 927, §4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

²⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. Op. cit., pp. 395/397.

²⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 111.

²⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica (...)*. Op. cit., pp. 160/161.

Apesar disso, consoante defende o mesmo autor, sob uma *perspectiva subjetiva*, não poderia o Estado invocar o princípio da proteção da confiança para a tutela de expectativas que ele próprio, por sua atuação, frustrou. O princípio da proteção da confiança, ao que entende Humberto Ávila, encontra fundamento nos direitos fundamentais, cuja construção se deu para proteger o indivíduo contra o Estado, e não o inverso. O princípio tem um caráter *protetivo do cidadão* e, portanto, apenas em favor deste poderia ser invocado.²⁹

Não obstante o entendimento de Humberto Ávila, prevalente na doutrina brasileira, cabe registrar que Misabel Derzi, embora dele compartilhando, leciona que tem sido admitida, em alguma medida, a aplicação do princípio da proteção da confiança para proteger uma pessoa jurídica de direito público em relação à outra, em situações que envolvam, por exemplo, a redução de subvenções ou transferências voluntárias concedidas por uma à outra, ou ainda, convênios ou contratos administrativos que celebrem entre si,³⁰ uma vez que nesses casos haveria uma certa situação de desigualdade, em que uma pessoa jurídica de direito público estaria em posição de *superioridade* em relação à outra.³¹

Embora a limitação da aplicação do princípio, subjetivamente, à proteção de particulares, conforme proposta por Humberto Ávila e Misabel Derzi, seja o entendimento predominante sobre o tema, parece-nos importante ressaltar que, na medida em que a doutrina reconhece de maneira tranquila que o princípio da proteção da confiança tem abrangência objetiva ampla (*supra*, seção 1.2.1), sendo aplicável não apenas à Administração Pública, mas ao Estado como um todo, no que se inclui o próprio Poder Judiciário,³² do qual igualmente se espera continuidade e estabilidade em suas manifestações, merece algum aprofundamento a discussão acerca da posição do Estado, ante as modificações de entendimento jurisprudencial, e da eventual possibilidade de a ele se conferir algum grau de proteção.

²⁹*Ibidem*, pp. 161/162. Na mesma linha, ao comentar acerca da existência de um *princípio da proteção da confiança orçamentária*, construído por doutrinadores alemães, sustenta Humberto Ávila que "Os fundamentos principais do princípio da proteção da confiança são os direitos fundamentais. Sendo assim, logo de saída existe um empecilho fundamental para a identificação do mencionado princípio como uma espécie do princípio da proteção da confiança: o Estado não tem direitos fundamentais, antes possui o dever de concretizá-los; os direitos fundamentais pressupõem um 'substrato pessoal', vinculado à dignidade humana, inexistente no caso do Estado" (*ibidem*, p. 553).

³⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, p. 396.

³¹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 111.

³² QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 125/128.

Se é verdade que nas relações entre Estado e cidadão, no âmbito administrativo ou tributário, há uma assimetria, de forma que o Estado detém uma posição de superioridade, a mesma circunstância não se verifica, em igual extensão, no desenvolvimento da relação processual, relativamente às modificações de entendimento na jurisprudência, que podem surpreender não só o cidadão, mas também, em muitas situações, o próprio Estado.³³

Concordamos, assim, com a proposição de que o princípio da proteção da confiança pode ser empregado também para a tutela de expectativas do próprio Estado, nas situações em que não há uma assimetria na sua posição em relação ao cidadão ou a outros entes estatais.³⁴

Desta forma, com fundamento nas razões acima expostas, no presente trabalho se defende que a limitação subjetiva da abrangência do princípio da proteção da confiança ao particular, concebida no âmbito das relações administrativas e tributárias, nas quais há de fato uma posição de supremacia do Estado, não se revela adequada quando se trata da incidência do princípio nas modificações na jurisprudência, eis que nas relações jurídico-processuais o tratamento é tendencialmente igualitário, muito embora ainda goze o Estado de algumas prerrogativas processuais. Entendemos, assim, que em relação às modificações na jurisprudência, o princípio da proteção da confiança pode ser invocado tanto pelo particular, quanto pelo próprio Estado, desde que atendidos os requisitos à incidência do princípio, que serão adiante analisados. A questão será objeto de aprofundamento no quinto capítulo.

1.3. Esboço histórico no direito estrangeiro

O princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*) surgiu na Alemanha, como uma construção jurisprudencial de tribunais administrativos a partir dos anos 1950, notadamente em discussões relacionadas à manutenção de atos administrativos inválidos,

³³Como observa Ravi Peixoto, "quando um ente público está [...] em um dos polos de uma relação processual, não há dominância, mas situação de igualdade" (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica. Op. cit.*, p. 112).

³⁴ Tal qual entende, em especial, na doutrina brasileira, Ravi Peixoto (*ibidem*, pp. 62/65).

quando destes se originaram expectativas legítimas por parte dos administrados que confiaram na regularidade da conduta adotada pela Administração.³⁵

É, portanto, um princípio de origem jurisprudencial, e não legislativa, embora tenha posteriormente apresentado reflexos no direito positivo alemão, em especial na lei editada em 1976 para regular o processo administrativo federal (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*), cujo §48, incisos II e III, é considerado uma manifestação do princípio,³⁶ tendo em vista a forma pela qual regulou a anulação de atos administrativos:

§48. Anulação de um ato administrativo ilegal

I. [...]

II. Um ato administrativo ilegal, que concedeu, ou é para tanto pressuposto, uma prestação pecuniária única ou continuada, ou uma prestação em natura divisível, não pode ser desfeito em relação ao beneficiário que confiou na permanência do ato administrativo e cuja confiança, sob ponderação com o interesse público na anulação, é digna de proteção. A confiança é em regra digna de proteção, se o beneficiário consumiu as prestações concedidas ou decidiu por uma disposição patrimonial que ele não pode mais desfazer ou pode somente sob desvantagens não razoáveis. O beneficiário não pode reportar-se à confiança, se ele

- 1) Provocou o ato administrativo por meio de artifício doloso, ameaça ou suborno;
- 2) Provocou o ato administrativo através de informações que eram incorretas ou incompletas na relação substancial;

³⁵ Embora antecedentes históricos do princípio da proteção da confiança sejam apontados no direito canônico, no que diz respeito as consequências do julgamento *post mortem* do Papa Formoso (século IX), no direito inglês do século XIX e no direito francês no início do século XX (*Arrêt Dame Cachet*), a doutrina ordinariamente identifica a origem do princípio da proteção da confiança, tal qual hoje compreendido, na decisão proferida em 1956 pelo Tribunal Administrativo Superior de Berlim, posteriormente confirmada pelo Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), por meio da qual foi mantida pensão concedida pela República Federal da Alemanha à viúva de um funcionário da antiga República Democrática da Alemanha. Esta pensão foi considerada, em momento superveniente, ilegal pela Administração, o que levou a viúva a buscar a proteção do Judiciário, que, apesar de reconhecer a ilegalidade da concessão, decidiu pela sua manutenção, com fundamento no princípio da proteção da confiança, em decisão que ficou conhecida como a “decisão da viúva de Berlim” (decisão *Witwengeld*) (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 18/27 e 136/142; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas (...)*. *Op. cit.*, pp. 129/130; RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte (legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 228; RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica na jurisprudência do STF*. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 343; SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro (...)*. *Op. cit.*, pp. 275/277; QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 113/114).

³⁶ Na doutrina alemã se reconhece que o §48 da Lei alemã do Processo Administrativo Federal é um reflexo do princípio da proteção da confiança. Nesse sentido: "Im Verwaltungsrecht hat der Grundsatz des Vertrauensschutzes seinen gesetzlichen Niederschlag vor allem in den Vorschriften über die Aufhebung von Verwaltungsakten (§§48ff. VwVfG) gefunden" (DETTTERBECK, Steffen. *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*. *Op. cit.*, p. 73) (Em tradução livre: "No direito administrativo o princípio da proteção da confiança encontrou seu reflexo legal sobretudo nas prescrições relativas ao desfazimento de atos administrativos (§§48ff. VwVfG)"). Mais adiante, ao comentar o procedimento de anulação de atos administrativos ilegais, novamente vincula o autor o regramento do §48 da Lei do Processo Administrativo ao princípio da proteção da confiança (*ibidem*, p. 232). Em doutrina nacional, no mesmo sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas (...)*. *Op. cit.*, p. 130; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 27/28.

3) Conhecia a ilegalidade do ato administrativo ou não a conhecia em razão de culpa grave;

Nos casos da alínea 3, o ato administrativo é retirado em regra com efeito para o passado;

III. Quando um ato administrativo ilegal que não se insere no inciso II é anulado, então a repartição pública tem de compensar ao interessado, sob requerimento, a desvantagem patrimonial que este sofreu em razão disso, se ele confiou na manutenção do ato administrativo, quando a sua confiança sob ponderação com o interesse público é digna de proteção. A desvantagem patrimonial não é compensada além do valor do interesse, que o interessado tem na manutenção do ato administrativo. A desvantagem patrimonial compensável é estipulada pela autoridade pública. A pretensão pode ser validada apenas dentro de um ano. O prazo começa assim que a autoridade notificou o interessado.³⁷

Na década de 1970, o princípio da proteção da confiança foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) como um princípio constitucional, derivado do princípio geral do Estado de Direito,³⁸ orientando-se no mesmo sentido a doutrina alemã, que o qualifica como um *princípio constitucional implícito*.³⁹

³⁷ Tradução livre do original:

§48 Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes.

(1) [...]

(2) Ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung gewährt oder hierfür Voraussetzung ist, darf nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte nicht berufen, wenn er

1. den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat;

2. den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren;

3. die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.

In den Fällen des Satzes 3 wird der Verwaltungsakt in der Regel mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen.

(3) Wird ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der nicht unter Absatz 2 fällt, zurückgenommen, so hat die Behörde dem betroffenen auf Antrag den Vermögensnachteil auszugleichen, den dieser dadurch erleidet, das er auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat, soweit sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist. Absatz 2 Satz 3 ist anzuwenden. Der Vermögensnachteil ist jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus zu ersetzen, das der Betroffene an dem Bestand des Verwaltungsaktes hat. Der ausgleichende Vermögensnachteil wird durch die Behörde festgesetzt. Der Anspruch kann nur innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden; die Frist beginnt, sobald die Behörde den Betroffenen auf sie hingewiesen hat.

[...]"

³⁸ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro (...). *Op. cit.*, p. 277. No mesmo sentido: RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte* (...). *Op. cit.*, p. 228.

³⁹ "Der Grundsatz des Vertrauensschutzes gehört in der Bundesrepublik Deutschland zu den grundlegenden Prinzipien der demokratischen, sozialen und rechtsstaatlichen Ordnung. Auch wenn er in der deutschen Verfassung, dem Grundgesetz, keine ausdrückliche Regelung erfahren hat, so gilt er dennoch nach nahezu einhelliger Auffassung als *ungeschriebener Verfassungsgrundsatz* in der deutschen Rechtsordnung" (italico no original) (BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes* (...). *Op. cit.*, p. 22) (Em tradução livre: "O princípio da proteção da confiança pertence, na República Federativa Alemã, aos princípios fundamentais da ordem democrática, social e do Estado de Direito. Embora ele não tenha qualquer previsão explícita na Constituição alemã, a lei fundamental, ele vale, segundo opinião quase unânime, como um *princípio constitucional não escrito* no ordenamento jurídico alemão"). Neste sentido, no Brasil, atribuindo índole

A partir do direito alemão, o princípio da proteção da confiança foi gradativamente incorporado, embora com diferentes graus de integração aos respectivos ordenamentos,⁴⁰ ao direito de outros países europeus e ao direito comunitário europeu,⁴¹ tanto no que diz respeito ao direito positivo, quanto na jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia, que o considera um dos princípios estruturantes da União Europeia.

Assim, registra a doutrina a expansão do princípio da proteção da confiança para a Grécia, Itália, França, Suíça, Dinamarca, Holanda, Espanha e Portugal e, mais recentemente, para a Polónia e a Hungria.⁴²

Já sua incorporação ao direito comunitário europeu foi concomitante à própria instituição da então denominada Comunidade Económica Europeia, pelo Tratado de Roma, celebrado em 25 de março de 1957,⁴³ eis que este, além de conferir, em seu artigo 173, competência à Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) para controlar a legalidade dos atos emanados do Conselho e da Comissão Europeias, previa expressamente, no artigo 174,⁴⁴ a possibilidade de a CJUE, no que diz respeito à declaração de nulidade dos *regulamentos*, ressaltar ou preservar alguns de seus efeitos, que *deverão ser considerados definitivos*.

constitucional ao princípio no direito alemão: DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, p. XVIII.

⁴⁰ Como observa Klaus-Dieter Borchardt, a expansão do princípio da proteção da confiança não se deu de forma igual em todos os países que, à época em que escrito o texto (1988), integravam a então Comunidade Europeia, havendo aqueles em que o princípio havia assumido um *status* de princípio geral (casos da Grécia, dos Países Baixos e, em alguma medida, da Espanha), outros em que, à época, embora sem uma previsão geral, passou o princípio a operar por meio de instrumentos elaborados com o fim específico de proteger, em diferentes graus, a confiança dos cidadãos em situações determinadas, em especial no ramo do direito administrativo, em matéria de revogação de atos administrativos (casos da Itália, França, Dinamarca e Portugal), até outros em que esse reconhecimento do princípio seria muito limitado e restrito a questões pontuais (como no caso do Reino Unido) ou mesmo de praticamente nenhuma relevância (caso da Irlanda) (BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes (...)*. *Op. cit.*, pp. 15/16 e 57/60).

⁴¹ DONY, Marianne. *Droit de l'Union européenne*. 5. éd. rev. et augm. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2014, p. 266.

⁴² BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes (...)*. *Op. cit.*, pp. 11/16 e 57/60; QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 113; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, pp. 388/389.

⁴³ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=EN>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

⁴⁴ Artigo 174. Se il ricorso è fondato, la Corte di Giustizia dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia, per quanto concerne i regolamenti, la Corte di Giustizia, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti del regolamento annullato che devono essere considerati come definitivi (Tradução livre: Artigo 174: Se o recurso tiver fundamento, a Corte de Justiça declara nulo e não ocorrido o ato impugnado. Todavia, no que concerne aos regulamentos, a Corte de Justiça, quando o repute necessário, especifica os efeitos do regulamento anulado que devem ser considerados como definitivos).

Esse poder atribuído à CJUE equivale ao que atualmente se denominaria *modulação* dos efeitos da declaração de nulidade.

O artigo 174 foi posteriormente convertido no artigo 231 do Tratado da Comunidade Europeia, mantendo a mesma essência,⁴⁵ relativamente à possibilidade de modulação dos efeitos das decisões que anulassem *regulamentos* oriundos dos órgãos comunitários pela então denominada Corte de Justiça da Comunidade Europeia.

Consoante dá notícia Jérémie Van Meerbeeck, embora tanto o artigo 174, quanto o artigo 231, apenas fizessem referência à modulação de efeitos em relação à declaração de nulidade de regulamentos comunitários, a Corte de Justiça da Comunidade Europeia estabeleceu em seus julgados uma interpretação mais ampla de referidos dispositivos, para entender-se autorizada a modular a declaração de nulidade também de decisões do Conselho ou da Comissão Europeias.⁴⁶

Por fim, o vigente artigo 264, alínea 2^a, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,⁴⁷ incorporou essa orientação jurisprudencial da então Corte de Justiça da Comunidade Europeia,⁴⁸ de modo a prever, de forma mais ampla que o regramento anterior, a possibilidade de a agora denominada Corte de Justiça da União Europeia, ao declarar a nulidade de um *ato normativo ou administrativo* oriundo de algum dos órgãos da União

⁴⁵ Art. 231: Se o recurso tiver fundamento, o Tribunal de Justiça anula o acto impugnado. Todavia, no que respeita aos regulamentos, o Tribunal de Justiça indica, quando o considerar necessário, quais os efeitos do regulamento anulado que se devem considerar subsistentes. (Texto do Tratado da Comunidade Europeia disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/ce32120061229pt00010331.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2015).

⁴⁶ No original: "Bien que l'article 174, devenu l'article 231 TCE, ne visait que les règlements, la Cour a jugé que 'd'importants motifs de sécurité juridique, comparables à ceux qui interviennent en cas d'annulation de certains règlements', justifiaient qu'elle exerce le pouvoir conféré par cette disposition à l'égard d'une décision du Conseil ou de la Commission". (MEERBEECK, Jérémie Van. *De la certitude à la confiance: le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*. Bruxelles: Anthemis, 2014, p. 82).

⁴⁷ "Art. 264. Se o recurso tiver fundamento, o Tribunal de Justiça da União Europeia anulará o acto impugnado. Todavia, o Tribunal indica, quando o considerar necessário, quais os efeitos do acto anulado que se devem considerar subsistentes". O *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* é a nova denominação atribuída pelo artigo 2º, 1, do Tratado de Lisboa, celebrado em 13/12/2007, ao antigo *Tratado que institui a Comunidade Europeia*, celebrado em Roma em 25/03/1957, também conhecido como *Tratado de Roma*. O artigo 264 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia corresponde ao antigo artigo 231 do Tratado da Comunidade Europeia (Texto integral do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia disponível em: <http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015).

⁴⁸ MEERBEECK, Jérémie Van. *De la certitude à la confiance (...)*. *Op. cit.*, p. 82.

Macau foi colonizada pelos portugueses no século XVI e a administração portuguesa da região perdurou até 1999,⁵⁵ quando foi a região devolvida à administração chinesa. Como fruto dessa longa ocupação lusitana, tem-se um ordenamento jurídico alinhado à família do *civil law*, que incorporou muito da tradição jurídica portuguesa.

O retorno à administração chinesa, no entanto, foi antecedido por uma Declaração Conjunta entre China e Portugal,⁵⁶ que contém as bases dessa transição, e que serviu de fundamento à edição da Lei Básica de Macau,⁵⁷ ato normativo que, embora seja formalmente uma lei ordinária chinesa,⁵⁸ exerce a função de uma Constituição de Macau.⁵⁹

A Lei Básica de Macau buscou preservar, nessa transição de Portugal para a China, o sistema econômico, jurídico e cultural que se formou durante cinco séculos de ocupação portuguesa,⁶⁰ o que tem sido apontado como uma implícita incorporação do princípio da proteção da confiança, manifestado, segundo José Melo Alexandrino,⁶¹ em diversas regras

⁵⁵ Para um relato histórico detalhado da ocupação portuguesa em Macau e em outros territórios ultramarinos, remete-se ao profundo estudo desenvolvido pelo eminente professor português António Manuel Hespanha (HESPANHA, António Manuel. *Panorama da história institucional e jurídica de Macau*. Macau: Fundação Macau, 1995, pp. 22/24, 42/49 e 54/68).

⁵⁶ Na Declaração Conjunta ficou consignado o princípio “um país, dois sistemas”, que fundamenta a coexistência de um ordenamento jurídico e um sistema econômico relativamente autônomos em relação à China continental. Segundo tal princípio, embora a China afirme sua soberania sobre a Região Administrativa Especial de Macau, ela autoriza que a região adote um sistema econômico e jurídico distinto, preservando as raízes advindas do longo período de ocupação e administração portuguesas (Declaração Conjunta de 1987 disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/88/23/dc/pt/>>. Acesso em: 09 maio 2014). O princípio “um país, dois sistemas”, como bem anotou José Melo Alexandrino, teve por “finalidade principal [...] encontrar soluções mutuamente aceitáveis para a reunificação da China com Taiwan, Hong Kong e Macau” (ALEXANDRINO, José Melo. *O sistema de direitos fundamentais* (...). *Op. cit.*, p. 41).

⁵⁷ Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/leibasica/index.asp>>. Acesso em: 09 maio 2014.

⁵⁸ “[...] A Lei Básica é uma lei ordinária aprovada como lei nacional (e não como lei constitucional) pela Assembléia Popular Nacional (APN), não podendo ser considerada uma Constituição nem sob o ponto de vista formal, nem sob o ponto de vista do poder exercido.” (ALEXANDRINO, José Melo. *O sistema de direitos fundamentais* (...). *Op. cit.*, p. 9).

⁵⁹ *Ibidem*, p. 52. O autor se refere à Lei Básica como uma Constituição no sentido funcional.

⁶⁰ Em conformidade com o item 2.12 da Declaração Conjunta de 1987, essa preservação se daria pelo período de 50 anos após o retorno de Macau à soberania chinesa, ocorrida em dezembro de 1999, ou seja, até 2049: “As políticas fundamentais acima mencionadas e os respectivos esclarecimentos no Anexo I à presente Declaração Conjunta serão estipulados numa Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China pela Assembleia Popular Nacional da República Popular da China e permanecerão inalterados durante cinquenta anos”. Igual regra foi incorporada ao art. 5º da Lei Básica de Macau: “Na Região Administrativa Especial de Macau não se aplicam o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados durante cinquenta anos o sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes.” Comentando referidos dispositivos, leciona José Melo Alexandrino que “a partir de 2049, [Macau] tanto pode manter as suas características e até aprofundar a sua autonomia, como perder as suas características distintivas e dissolver-se” (ALEXANDRINO, José Melo. *O sistema de direitos fundamentais* (...). *Op. cit.*, p. 49).

⁶¹ *Ibidem*, pp. 122/123. É de se observar, porém, que muitos dos dispositivos da Lei Básica de Macau a que se refere o professor, como manifestações do princípio da proteção da confiança, estão relacionados mais diretamente à proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Parece-nos que a presença do princípio da proteção da confiança, na hipótese concreta da transmissão da administração de Macau de Portugal para a China,

contidas na Lei Básica, destacando-se as que previram a manutenção do ordenamento vigente anteriormente à transferência,⁶² a preservação do português como idioma oficial,⁶³ a proteção aos direitos adquiridos de servidores públicos,⁶⁴ a preservação de contratos,⁶⁵ dentre outros.

Como se pode observar, a partir de sua origem no direito alemão, o princípio da proteção da confiança difundiu-se para outros países da Europa, bem como para o direito comunitário europeu, passando então a influenciar ordenamentos jurídicos fora da Europa.

1.4. Fundamentos do princípio da proteção da confiança

Tal qual se dá na Alemanha, onde teve origem, a proteção da confiança não é, entre nós, um princípio constitucional explícito, eis que não encontra referência expressa em nenhum dispositivo constitucional, circunstância que torna essencial a busca de seus fundamentos no sistema jurídico nacional, de forma a dar suporte à sua aplicação no Brasil.⁶⁶

Na doutrina estrangeira, leciona Canotilho que o princípio da proteção da confiança encontra fundamento no princípio do Estado de Direito, o qual impõe, de um lado, uma

reside mais na preservação do sistema anterior (social, econômico e jurídico) como um todo, do que em particulares dispositivos da Lei Básica.

⁶² Art. 8º da Lei Básica: “As leis, os decretos-leis, os regulamentos administrativos e demais actos normativos previamente vigentes em Macau mantêm-se, salvo no que contrariar esta Lei ou no que for sujeito a emendas em conformidade com os procedimentos legais, pelo órgão legislativo ou por outros órgãos competentes da Região Administrativa Especial de Macau”.

⁶³ Art. 9º da Lei Básica: “Além da língua chinesa, pode usar-se também a língua portuguesa nos órgãos executivo, legislativo e judiciais da Região Administrativa Especial de Macau, sendo também o português língua oficial”.

⁶⁴ Art. 98 da Lei Básica: “À data do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, os funcionários e agentes públicos que originalmente exerçam funções em Macau, incluindo os da polícia e os funcionários judiciais, podem manter os seus vínculos funcionais e continuar a trabalhar com vencimento, subsídios e benefícios não inferiores aos anteriores, contando-se, para efeitos de sua antiguidade, o serviço anteriormente prestado [...]”.

⁶⁵ Art. 120, nº 01, da Lei Básica: “A Região Administrativa Especial de Macau reconhece e protege, em conformidade com a lei, os contratos de concessão de terras legalmente celebrados ou aprovados antes do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau que se prolonguem para além de 19 de Dezembro de 1999 e os direitos deles decorrentes[...]”. Art. 145, nº 2, da Lei Básica: “Os documentos, certidões e contratos, válidos ao abrigo das leis anteriormente vigentes em Macau, bem como os direitos e obrigações neles compreendidos, continuam a ser válidos e são reconhecidos e protegidos pela Região Administrativa Especial de Macau, desde que não contrariem esta Lei [...]”.

⁶⁶ Consoante bem observou Humberto Ávila ao tratar do tema da proteção da confiança, “ao contrário do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, [...], que são protegidos por uma regra constitucional expressa, a confiança legítima, concernente a atos iniciados (mas, do ponto de vista da regra imediatamente

estabilidade na ordem jurídica, caracterizada por sua durabilidade e permanência e, de outro, uma previsibilidade a respeito das condutas estatais. Esse ideal de estabilidade, de caráter objetivo, se densifica pelo princípio da segurança jurídica, ao passo que o ideal de previsibilidade é densificado pelo princípio da proteção da confiança.⁶⁷

Na Alemanha, por sua vez, sedimentou-se uma concepção de Estado de Direito que tem como um de seus elementos estruturais a segurança jurídica,⁶⁸ a qual, por sua vez, compreende, de um lado, a determinação e clareza do direito⁶⁹ e, de outro, a previsibilidade quanto à sua manutenção, sendo neste último aspecto que o Estado de Direito, a segurança jurídica e a proteção da confiança se relacionam.⁷⁰

Sob o primeiro aspecto, a segurança jurídica exige determinação e clareza do direito, até mesmo para legitimar a vinculação do indivíduo às sanções nele prescritas, quando da prática de atos contrários às normas jurídicas. Exige a segurança jurídica, portanto, que "o

aplicável, ainda não concluídos), não é amparada por qualquer regra constitucional expressa". (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica (...). Op. cit.*, p. 368).

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição. Op. cit.*, pp. 259/260.

⁶⁸ "Die deutsche Konzeption des Rechtsstaates umfasst prinzipiell zwei teilweise gegensätzliche Elemente, nämlich materielle Gerechtigkeit auf der einen Seite und formale Rechtssicherheit auf der anderen Seite. Das Prinzip der Rechtssicherheit ist nicht ausdrücklich kodifiziert, wird aber als wesentliches Element des Rechtsstaatsprinzips angesehen". (HEUN, Werner. *Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 49) (Em tradução livre: "A concepção alemã de Estado de Direito compreende em princípio dois elementos parcialmente contrários, quais sejam, a Justiça material de um lado e a segurança jurídica formal de outro lado. O princípio da segurança jurídica não é expressamente codificado, mas é visto como um elemento substancial do princípio do Estado de Direito"). No Brasil, cf. MEDAUAR, Odete. *Segurança jurídica e confiança legítima*. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 114.

⁶⁹ "Ein weiterer Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips ist das Bestimmtheits- und Klarheitsgebot. Diese beiden Teilelemente haben zwei Zielrichtungen: Sie sollen die Verständlichkeit einer Norm für den Bürger sichern und zugleich 'Gummiparagrafen' verhindern, die Verwaltung und Justiz allzu große Auslegungsspielräume eröffnen und damit zu für den Bürger nicht vorhersehbaren Ergebnissen führen würden." (MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar. *Staatsorganisationsrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, p. 148) (Em tradução livre: "Uma outra expressão do princípio do Estado de Direito é a exigência de determinação e clareza. Esses dois elementos parciais têm dois objetivos: Eles devem assegurar a possibilidade de compreensão de uma norma pelo cidadão e ao mesmo tempo evitar cláusulas ambíguas, que abrem para a Administração e a Justiça uma ampla margem de interpretação e com isso poderiam conduzir a resultados não previsíveis para o cidadão"). No mesmo sentido: DETTERBECK, Steffen. *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht. Op. cit.*, pp. 65/66.

⁷⁰ "Der Grundsatz des Vertrauensschutzes wird aus dem Rechtsstaatsprinzip und/oder aus den Grundrechten abgeleitet" (DETTTERBECK, Steffen. *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht. Op. cit.*, p. 73) (Em tradução livre: O princípio da proteção da confiança é derivado do princípio do Estado de Direito e/ou dos direitos fundamentais). Também relacionando o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaatsprinzip*), a segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) e a proteção da confiança (*Vertrauensschutz*): GRÖPL, Christoph. *Staatsrecht I*. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2013, p. 123 e, ainda, ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 47.

cidadão esteja em condições de reconhecer qual é o direito válido, de forma a adequar suas ações às suas exigências".⁷¹

É o que a doutrina tem denominado *acessibilidade normativa*,⁷² ou seja, a qualidade que o direito deve ter de ser conhecido e apreendido com razoável facilidade, de forma que o cidadão dele tenha plena inteligência. É exigência que envolve tanto um *acesso físico* ao direito, por sua adequada publicidade e divulgação aos cidadãos, quanto um *acesso intelectual* ao seu conteúdo, na medida em que a sua elaboração deve se orientar por um ideal de *legibilidade, clareza, compreensibilidade e intelegibilidade*.⁷³

Já sob o segundo aspecto, exige a segurança jurídica a proteção à estabilidade e à confiabilidade do direito, como condição ao bem-estar individual e ao progresso econômico,⁷⁴ disso decorrendo a necessidade de se proteger a confiança depositada no ordenamento jurídico vigente e em sua estabilidade e continuidade, de modo a não frustrar expectativas que legitimamente se formaram a partir dele.

Assim, embora se reconheça inexistir um direito à imutabilidade do ordenamento,⁷⁵ que pode e deve evoluir para se adaptar às novas necessidades sociais, é exigido que essa evolução respeite a confiança depositada pelos destinatários na estabilidade do ordenamento e das consequências jurídicas dele decorrentes, conferindo-se uma proteção tanto maior, quanto mais gravosas as consequências da alteração sobre suas legítimas expectativas.⁷⁶

⁷¹ No original: "Der Zweck dieses Grundsatzes ist, dass der einzelne Bürger in der Lage sein muss, zu erkennen, was geltendes Recht ist, um seine Handlungen den Anforderungen des Rechtes anpassen zu können". (HEUN, Werner. *Der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Op. cit.*, p. 49). No mesmo sentido: PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

⁷² ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica (...)*. *Op. cit.*, pp. 306/309.

⁷³ QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 42/43. A acessibilidade normativa também é tratada na doutrina como uma exigência de *cognoscibilidade do direito*, na medida em que relacionada à exigência de que o direito seja conhecido por seus destinatários (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica. Op. cit.*, pp. 52/56).

⁷⁴ HEUN, Werner. *Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Op. cit.*, pp. 49/50.

⁷⁵ "[...] es also kein geschütztes Vertrauen in den Bestand von Normen an sich gibt". (MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar. *Staatsorganisationsrecht. Op. cit.*, p. 150).

⁷⁶ Essa proteção, portanto, não é uniforme em todas as situações, mas encontra uma gradação que vai da absoluta vedação da retroação das normas penais mais gravosas (expressamente prevista no artigo 103, inciso II da Constituição Alemã), até uma rigorosa proteção ao ato jurídico perfeito (*abgeschlossenen Lebenssachverhalts*), resguardado contra normas de efeito retroativo (*echte Rückwirkung* ou retroatividade autêntica), embora comportando exceções e, por fim, a proteção da confiança, no que diz respeito às relações jurídicas ainda não concluídas por ocasião do advento do direito novo (*unechte Rückwirkung* ou retroatividade inautêntica), sendo nesta última seara que se desenvolvem as discussões relativas à proteção da confiança (*ibidem*, pp. 150/153).

A proteção da confiança, portanto, se apresenta como um elemento estrutural do princípio do Estado de Direito, ao lado da segurança jurídica ou, se assim se preferir, como uma específica manifestação desta, vinculada à preservação da estabilidade e da confiabilidade do Direito, eis que destas decorrem expectativas legítimas para o cidadão.

Não se desconhece que outras linhas teóricas de fundamentação do princípio da proteção da confiança no direito estrangeiro e nacional têm apontado para uma estreita vinculação com o princípio da boa-fé,⁷⁷ do qual seria uma decorrência, ou, ainda, como uma derivação dos direitos fundamentais.⁷⁸ Tais linhas de fundamentação não são necessariamente excludentes, mas apenas diferentes caminhos metodológicos por meio dos quais a doutrina especializada busca conferir suporte à aplicação do princípio.⁷⁹

Na medida em que o presente trabalho não tem por objetivo uma análise específica e individualizada do princípio da proteção da confiança, mas sim uma abordagem de sua aplicação às modificações na jurisprudência, adota-se como premissa teórica a linha de fundamentação que parece ser majoritariamente aceita na doutrina e que faz derivar a proteção da confiança da cláusula do Estado de Direito e da segurança jurídica.⁸⁰

Sobre a distinção entre *retroatividade autêntica* e *inautêntica* cf., em doutrina nacional, ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança e a tutela dos direitos humanos (...). *Op. cit.*, pp. 346/348.

⁷⁷ Nesse sentido: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 5. reimpr. Coimbra: Edições Almedina, 2013, pp. 1234/1241. A fundamentação do princípio da proteção da confiança a partir do princípio da boa-fé encontra especial acolhida no direito privado alemão (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas* (...). *Op. cit.*, p. 130; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, p. 33), especialmente a partir de estudos desenvolvidos por Claus Wilhelm Canaris (para uma análise, em direito nacional, do pensamento de Canaris acerca da fundamentação do princípio da proteção da confiança, cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, pp. 338/379). Também na doutrina suíça a fundamentação do princípio da proteção da confiança a partir do princípio da boa-fé tem se mostrado mais comum, conforme leciona Misabel Derzi (*ibidem*, pp. 387/390 e 402), o que teve como ponto culminante a consagração, na Suíça, do direito de receber da Administração Pública um tratamento pautado pela boa-fé como um direito fundamental (*Grundrecht*), nos termos do artigo 9º da Constituição Suíça de 1999 ("Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden"; em tradução livre: "Toda pessoa tem a pretensão de receber dos órgãos estatais um tratamento não arbitrário e pautado pela boa-fé") (SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT *Bundesverfassung der Schweiz*. [S.l.]: Bundeskanzlei (BK)/Kompetenzzentrum Amtliche Veröffentlichungen (KAV), abr. 2011, p. 3). Misabel Derzi enumera, ainda, outras linhas de fundamentação do princípio encontradas na doutrina, tais como o princípio do Estado Social, o direito fundamental de propriedade, a proteção da liberdade e a dignidade humana (*Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, pp. 404/406).

⁷⁸ DETTERBECK, Steffen. *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*. *Op. cit.*, p. 73. No mesmo sentido: GRÖPL, Christoph. *Staatsrecht I*. *Op. cit.*, p. 123.

⁷⁹ Para aprofundamento da discussão relativa às diferentes linhas de fundamentação do princípio da proteção da confiança cf. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, pp. 32/57.

⁸⁰ Nesse sentido, por todos, cf. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, p. 47 e 57.

Ademais, esta linha de fundamentação do princípio da proteção da confiança melhor se harmoniza à própria dimensão subjetiva que neste trabalho se reconhece ao princípio, quanto à sua utilização em alguma medida também em favor do Estado, o que não se harmonizaria a uma fundamentação exclusivamente lastreada nos direitos fundamentais, como bem ressaltou Humberto Ávila em passagem já referida (*supra*, seção 1.2.2).

É de se observar, ainda, em especial quando invocado o princípio em favor do cidadão, que o rol de direitos expressamente previstos na Constituição não esgota a proteção por ela proporcionada, consoante prevê o artigo 5º, §2º, da Constituição da República de 1988 (CRFB/88),⁸¹ de forma que a ausência de menção à proteção da confiança na Constituição é insuficiente para se afirmar que a mesma não integre nossa ordem constitucional.⁸²

Ao contrário, a doutrina nacional vem reconhecendo que a proteção da confiança tem fundamento no próprio princípio do Estado de Direito, do qual decorrem a *segurança jurídica*, como dimensão objetiva, e a *proteção da confiança*, como dimensão subjetiva.⁸³

Com efeito, uma das finalidades do Estado de Direito é a redução de incertezas, proporcionando um ambiente de estabilidade propício ao desenvolvimento social, de forma que a segurança jurídica pode ser daquele extraída, ao passo que a proteção da confiança é desta última derivada, como "aplicação 'subjetivada' do princípio da segurança jurídica",⁸⁴ formando uma verdadeira *cadeia de derivação*.⁸⁵⁻⁸⁶

Por fim, registre-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) em mais de uma oportunidade reconheceu a vinculação entre os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica e da proteção da confiança. Assim, por exemplo, no mandado de segurança (MS) nº

⁸¹ Art. 5º, §2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁸² ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica (...)*. *Op. cit.*, p. 368.

⁸³ *Ibidem*, p. 368.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 371.

⁸⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 57.

⁸⁶ Na mesma linha, também extraindo o princípio da proteção da confiança do Estado de Direito e do princípio da segurança jurídica: LOBATO, Valter de Souza. O princípio da confiança retratado no código tributário nacional. A aplicação dos arts. 100 e 146 do CTN. A análise de casos concretos. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 424.

24.268,⁸⁷ relativo ao cancelamento de uma pensão concedida há dezoito anos, o Ministro Gilmar Mendes, em voto vencedor, ressaltou que "o tema é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança", invocando lições de Almiro do Couto e Silva e Karl Larenz, para demonstrar a conexão entre os três princípios e concluir que "o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2º)".⁸⁸

1.5 Requisitos para a aplicação do princípio da proteção da confiança

Paralelamente ao reconhecimento, no direito estrangeiro e nacional, do princípio da proteção da confiança, a doutrina tem se ocupado em estabelecer condições ou requisitos para a sua incidência, de modo a obstar uma banalização de seu uso que possa conduzir – em contradição à sua própria finalidade – a um cenário de instabilidade e insegurança jurídicas.

Assim, ao mesmo tempo em que reconhece ser necessário conferir alguma proteção às expectativas originadas de comportamentos do poder público, ainda que não implementadas as condições exigidas para a aquisição do respectivo direito, a doutrina defende, por outro lado, que este patamar superior de proteção, que ultrapassa as noções de direito adquirido e de ato jurídico perfeito, se opere de forma a não obstar a evolução do direito.

⁸⁷ STF. Pleno. MS 24.268/MG. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. j. 05/02/2004. DJ 17/09/2004, p. 53. Na mesma linha: STF. Pleno. ARE 709.212/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 13/11/2014. DJe-032, divulg. 18/02/2015, public. 19/02/2015. Neste último julgado, destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello, que faz expressa vinculação entre os princípios da proteção da confiança, da segurança jurídica e do Estado de Direito: "Em uma palavra: os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, situações já consolidadas no passado".

⁸⁸ A ementa do julgado referido é particularmente significativa:

"[...]

7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente.

8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo.

9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)" (grifos nossos)

Nessa linha, Luís Roberto Barroso, com o objetivo de conferir alguma concretude à incidência do princípio, apontou três requisitos cuja presença seria exigida, quais sejam, que (a) tenha havido a prática de um "comportamento objetivo" por parte do poder público, (b) que este comportamento tenha perdurado no tempo por um lapso temporal razoável e suficiente a induzir a prática, pelo particular, de atos nele lastreados, (c) sem que houvesse a possibilidade de o particular razoavelmente prever sua futura modificação.⁸⁹

Ricardo Lodi Ribeiro, por sua vez, com suporte na doutrina alemã produzida em especial no direito administrativo, bem como nas literais disposições do §48 da Lei alemã do Processo Administrativo Federal (*VwVfG*), identifica dois requisitos à incidência do princípio da proteção da confiança, quais sejam, a confiança por parte do cidadão na *existência* do ato administrativo e a qualidade de ser a esta confiança *digna de proteção*, quando submetida a uma ponderação com o interesse público em retratação.⁹⁰

Para aferir se a confiança do administrado é *digna de proteção*, Ricardo Lodi Ribeiro defende que se deve investigar se aquele agiu com dolo ou culpa grave, bem como se era de seu conhecimento o vício do ato administrativo ou se tinha o dever de conhecê-lo, considerados seu status social e formação cultural, elementos que devem ser conjuntamente ponderados, a fim de se decidir acerca da proteção às expectativas do administrado.⁹¹

Humberto Ávila, por sua vez, defende que a incidência do princípio da proteção da confiança depende de quatro condições, quais sejam, (a) a existência de uma *base da confiança*, (b) a existência de *confiança nessa base*, (c) o *exercício* da confiança existente na base e (d) a *frustração* dessa confiança por um ato contraditório do poder público.⁹²

A sistematização dos requisitos para a incidência do princípio da proteção da confiança apresentada por Humberto Ávila coincide, em linhas gerais, com a defendida por

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, pp. 281/282.

⁹⁰ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte* (...). *Op. cit.*, p. 233. As expressões "existência do ato administrativo" (*Bestand des Verwaltungsaktes*) e "digna de proteção" (*schutzwürdig*), utilizadas por Ricardo Lodi Ribeiro foram extraídas do próprio texto do §48 da Lei do Processo Administrativo Federal alemão. Ressalte-se, porém, que nos parece que a expressão *Bestand des Verwaltungsaktes* é melhor traduzida por *permanência do ato administrativo*, que transmite com maior precisão a ideia de duração do ato no tempo e consequente frustração decorrente de seu abandono.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 244/245.

⁹² ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* (...). *Op. cit.*, p. 366.

Valter Shuenquener de Araújo, segundo o qual são requisitos à aplicação do princípio (a) a presença de um ato ou comportamento do poder público caracterizável como *base da confiança*, na medida em que revestido de atributos que lhe conferem aptidão para orientar o comportamento do cidadão, (b) a *existência da confiança no plano subjetivo*, ou seja, o efetivo depósito da confiança pelo particular no comportamento estatal que serviu de fundamento à sua própria conduta individual, (c) o *exercício da confiança através de atos concretos* praticados pelo particular e que permitem inferir que este pautou sua atuação a partir da confiança depositada no comportamento estatal (em outras palavras, demonstram que o comportamento estatal foi elemento determinante no processo de decisão do particular a respeito da conduta a ser adotada) e, (d) a prática de um *comportamento estatal que frustre a confiança* despertada pelo comportamento original da Administração.⁹³

Adota-se como referencial teórico, neste trabalho, para o fim de estabelecer os requisitos necessários à incidência do princípio da proteção da confiança, a sistematização proposta por Humberto Ávila e Valter Shuenquener de Araújo, que se apresenta como a mais elaborada e precisa desenvolvida na doutrina nacional, sem prejuízo de algumas ressalvas que oportunamente serão desenvolvidas à sua transposição às modificações na jurisprudência.

O primeiro requisito é a presença de uma *base da confiança*, entendida como um comportamento do poder público apto a originar em seus destinatários, notadamente os cidadãos, a confiança na manutenção de uma postura administrativa.⁹⁴

⁹³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. Op. cit., pp. 82/104.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 83. Não se desconhece que a proteção das expectativas oriundas de prolongadas *omissões do Poder Público* tem sido elaborada na doutrina não apenas a partir do princípio da proteção da confiança, mas também a partir do instituto alemão da *Verwirkung*, que busca impedir o exercício de um direito em razão de seu prolongado retardamento (Neste sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas (...)*. Op. cit., pp. 134/135), ou ainda, a partir das discussões desenvolvidas em torno do instituto da *suppressio*, que segundo abalizada doutrina, seria a tradução latina mais adequada do instituto da *Verwirkung*, correspondendo, nas palavras de Menezes Cordeiro, à "situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar à boa fé" (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Op. cit., pp. 797/798). Sobre o instituto da *suppressio* desenvolve o autor aprofundado estudo (*ibidem*, pp. 796/836), cuja leitura se recomenda para um aprofundamento do tema. Na doutrina nacional, também estabelecendo um paralelo entre a *Verwirkung* alemã e o instituto da *suppressio* e definindo a última como "perda de uma situação jurídica de vantagem, pelo não exercício em lapso de tempo tal que gere no sujeito passivo a expectativa legítima de que a situação jurídica não seria mais exercida" cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e suppressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil*. In: *Revista de Processo (RePro)*. Ano 34. vol. 171. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2009, pp. 36/37. Optou-se neste trabalho, porém, por incluir a proteção das expectativas legítimas oriundas de *omissões estatais* também sob o manto da proteção da confiança, sem estabelecer tal diferenciação.

A base da confiança consiste, assim, no comportamento, ação ou omissão do poder público que se encontra na gênese da confiança ou expectativa legítima.⁹⁵ Corresponde ao *comportamento objetivo do poder público* referido por Luís Roberto Barroso.⁹⁶

A base da confiança, segundo entende a doutrina contemporânea,⁹⁷ não se restringe aos atos administrativos, mas pode consistir em qualquer ato estatal *lato sensu*. Assim, atos legislativos ou decisões judiciais podem também, ao lado dos atos da Administração Pública, constituir base da confiança e ensejar a incidência do princípio da proteção da confiança como mecanismo de proteção a expectativas legítimas deles originadas.

Importante questão inserida na temática dos atos estatais que constituem *base da confiança* é a da possibilidade de se invocar como base da confiança um ato normativo editado sob regimes extremamente injustos e que tenha servido de fundamento para práticas violadoras de direitos humanos, tal qual se deu, por exemplo, no regime nazista.

A discussão acerca desse particular aspecto da caracterização da base da confiança foi fortemente influenciada pelo pensamento de Gustav Radbruch, segundo o qual a própria validade do ordenamento jurídico está condicionada a um mínimo de justiça material, naquilo que se tem denominado "*Fórmula de Radbruch*". Segundo essa fórmula, a justiça material funciona como um *limite universal* para o Direito, permitindo dizer o que *não pode ser considerado Direito*; embora a legislação tenha precedência enquanto fonte do direito, se esta se opuser de forma intolerável à justiça, haverá de sucumbir perante a justiça.⁹⁸

⁹⁵ Registram-se, na doutrina, tentativas de elaboração do princípio da proteção da confiança sob uma perspectiva mais ampla, de forma a alcançar não apenas *comportamentos estatais*, mas também *comportamentos praticados por outros sujeitos*, inclusive por agentes privados, de forma que a *base da confiança* não seria apenas um *comportamento ou ato do poder público* apto a despertar a confiança do cidadão, mas um "comportamento inicial, independentemente de quem o tenha realizado" (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 132). Contudo, a ampliação do conceito de *base da confiança* e do próprio princípio da proteção da confiança, de forma a alcançar as mudanças de comportamento por quaisquer agentes públicos ou privados, é discussão que não se faz necessária aos objetivos do estudo aqui desenvolvido, cujo foco é a incidência do princípio da proteção da confiança nas *modificações na jurisprudência*, as quais são operadas sempre pelo Estado-juiz, qualificando-se, portanto, como um *comportamento estatal que frustra a confiança* depositada no entendimento judicial anteriormente prevalente, razão pela qual a concepção do princípio da proteção da confiança e da base da confiança, que limita sua incidência às mudanças de comportamento estatal, atende adequadamente aos propósitos do presente estudo.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, pp. 281/282.

⁹⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança* (...). *Op. Cit.*, p. 84; ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* (...). *Op. cit.*, p. 373; QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, p. 128.

⁹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, pp. 151/156.

De fato, construiu-se o raciocínio, a partir do pensamento de Radbruch, no sentido de que, embora a incidência da regra da irretroatividade da lei penal mais gravosa não permita considerar ilícita *a posteriori* conduta praticada com base em norma que à época a legitimava, tal vedação deve ser afastada em situações de extrema excepcionalidade, nas quais a norma legitimadora da conduta a ser reprimida tenha sido editada em regimes nos quais se deram graves violações a direitos humanos e servido de fundamento a estas mesmas violações.⁹⁹

Em outras palavras, o entendimento sobre tema tem sido o de que “não merece ser tutelada a confiança amparada em um dispositivo excessivamente injusto e que, portanto, não seja capaz de se tornar uma norma jurídica”, ou seja, um ato de tal natureza “não serve de base para a existência da confiança”.¹⁰⁰

Os processos realizados em Nuremberg (*Nürnberg*), na Alemanha, para julgamento de crimes de guerra e contra a humanidade após a 2ª Guerra Mundial,¹⁰¹ são um excelente exemplo dessa orientação, na medida em que neles se impuseram punições a condutas praticadas durante o regime nacional-socialista alemão, embora respaldadas em normas então vigentes, eis que estas se afiguravam extremamente violadoras de direitos humanos.¹⁰²

⁹⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 154.

¹⁰¹ Embora apenas o processo principal (*Hauptkriegsverbrecherprozess*) seja usualmente lembrado, houve em Nuremberg, além deste processo, outros doze processos subsequentes (*Nachfolgeprozesse*) com o objetivo principal de punir crimes de guerra (*Kriegsverbrechen*) e contra a humanidade (*Verbrechen gegen die Menschlichkeit*) (URBAN, Markus. *Die Nürnberger Prozesse: Kurzführer*. Nürnberg: Sandberg Verlag, 2008, pp. 56/58). Em agosto de 1945 os Aliados divulgaram uma lista com 24 nomes de expoentes do regime nacional-socialista que seriam julgados, número que seria reduzido para 21, eis que dois réus foram excluídos e um deles (Martin Borman) estava desaparecido (*ibidem*, pp. 26/28). O processo principal iniciou-se com uma audiência inaugural e praticamente simbólica realizada em Berlim em 18 de outubro de 1945, na qual foram apresentadas as acusações e na qual os juízes escolhidos (dois americanos, dois ingleses, dois soviéticos e dois franceses, sob presidência de um juiz inglês) prestaram juramento. A partir daí, todo o processo se desenvolveu em Nürnberg, a partir de 20 de novembro de 1945 (*ibidem*, pp. 32/34), sobrevivendo a sentença em 1º de outubro de 1946 (*ibidem*, p. 44). Imediatamente após, iniciaram-se os doze processos subsequentes, estes conduzidos exclusivamente pelos americanos, nos quais foram julgados médicos, juristas, industriais, militares e servidores públicos que colaboraram com o regime nacional-socialista, sendo a última sentença proferida em 11 de abril de 1949 (*ibidem*, pp. 56/58).

¹⁰² Já em sua exposição de abertura, realizada na audiência de 20 de novembro de 1945 em Nuremberg, o promotor-chefe (*Chefankläger*) da acusação americana, Robert H. Jackson, deixou claro que o julgamento não se faria com fundamento naquilo que a legislação alemã do regime nacional-socialista eventualmente autorizasse, mas sim por um conjunto de regras internacionalmente válidas cuja definição exata era um dos objetivos do processo que se iniciava, a fim de que no futuro violações de direitos humanos como as ocorridas não mais viessem a se repetir (*ibidem*, pp. 38/40).

Como segundo requisito para a aplicação do princípio da proteção da confiança, tem-se a *existência da confiança no plano subjetivo*,¹⁰³ ou seja, não é suficiente um ato estatal apto a originar expectativas legítimas, sendo necessário aferir se há concretamente uma expectativa a ser tutelada, em razão do efetivo depósito da confiança na permanência no ato estatal.

Assim, se o beneficiário desconhecia a postura da Administração, inexistente confiança legítima a ser tutelada, não havendo razão para a incidência do princípio.¹⁰⁴ Há de se aferir, portanto, pela análise do comportamento adotado pelo administrado, se este efetivamente confiou na manutenção do comportamento estatal que constitui base da confiança.

Relaciona-se, ainda, a existência da confiança num plano subjetivo à exigência de que o administrado esteja de boa-fé (neste ponto, referimo-nos à boa-fé subjetiva e não mais à boa-fé objetiva),¹⁰⁵ ou seja, é preciso que o administrado efetivamente confie na higidez e na legalidade do ato administrativo que constitui base da confiança. Assim, restando comprovado que o administrado conhecia a ilegalidade do ato da Administração, inexistente boa-fé e, portanto, não se pode falar em expectativa legítima de manutenção do ato ilegal.¹⁰⁶

Da mesma forma, se o ato da Administração invocado como base da confiança foi praticado em razão de erro provocado pelo próprio administrado, que, por exemplo, dela omitiu informações relevantes, não merecerá proteção a confiança eventualmente por ele depositada na manutenção do ato. Em situações como a descrita, o administrado é aquilo que se tem denominado *fonte do erro*, circunstância que exclui a existência da confiança no plano subjetivo e, conseqüentemente, a incidência do princípio da proteção da confiança.¹⁰⁷

Exigem, ainda, os doutrinadores, para incidência do princípio, que o destinatário do ato demonstre, por condutas concretas e objetivamente aferíveis, a confiança depositada na manutenção do ato estatal.¹⁰⁸ Tal aferição se realiza pela análise de manifestações ou atuações

¹⁰³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 89/95.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 89.

¹⁰⁵ QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 129; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, p. 373.

¹⁰⁶ Como bem leciona Valter Shuenquener de Araújo, “expectativas baseadas em fraude não são legítimas e, por isso, não merecem ser protegidas” (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 91/92).

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 92/93.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 95. No mesmo sentido: QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 136.

concretamente adotadas pelo cidadão e que permitam objetivamente identificar que este se comportou em conformidade com uma crença na estabilidade da postura adotada pela Administração, colocando em prática a confiança que pretende ver tutelada.¹⁰⁹

Como exemplo dessa concreta atuação exigida do particular, exemplifica Valter Shuenquener a situação de um empresário que, confiando na obtenção de um benefício fiscal, realiza investimentos e vem a ter, pouco depois, o benefício cancelado.¹¹⁰ Nessa situação, é possível identificar um nexo de causalidade entre a atuação do particular (realização de investimentos) e um comportamento estatal (concessão do benefício fiscal), que se exterioriza por meio de atos concretos (como, por exemplo, a construção de um parque industrial).

Na mesma linha, Antonio do Passo Cabral leciona que

[...] a confiança pode ficar caracterizada, na prática, pela realização de gastos e despesas, pelo anúncio público de adesão às consequências do comportamento inicial, pela adoção ou abstenção de atos por conta da primeira conduta, pela ausência de sinalização de mudança futura de comportamento etc.¹¹¹

Por fim, para que seja aplicável no caso concreto o princípio da proteção da confiança, faz-se necessária a existência de um ato estatal contrário ao comportamento inicial da Administração e que serviu de fundamento à prática de atos concretos pelo particular. Em outras palavras, exige-se que a Administração, por um comportamento seu, frustre a confiança depositada pelo particular em anterior ato por esta abandonado.¹¹²

Embora estejamos de acordo com os quatro requisitos apresentados por Humberto Ávila e Valter Shuenquener de Araújo, pensamos que há um aspecto adicional a ser considerado, no que diz respeito ao segundo (*existência da confiança no plano subjetivo*) e ao terceiro (*exercício concreto da confiança*) requisitos por eles definidos, quando se trata da aplicação do princípio da proteção da confiança às modificações na jurisprudência.

¹⁰⁹ Sobre as críticas a este requisito, bem como à atenuação de sua exigência, cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, pp. 390/393 e 410/412.

¹¹⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 98.

¹¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 318.

¹¹² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 103.

Idealmente, quando tratados os requisitos no âmbito das relações administrativas e tributárias havidas entre Estado e cidadão, a aferição concreta do atendimento a estes dois requisitos é realizada caso a caso, pela análise individualizada da conduta de cada administrado ou contribuinte, frente a um concreto ato da Administração Pública ou da Administração Fazendária. A proposta é exatamente uma análise individualizada e casuística.

Ao se tratar das modificações na jurisprudência, a exigência de uma análise individualizada ou casuística deve necessariamente sofrer uma atenuação, na medida em que tanto a existência da confiança no plano subjetivo, quanto o exercício concreto da confiança, embora devam estar presentes, em conjunto com os demais requisitos (base da confiança e comportamento contrário do poder público), são aferidos não de forma casuística ou individualizada, mas de forma global, analisando-se *grupos de casos* ou *grupos de situações* em que se encontrem os jurisdicionados frente ao entendimento jurisprudencial superado.

A atenuação desses requisitos, no que diz respeito à exigência de sua análise individualizada, é necessária na temática das modificações na jurisprudência, na medida em que, nesta seara, exigir-se a análise caso a caso obstaría que as técnicas de proteção da confiança recebessem uma aplicação uniforme pelos tribunais que operam a modificação na jurisprudência, resultando em uma indesejável dispersão de entendimentos acerca da extensão da proteção a ser conferida à confiança depositada no entendimento superado, do que resultariam insegurança jurídica e tratamentos anti-isonômicos aos jurisdicionados.

Desta forma, embora reconhecendo como necessário o atendimento aos quatro requisitos propostos, no que diz respeito especificamente aos requisitos relativos à *existência da confiança no plano subjetivo* e ao *exercício concreto da confiança*, pensamos ser possível, em se tratando da aplicação do princípio às modificações na jurisprudência, que a verificação do atendimento a esses requisitos seja realizada pelo Judiciário de forma global, a partir da identificação dos *diferentes grupos de casos* ou *grupos de situações* em que se encontrem os jurisdicionados afetados pela modificação de entendimento jurisprudencial.

Este conjunto de condições ou requisitos desenvolvidos pela doutrina, como balizas à aplicação do princípio da proteção da confiança, servem como freios a uma invocação indiscriminada do princípio, que poderia, no limite, conduzir a uma situação de insegurança

jurídica contrária à própria finalidade por ele perseguida, que é justamente a de ampliar o leque de proteção estatal à segurança jurídica inerente ao Estado de Direito.

1.6. Críticas ao princípio da proteção da confiança

Do quanto se expôs, constata-se que o princípio da proteção da confiança representa um avanço na proteção, principalmente do cidadão, diante das modificações no comportamento estatal. Trata-se de tutela complementar àquela proporcionada pelos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito e que pode ser igualmente extraída do conteúdo material do Estado de Direito, em conformidade com a já referida corrente de derivação Estado de Direito – segurança jurídica – proteção da confiança.

Não obstante, a utilização do princípio não é imune a críticas por parte daqueles que nele veem um campo para subjetivismos capazes de gerar, contraditoriamente às próprias finalidades por ele buscadas, um cenário de insegurança jurídica. Sobre as principais críticas lançadas contra o princípio, valemo-nos, em especial, do estudo desenvolvido por Valter Shuenquener de Araújo, em sua já referida obra sobre o tema.

Uma dessas críticas se direciona ao que seria um excessivo incremento do campo de atuação do Poder Judiciário, enquanto Poder ao qual incumbe controlar em última instância a aplicação do princípio, o que configuraria um desequilíbrio no modelo de separação de poderes estabelecido na Constituição.

Como bem ressaltou Valter Shuenquener de Araújo, a crítica não procede, pois nos Estados Democráticos é função do Poder Judiciário a guarda da Constituição e o controle dos atos da Administração. O princípio da proteção da confiança é apenas mais um instrumento de controle do qual pode se servir o Judiciário, ao lado de tantos outros de que já se utiliza no cumprimento de sua missão (controle de constitucionalidade, controle de legalidade, controle sob o prisma da moralidade administrativa). A utilização do princípio, no entanto, exige, tal

como em relação a todos os demais instrumentos, a necessária prudência e, em especial, uma adequada ponderação dos interesses em conflito.¹¹³

Outra crítica colhida na obra de Valter Shuenquener é a de que a aplicação do princípio levaria a um engessamento da Administração, ante o temor desta quanto às imprevisíveis consequências decorrentes de eventuais mudanças nas posturas do Estado.¹¹⁴

Tal crítica também não procede, como leciona o autor, eis que, ao contrário de conduzir a um engessamento, a aplicação do princípio levará a um aperfeiçoamento da atuação administrativa, pois a Administração, ao implementar mudanças, deverá avaliar de maneira criteriosa seus impactos sobre a vida dos administrados, adotando medidas para minimizar a frustração de suas expectativas legítimas.

Essa discussão tem grande aplicabilidade ao tema das modificações na jurisprudência, na medida em que seria possível argumentar que a incidência do princípio da proteção da confiança levaria a uma perenização de entendimentos judiciais equivocados. Na linha do que defende Valter Shuenquener para o direito administrativo, sustenta-se no presente trabalho que a aplicação do princípio levará não a um engessamento da jurisprudência, mas sim a um aperfeiçoamento da atuação do Poder Judiciário, que deverá considerar de maneira mais rigorosa as consequências projetadas pelas alterações de seus entendimentos sobre as expectativas a partir deles originadas, adotando as medidas adequadas à atenuação de eventuais efeitos negativos. Cabe lembrar, no ponto, que o CPC/2015 expressamente contempla, no artigo 927, §4º, a incidência do princípio nas modificações na jurisprudência.

Valter Shuenquener de Araújo aponta ainda, como crítica presente na doutrina, a afirmação de que a aplicação do princípio da proteção da confiança teria o efeito danoso de inibir a disposição dos administradores em divulgar informações que possam ser utilizadas contrariamente a seus interesses.¹¹⁵

¹¹³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 119/121.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 121/122.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 124.

Para rebater tal crítica, é de se destacar, de início, como bem observou o autor, a ausência de estudos empíricos que deem suporte a tal assertiva, o que compromete severamente o argumento, que se baseia em uma premissa fática não demonstrada.

De outra parte, anotamos que se verifica uma tendência mundial de ampliação da transparência pública e dos instrumentos voltados a assegurá-la. Entre nós, por exemplo, destaca-se a Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação, que ampliou significativamente o rol de mecanismos disponíveis para que o cidadão possa exigir o fornecimento pelo Poder Público de informações de interesse geral.

Esta lei, alinhando-se a uma tendência mundial,¹¹⁶ regulou tanto a transparência passiva (divulgação espontânea, inclusive nos sítios oficiais na internet), quanto a transparência ativa (mediante requisição do cidadão), de forma que não se vislumbra como concretamente possa a aplicação do princípio da proteção da confiança conduzir a uma negativa de fornecimento de informações de interesse geral.

Outra crítica ao princípio se direciona ao fato de que sua aplicação pode conduzir à preservação de situação jurídica contrária à lei, gerando um conflito entre este princípio e o princípio da legalidade.¹¹⁷ A contrariedade, leciona Valter Shuenquener de Araújo, seria, no entanto, apenas aparente, na medida em que os princípios não se contrapõem, mas sim a aplicação do princípio da legalidade há de se dar com a observância das expectativas legitimamente depositadas pelo administrado na conduta da Administração, ainda que esta venha a ser reconhecida ilegal,¹¹⁸ desde que, é claro, estejam atendidas as condições exigidas para a incidência do princípio da proteção da confiança, como exposto anteriormente.

Por fim, com relação à crítica de que a aplicação do princípio da proteção da confiança levaria a um demasiado incremento no número de ações judiciais em face do Estado,

¹¹⁶ Sobre o tema no plano do direito internacional, consulte-se, a respeito, o artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos, o artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção de Aarhus (1988), o artigo 9º da Convenção da União Africana sobre a Prevenção e Combate à Corrupção, a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão e os arts. 10 e 13 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003). Ainda, sobre o tema, recomenda-se a leitura do amplo trabalho de direito comparado coordenado pela UNESCO: MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. Tradução de Marsel N. G. de Souza. 2. ed rev. e atual. Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em: <http://portal.unesco.org/ci/en/files/26159/126398551119freedom_information_pt.pdf/freedom_information_pt.pdf>. Acesso em: 31 out. 2015.

¹¹⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 129.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 131.

congestionando ainda mais o Poder Judiciário, corretamente observa a doutrina que a mesma carece do necessário suporte em levantamentos estatísticos que demonstrem uma relação entre a aplicação do princípio e o incremento no número de ações ajuizadas.¹¹⁹

1.7. Mecanismos de proteção da confiança

Estabelecida a premissa de que o Estado deve respeitar as expectativas legítimas formadas a partir da sua própria atuação, na medida em que esta tem a aptidão de induzir e orientar comportamentos, importa definir as formas mediante as quais o princípio da proteção da confiança atua ou, em outras palavras, quais os mecanismos de que o Estado pode se servir para proteger a confiança depositada na continuidade dos atos estatais.

Sobre o tema, destaca a doutrina haver basicamente duas grandes linhas de atuação do princípio da proteção da confiança, uma delas proporcionando ao cidadão uma *proteção procedimental* e outra proporcionando uma *proteção substancial*.¹²⁰

1.7.1. A proteção procedimental da confiança

A proteção procedimental é, como sua designação indica, uma proteção relacionada aos procedimentos utilizados pelo Estado, quando da edição de atos que possam frustrar expectativas legítimas de seus destinatários. São mecanismos voltados principalmente à adoção de um procedimento democrático e contraditório de decisão, em que os destinatários do ato tenham a possibilidade de concretamente se fazer ouvir pelo Estado e tenham seus argumentos efetivamente considerados, quando do processo de decisão para a edição de atos que, frustrando expectativas, lhes sejam desfavoráveis.

Em síntese, a proteção procedimental impõe ao Estado respeitar o direito do cidadão de ser ouvido antes da tomada de decisão, o que pode ser feito por mecanismos de variada

¹¹⁹*Ibidem*, p. 125.

¹²⁰*Ibidem*, p. 207.

ordem, tais como notificação prévia do administrado para que se manifeste sobre o ato a ser praticado, realização de audiências públicas ou, ainda, a notificação de entidades representativas dos interesses em discussão, a fim de que contribuam com sugestões.

Na esfera jurisdicional, a proteção procedimental se manifesta também de diferentes formas. A título exemplificativo, nas modificações na jurisprudência consolidada, é possível conceber-se um procedimento que considere uma prévia discussão pública do tema, pela realização de audiências públicas ou pela intervenção de *amici curiae*.¹²¹⁻¹²²

De outra parte, a vedação às decisões-surpresa,¹²³ que, a partir de discussões na doutrina alemã, incorporou-se ao §139, alínea 2,¹²⁴ da *Zivilprozessordnung (ZPO)*, e agora, entre nós, está prevista no CPC/2015,¹²⁵ pode ser considerada um desdobramento do dever que se impõe ao juiz de velar, no exercício de sua atividade diretiva do processo, pelo regular desenvolvimento de um diálogo processual entre as partes e destas com o juiz, acerca de todas as questões relevantes ao julgamento da causa.

¹²¹ O CPC/2015, como se abordará no último capítulo, expressamente incorporou tais mecanismos de proteção procedimental da confiança, no §2º de seu artigo 927, nos seguintes termos: "§2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese".

¹²² Como observa Cassio Scarpinella Bueno, o plural de *amicus curiae*, conforme lição de Napoleão Mendes de Almeida, é *amici curiae* e não *amici curiarum* (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 46). É também a forma de plural registrada no verbete *amicus curiae* do Black's Law Dictionary (GARNER, Bryan A. *et al. Black's Law Dictionary*. Ninth Edition. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2009, p. 98).

¹²³ Cf., sobre o tema, estudo por nós desenvolvido: A vedação às decisões-surpresa no novo código de processo civil. In: GAJARDONI, Fernando (org.). *Coleção repercussões do novo CPC: magistratura*. vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

¹²⁴ §139, Ab. 2.: Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. Em tradução livre: "O tribunal, exceto quando afetado apenas um crédito acessório, somente está autorizado a fundamentar sua decisão em questão que uma parte visivelmente ignorou ou considerou irrelevante, se ele apontou para essa questão e deu à parte oportunidade para sobre ela se manifestar. O mesmo se aplica a uma questão que o tribunal apreciou de forma diferente de ambas as partes". O *crédito acessório (Nebenforderung)*, a que se refere o regramento, como exceção à garantia, constitui a parcela não excedente de cerca de dez a quinze por cento do valor da coisa litigiosa (ZIMMERMANN, Walter. *Zivilprozessordnung*. 9., neu bearbeitete Aufl. [S.l.]: ZAP Verlag, 2011, p. 330; SAENGER, Ingo (Hrsg.). *Zivilprozessordnung*. 4. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011, p. 461). O dispositivo em questão foi introduzido pela lei de reforma do processo civil alemão de 27 de julho de 2001, denominada *ZPO-Reformgesetz* (GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*. 6. éd. Paris: Dalloz, 2011, p. 1.071).

¹²⁵ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Assim, deve o juiz, na omissão, indicar às partes questões não debatidas que se revelem importantes à formação do seu convencimento, de forma a que não sejam as partes surpreendidas por decisão que se apóie em fundamentos não abordados no processo, qualificando-se, portanto, como clara manifestação do contraditório participativo e do direito fundamental¹²⁶ de ser ouvido em juízo (*Anspruch auf rechtliches Gehör*),¹²⁷⁻¹²⁸ vinculando-se, assim, a uma proteção procedimental da confiança.

Também no direito processual italiano se identifica regra proibitiva da prolação de decisões-surpresa (*sentenze “a sorpresa”* ou *sentenze della “terza via”*), consistente no artigo 101, §2º, do Código de Processo Civil, incluído pela reforma processual de 2009,¹²⁹ o qual impõe expressamente a nulidade da decisão proferida com base em questões conhecidas de ofício não submetidas prévia e especificamente à discussão das partes.¹³⁰

O direito processual português, inicialmente com o artigo 3º, número 3, do Código de Processo Civil de 1961 (CPC/61), incluído pela reforma de 1996 (Decreto Lei nº 180/96), posteriormente reproduzido no artigo 3º, número 3, do Código de Processo Civil de 2013 (CPC/2013) (aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho), e o direito processual francês, com as disposições contidas no artigo 16 de seu Código de Processo Civil e no artigo R.611-7, alínea 1, do Código de Justiça Administrativa, igualmente se orientaram pela incorporação de regras impeditivas da prolação de decisões-surpresa,¹³¹ alinhando-se à visão contemporânea do contraditório participativo e da consequente necessidade de introdução, no processo, de mecanismos de proteção procedimental da confiança.

¹²⁶ Previsto expressamente no artigo 103, inciso I, da Constituição Alemã: *Artikel 103, (1), GG*: "Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör" (Em tradução livre: "Todos têm o direito de ser ouvido perante o Tribunal").

¹²⁷ "Obwohl es Aufgabe der Parteien ist, den Prozessstoff eigenständig vorzutragen, muss das Gericht darauf hinwirken, dass sie dieser Aufgabe gerecht werden. Deshalb wird der Verhandlungsgrundsatz durch die Regeln über die materielle Prozessleitung in §139 ergänzt. Durch Hinweise und Anregungen kann der Richter Einfluss auf Verhalten und Vorbringen der Parteien nehmen. [...] §139 Abs. 2 ist eine besondere Ausprägung des Anspruchs auf rechtliches Gehör." (Em tradução livre: "Embora seja tarefa das partes expressar independentemente a matéria a ser julgada, o Tribunal deve diligenciar para que elas cumpram corretamente esta tarefa. Por isso, o princípio do contraditório é complementado por meio das regras sobre a direção material do processo contidas no §139. Por meio de indicações e estímulos o juiz pode influir no comportamento e nas alegações das partes. [...] O §139, Abs. 2, é uma especial faceta do direito de ser ouvido em juízo") (POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. München: C.H. Beck, 2009, p. 20).

¹²⁸ ROMANO NETO, Odilon. A vedação às decisões-surpresa no novo código de processo civil. *Op. cit.*, p. 312.

¹²⁹ Lei nº 69, de 18 de junho de 2009.

¹³⁰ ROMANO NETO, Odilon. A vedação às decisões-surpresa no novo código de processo civil. *Op. cit.*, pp. 313/315.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 315/319.

Por fim, o estabelecimento de normas rígidas a orientar a motivação de decisões administrativas ou judiciais, como as introduzidas entre nós pelo CPC/2015, seja em caráter geral, no artigo 489,¹³² seja com relação às modificações na jurisprudência, para as quais se passou a exigir *fundamentação adequada e específica*,¹³³ pode também ser considerado, ainda que de forma reflexa, um importante instrumento de proteção procedimental da confiança, na medida em que assegura ao administrado ou ao jurisdicionado que seus argumentos, deduzidos previamente à modificação, foram efetivamente considerados. Assegurar a prévia manifestação do administrado ou do jurisdicionado, sem garantia de que seus argumentos serão efetivamente levados em consideração, seria transformar a abertura do diálogo prévio em mera formalidade.

1.7.2. A proteção substancial da confiança

A proteção substancial, por sua vez, não atua no procedimento para a mudança de comportamentos estatais (etapa precedente à alteração e revestida de natureza instrumental), mas consiste especificamente em mecanismos de proteção relacionados ao próprio conteúdo das modificações empreendidas pelo Estado ou à gestão dos efeitos por estas projetados.

¹³²Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

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

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

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

[...]

¹³³Art. 927. [...]

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

Como destaca Valter Shuenquener de Araújo,¹³⁴ a proteção substancial da confiança pode se apresentar sob três formas distintas: (1) pela preservação do ato do poder público que serve de base da confiança, (2) pela criação de regras de transição e (3) pela instituição de medidas compensatórias ao administrado atingido pela modificação do comportamento.

A proteção da confiança pela preservação do ato ou, mais apropriadamente, pela "preservação da posição nele alicerçada",¹³⁵ ocorre quando o Estado preserva as posições jurídicas surgidas a partir dos atos já praticados, ainda que em desconformidade com o entendimento que passa a adotar a partir de um determinado momento.

Nas palavras de Guilherme Camargos Quintela, nessa modalidade de proteção, que qualifica como *maximalista*, "a mudança de linha de entendimento por parte do poder público seria inaplicável"¹³⁶ àquele que tem a sua expectativa frustrada pelo Estado.

Importante manifestação em nosso sistema jurídico desta modalidade de proteção substancial da confiança é o artigo 2º, XIII, da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, o qual veda a aplicação retroativa de nova interpretação adotada pela Administração. Se o Estado vinha adotando determinado comportamento (v.g., a expedição de autorizações para que o particular desenvolva atividades, realize obras etc) com base em uma interpretação da legislação, vindo posteriormente a entender, em nova interpretação, que aquele comportamento se encontrava equivocado, não pode retroagir o novo entendimento, de forma a prejudicar o administrado que, confiando na regularidade da primeira interpretação, praticou atos ou orientou sua atividade empresarial.

De outra parte, no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, a denominada modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nada mais é do que uma forma de prestigiar a confiança depositada pelos jurisdicionados na conformidade dos atos normativos e legislativos com a Constituição, preservando atos e situações que se consolidaram antes da declaração de inconstitucionalidade.

¹³⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 220.

¹³⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. *Op. cit.*, p. 1249.

¹³⁶ *Segurança jurídica e proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, p. 146.

A proteção da confiança por meio da introdução de regras de transição, por sua vez, revela-se adequada quando modificações legislativas ou constitucionais afetam relações jurídicas continuativas iniciadas sob o regramento anterior, mas que ainda não se encontravam, por ocasião da mudança de regramento, completamente consolidadas, de forma a se qualificar como um direito adquirido.¹³⁷

Como precisamente leciona Canotilho, "a aplicação das leis não se reconduz, de forma radical, a esquemas dicotômicos de estabilidade/novidade" ou, ainda, não se apresenta em um rígido antagonismo entre "permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova norma".¹³⁸ É possível, ao contrário, encontrar-se soluções intermediárias para a incidência de alterações legislativas sobre relações jurídicas continuativas, sendo que as regras de transição cumprem este papel, acomodando de forma menos traumática as legítimas expectativas frustradas pela modificação no ordenamento.

Dentre as diferentes formas segundo as quais as regras de transição podem atuar para a proteção de expectativas geradas pelo regramento anterior,¹³⁹ destaca-se a criação de uma disciplina normativa própria para regular as posições jurídicas constituídas em conformidade com o regramento precedente, mas ainda não consolidadas por ocasião de sua alteração.

É o que se dá, por exemplo, na seara previdenciária, ao se introduzirem regras que tornam mais rigorosos os requisitos para obtenção de benefícios, situação que recomenda, a fim de não se frustrarem as legítimas expectativas daqueles que pretendiam obter benefícios previdenciários, a introdução – paralelamente às modificações do sistema previdenciário – de regras de transição que tornem menos traumática para os segurados essa alteração.¹⁴⁰

¹³⁷ Estivesse presente um direito adquirido, sequer seria necessário se recorrer ao princípio da proteção da confiança para a sua preservação, na medida em que o direito encontraria expressa proteção constitucional no art. 5º, inc. XXXVI ("a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada").

¹³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. *Op. cit.*, p. 263.

¹³⁹ Ainda segundo a lição de Canotilho, "[...] os instrumentos do direito transitório são vários: confirmação do direito em vigor para os casos cujos pressupostos se gerarem e desenvolverem à sombra da lei antiga; entrada gradual em vigor da lei nova; dilatação da *vacatio legis*; disciplina específica para situações, posições ou relações jurídicas imbricadas com as 'leis velhas' e com as 'leis novas'" (*ibidem*, p. 263).

¹⁴⁰ Entre nós tal modalidade de proteção se fez presente na Emenda Constitucional nº 20/98 que, reformando o sistema previdenciário e tornando, de forma geral, mais rigorosos os requisitos para a obtenção de benefícios previdenciários, preservou, de um lado, o direito adquirido daqueles que já haviam preenchido todas as condições para a obtenção de um benefício sob o regramento anterior e, de outro, em relação aos que ainda não haviam preenchido tais requisitos, estabeleceu regras de transição para amenizar a transição para o regime novo, instituindo aquilo que na seara previdenciária se tem usualmente denominado *pedágio*.

Não há uma preservação do sistema precedente de obtenção de benefícios previdenciários, mas o conjunto de regras introduzidas torna, para aqueles que já se encontravam em processo de aquisição de benefício, mais suave a transição, considerando, em alguma medida, o tempo já decorrido no sistema precedente.

Por fim, a proteção pela introdução de medidas compensatórias se dá quando não se entende adequada a preservação do ato anterior ou mesmo a introdução de regras de transição, mas cria-se algum tipo de compensação para aquele que depositou sua confiança no comportamento anterior do poder público.

1.8. A incorporação da proteção da confiança ao direito positivo e à jurisprudência nacionais

No Brasil, os estudos acerca do princípio da proteção da confiança se desenvolveram em período mais recente, sobretudo nos ramos do direito administrativo e do direito tributário, que identificaram sua presença na Constituição da República de 1988, eis que, embora sem uma formulação expressa, estaria "diluído na ordem jurídica como tendência marcante".¹⁴¹

Embora sem expressa menção na Constituição, o princípio da proteção da confiança encontrou eco no direito positivo brasileiro infraconstitucional, pela edição de alguns diplomas legais que o contemplaram, alguns de maneira implícita, outros explicitamente.

Digno de nota é o artigo 54 da Lei 9.784/99, a Lei do Processo Administrativo Federal, que prevê um prazo máximo de cinco anos para que a Administração anule atos administrativos ilegais dos quais decorram efeitos favoráveis ao administrado, salvo nas hipóteses em que demonstrada a má-fé do administrado, quando então a anulação poderá ser realizada, em princípio, a qualquer tempo.

Como ressalta a doutrina, no dispositivo legal em questão o legislador realizou, em abstrato, uma ponderação entre o princípio da legalidade e o princípio da proteção da

¹⁴¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, p. 147.

confiança, adotando como critérios, de um lado, o tempo decorrido desde a edição do ato ilegal e, de outro, um elemento subjetivo consistente na boa ou na má-fé do administrado favorecido pelo ato, de forma que, “ultrapassados os cinco anos de sua edição, o ato viciado em que esteja presente a boa-fé de seu destinatário não mais poderá ser desfeito”.¹⁴²

A crítica comumente direcionada ao dispositivo legal se fundamenta no fato de que o mesmo levou em consideração, como critério quase exclusivo para preservação do ato, o fator tempo, desconsiderando outros igualmente importantes em um juízo de ponderação quanto à preservação do ato, tais como a gravidade da falha, a fonte do erro e os sacrifícios patrimoniais a serem suportados pelo administrado.¹⁴³

Regra semelhante foi introduzida em nosso ordenamento também em relação ao processo administrativo na seara previdenciária. Com efeito, o artigo 103-A da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), incluído pela Lei 10.839/04, também previu um prazo decadencial de 10 (dez) anos, para que a Previdência Social reveja atos administrativos previdenciários dos quais decorram efeitos favoráveis ao segurado, salvo na hipótese de comprovada má-fé, circunstância que autoriza a revisão a qualquer tempo.

Na mesma linha, o poder atribuído ao STF de, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, modular os efeitos de tal declaração, preservando, no todo ou em parte, atos praticados sob a égide do ato normativo inconstitucional (artigo 27 da Lei 9.868/99 e artigo 11 da Lei 9.882/99), é outra manifestação do princípio da proteção da confiança.¹⁴⁴

Por fim, cabe referir que o princípio da proteção da confiança foi expressamente referido no CPC/2015, que impôs sua observância nas hipóteses em que houver modificações na jurisprudência consolidada, em conformidade com o disposto no §4º de seu artigo 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

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

¹⁴² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 146/147.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 148.

¹⁴⁴ RIBEIRO, Ricardo Lodi. A segurança jurídica na jurisprudência do STF. *Op. cit.*, pp. 349/351.

Estes são alguns exemplos que evidenciam estar o legislador brasileiro atento à necessidade de se preservar não apenas direitos adquiridos ou atos jurídicos perfeitos, mas também expectativas legitimamente depositadas nos comportamentos adotados pelo poder público, no que se inclui o próprio Poder Judiciário, que deverá respeitá-las por ocasião da alteração de entendimentos consolidados, seja em decorrência de um imperativo extraído da ordem constitucional, na qual se entende implicitamente contido o princípio da proteção da confiança, tal qual já vinha a doutrina defendendo, seja também em razão de expresse comando existente no novo Código de Processo Civil.

De outra parte, anota a doutrina que os tribunais nacionais há muito reconhecem a possibilidade de se preservar atos do poder público contrários ao ordenamento jurídico, postura evidenciada na jurisprudência relativa à irrepetibilidade de verbas alimentares percebidas ilegalmente, à manutenção de alunos matriculados em estabelecimentos de ensino por força de decisão liminar posteriormente revogada e à manutenção em cargo público de servidores empossados com base em provimento liminar supervenientemente cassado. Não obstante, essas decisões muitas vezes se fundamentavam mais em razões de ordem pragmática (como a denominada *teoria do fato consumado*), do que em razões principiológicas.¹⁴⁵

O emprego do princípio da proteção da confiança na fundamentação das decisões judiciais começa realmente a ganhar força nas últimas duas décadas, sobretudo por influência do pensamento do Ministro Gilmar Mendes, estando atualmente presente em variados julgados, não só do STF, mas também do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de tribunais de segundo grau, tanto na esfera estadual, quanto na esfera federal.¹⁴⁶

¹⁴⁵ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte (...)*. *Op. cit.*, p. 231.

¹⁴⁶ Para uma ampla enumeração de acórdãos que invocaram como fundamento o princípio da proteção da confiança, cf. RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte (...)*. *Op. cit.*, p. 231; SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro (...). *Op. cit.*, p. 279 e, ainda, QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 55 e 152/162. Dentre os acórdãos referidos pelos autores acima, destacam-se, a título ilustrativo: STF. Pleno. MS nº 22.357/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 27/05/2004. DJ 05/11/2004, p. 6; STF. Pleno. MS nº 26.603/DF. Rel. Min. Celso de Mello. j. 04/10/2007. DJe 19/12/2008; STF. Pleno. RE 197.917. Rel. Min. Maurício Corrêa. j. 06/06/2002. DJ 07/05/2004; STJ. 2ª Turma. REsp 1.139.486/DF. Rel. Min. Humberto Martins. j. 24/11/2009. DJe 07/12/2009; STJ. 1ª Turma. REsp 1.115.501/SP. Rel. Min. Luiz Fux. j. 10/11/2010. DJ 30/11/2010; STJ. 1ª Turma. REsp 1.143.216/RS. Rel. Min. Luiz Fux. j. 24/03/2010. DJ 09/04/2010; STJ. 1ª Turma. REsp 1.130.545/RJ. Rel. Min. Luiz Fux. j. 09/08/2010. DJ 22/02/2011. Além desses, muitos outros acórdãos de nossos tribunais fazem expressa referência ao princípio da proteção da confiança: STF, 2ª Turma, Pet. nº 2.900-3/RS-QO. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 27/05/03. DJ 01/08/03 (neste caso, o acórdão referendou decisão monocrática do relator que invocava o princípio da proteção da confiança, a partir de lição do Prof. Almiro do Couto e Silva); STF. Pleno. MS 24.268/MG. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. j. 05/02/2004. DJ 17/09/2004, p. 53; STF. Pleno. MS 30260/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia. j. 27/04/2011. DJe-166, divulg. 29/08/2011, public. 30/08/2011; STF. Pleno. RE 598.099/MS. Rel. Min. Gilmar

Assim, atualmente é possível afirmar, a partir de importantes julgamentos, que a jurisprudência do STF e do STJ reconhece o princípio da proteção da confiança como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito no Brasil.

A título de exemplo, destaca-se o julgamento da Ação Cível Originária nº 79/MT,¹⁴⁷ na qual foi discutida a constitucionalidade dos assim denominados *contratos de colonização* celebrados pelo ainda indiviso Estado de Mato Grosso na década de 1950, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento e a ocupação daquele Estado, por intermédio de empresas privadas, ditas colonizadoras, que comercializaram essas terras com particulares.

A discussão, consoante se colhe do relatório elaborado pelo Ministro Cezar Peluso, se referia à necessidade de prévia autorização do Legislativo (no caso, o Senado Federal) para alienação e concessão de terras a particulares, quando a sua área excedesse a dez mil hectares, conforme disposto no artigo 156, §2º, da Constituição da República de 1946.

Na medida em que concretamente os denominados *contratos de colonização* celebrados pelo ainda indiviso Estado de Mato Grosso, os quais configuraram verdadeiros atos de alienação das terras aos particulares, não contaram com tal autorização por parte do Legislativo, a conclusão, considerada a legalidade estrita, seria pela inconstitucionalidade dos atos de alienação e, conseqüentemente, pela imperatividade de seu desfazimento.

O julgamento foi marcado por intensos debates, tendo em vista que, embora a causa de pedir estivesse limitada à inobservância da autorização constitucionalmente exigida, várias questões delicadas foram nele aventadas, tais como a possível convalidação de atos de alienação relativos a áreas em terras indígenas ou de preservação ambiental, a existência de latifúndios improdutivos e, mesmo, como ressaltou o Ministro Ayres Britto em seu voto, a própria "nebulosidade quanto aos reais beneficiários dessas terras públicas".

Não obstante, por maioria, orientou-se o STF pela preservação dos atos de alienação, lastreando-se nas razões lançadas no voto do Ministro Cezar Peluso, que destacou a

Mendes. j. 10/08/2011. DJe-189 03/10/2011; STF. Pleno. ACO 79/MT. Rel. Min. Cezar Peluso. j. 15/03/2012. DJe-103 28/05/2012; STF. Pleno. ARE 709212/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 13/11/2014. DJe-032 divulg. 18/02/2015, public. 19/02/2015; STF. Pleno. MS 32033/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. j. 20/06/2013. DJe-033, divulg. 17/02/2014, public. 18/02/2014.

necessidade de se prestigiar a confiança depositada pelos colonos e atuais ocupantes na legitimidade dos atos de alienação, ressaltando-se que, circunscrita a causa à nulidade em razão da ausência de autorização do Senado, questões ambientais ou relacionadas a latifúndios improdutivos e terras indígenas poderiam ser discutidas, sem prejuízo, em outras ações.

Com efeito, ao que se colhe do voto do Ministro Cezar Peluso, vários fatores foram considerados para se preservar os *contratos de colonização*, apesar da reconhecida violação ao preceito constitucional, destacando-se, em especial, o longo período decorrido desde sua celebração (59 anos), as sucessivas alienações pelas quais tais terras passaram, perdendo-se no tempo a própria cadeia dominial e a própria *confiança oriunda da aparência de legalidade dos contratos* eis que "as concessões de domínio foram feitas por ente federado [...], o que, é de se presumir, despertou nos adquirentes fundada convicção da legalidade dos negócios".¹⁴⁸

Para o Ministro Cezar Peluso, "o Estado de Direito é sobretudo Estado de confiança", de forma que esta não pode ser desconsiderada, concluindo que não vê

[...] como nem por onde pronunciar, meio século depois, a nulidade das concessões de domínio feitas pelo Estado de Mato Grosso a pessoas jurídicas (as empresas de colonização) e físicas (colonos), sem grave ofensa aos princípios constitucionais e não menor transtorno a importantes relações de vida, constituídas e estabilizadas sob aparência de plena regularidade.

Embora o aspecto temporal pareça ter tido, no caso concreto, um peso determinante, eis que as relações contratuais questionadas estavam consolidadas há décadas, em vários momentos fica claro no voto do Ministro Cezar Peluso a importância de se prestigiar a confiança depositada pelos colonos na regularidade dos contratos celebrados à época.¹⁴⁹

¹⁴⁷ STF. Pleno. Ação Cível Originária nº 79/MT. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 15/03/2012. DJe-103 divulg. 25/05/2015, public. 28/05/2012.

¹⁴⁸ Quanto a este último ponto, destacou o Ministro Cezar Peluso em seu voto que "assim como no direito alemão, francês, espanhol e italiano, o ordenamento brasileiro revela, na expressão de sua unidade sistemática, e, na sua aplicação, vem reverenciando os princípios ou subprincípios conexos da segurança jurídica e da proteção da confiança, sob a compreensão de que nem sempre se assentam, exclusivamente, na observância da pura legalidade ou das regras *stricto sensu*. Isto significa que situações de fato, quando perdurem por largo tempo, sobretudo se oriundas de atos administrativos, que guardam presunção e aparência de legitimidade, devem estimadas com cautela quanto à regularidade e eficácia jurídicas, até porque, enquanto a segurança é fundamento quase axiomático, perceptível do ângulo geral e abstrato, a confiança, que diz com a subjetividade, só é passível de avaliação perante a concretude das circunstâncias" (grifos nossos).

¹⁴⁹ Com efeito, em outra importante passagem de seu voto, destacou o Ministro Cezar Peluso que "os colonos, destinatários últimos dos lotes, confiaram no Poder Público, duplamente: no Governo Federal, que empreendia a política de ocupação territorial sob o modelo das concessões de domínio, intermediadas e, em boa parte, financiadas pelas empresas colonizadoras; e, no Estado do Mato Grosso, que era o concedente. E, mais, nas décadas de 60 e 70, outras tantas ações governamentais, sob o mesmo espírito e propósito, foram aviadas no

Do quanto se expôs, resulta inegável que o princípio da proteção da confiança conta atualmente com expressa previsão no ordenamento positivo brasileiro, em especial no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, bem como com amplo acolhimento na jurisprudência dos tribunais superiores, em especial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o extrai dos princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica.

centro-oeste e no norte do Brasil, na região da Amazônia Legal. Nada fazia supor, objetivamente, que não valessem os títulos de propriedade concedidos" (grifos nossos).

2. O PAPEL CONTEMPORÂNEO DAS DECISÕES JUDICIAIS

2.1. Considerações iniciais

Os sistemas jurídicos contemporâneos, tanto aqueles ligados à tradição do *common law*, quanto aqueles cujas raízes se encontram na tradição do *civil law*, têm buscado desenvolver técnicas cujo objetivo é atenuar os efeitos negativos decorrentes de abruptas modificações na jurisprudência, de forma a prestigiar a confiança depositada pelos jurisdicionados na manutenção de entendimentos consolidados pelo Poder Judiciário.

Também no Brasil, como adiante se abordará, esta preocupação tem se apresentado na doutrina recente, encontrando sua máxima expressão no Código de Processo Civil de 2015, que buscou, em especial em seu artigo 927, estabelecer um regramento mínimo, com o objetivo de equilibrar, de um lado, a necessidade de evolução do direito e, de outro, a preservação de legítimas expectativas formadas sob a égide do entendimento antes prevalente.

No entanto, não é possível analisar o fenômeno das modificações na jurisprudência ou, ainda, as técnicas desenvolvidas tanto no direito nacional, quanto no direito estrangeiro, para atenuação dos impactos decorrentes dessas modificações sobre o regular desenvolvimento das atividades sociais, sem previamente tecer algumas considerações, ainda que breves, acerca do papel desempenhado pelas decisões judiciais nos sistemas jurídicos contemporâneos.

Com efeito, a preocupação manifestada por sistemas jurídicos pertencentes a diferentes tradições jurídicas em relação ao fenômeno das modificações na jurisprudência tem sua origem no reconhecimento de que a atividade desempenhada pelo Poder Judiciário teve sua importância maximizada nos Estados Democráticos, de forma que o produto final de sua atividade, as decisões judiciais, passou a ter uma importante função orientadora do comportamento em sociedade, atuando ao lado do legislador, e em complementação à atividade por este desenvolvida, na definição do direito vigente,¹⁵⁰ na medida em que reveste de maior concretude os comandos abstratos presentes na lei e nos atos normativos em geral.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 63 e 68.

O propósito do presente capítulo é, portanto, analisar algumas das questões relacionadas às funções contemporaneamente exercidas pelas decisões judiciais, naquilo que nos pareceu de maior interesse aos propósitos deste trabalho e, com isso, estabelecer algumas das premissas necessárias à análise do tema principal das modificações na jurisprudência.

2.2. A decisão judicial como atividade de criação do direito

A fim de se analisar os papéis desempenhados pelas decisões judiciais nos sistemas jurídicos contemporâneos, impõe-se tratar previamente de questão debatida tanto nos países de *common law*, quanto nos de *civil law*, qual seja, a controvérsia relativa à natureza da função jurisdicional, em relação à qual duas teorias se contrapõem, uma considerando-a atividade de criação do direito, ao passo que para a outra consistiria em simples atividade de descoberta ou de revelação de um direito já existente.

Relativamente a tal questão, desde logo se manifesta a adesão, no presente trabalho, ao entendimento de que a atividade jurisdicional deve ser qualificada como uma atividade de *criação* do direito, na medida em que complementa a atividade do legislador, agregando, por meio da atividade interpretativa, sentido e concreção aos textos por este elaborados.

Cabe, porém, antes mesmo de se iniciar a exposição acerca da evolução do pensamento jurídico a respeito dessa questão, a advertência inicial de que as assertivas de que o *juiz cria o direito* ou de que a jurisdição é uma *atividade de criação do direito* não encontram um sentido unívoco na doutrina, a elas correspondendo diferentes conteúdos, variáveis em razão do contexto em que utilizadas e do próprio doutrinador que delas faz uso.

Como bem demonstrou Victoria Iturralde, a afirmativa de que o *juiz cria o direito* pode ser compreendida em pelo menos cinco diferentes sentidos, quais sejam, (a) *criação em sentido formal*, concebendo-se cada decisão judicial como um ato normativo que introduz no sistema jurídico uma nova *ordem* ou *regra particular*, tal qual uma lei nova o faria,¹⁵¹ (b) *criação em sentido material* para o caso concreto, no sentido de que a decisão judicial

¹⁵¹ ITURRALDE, Victoria. Judicial decisions as a source of law in civil law: the spanish case. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP). Beiheft n. 69*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag Stuttgart, 1998, p. 133.

específica e dá densidade - no caso concreto - a uma regra geral e abstrata, elegendo um dentre seus possíveis significados, alinhando-se à proposição kelseniana de que a decisão judicial é a um só tempo ato de criação e ato de aplicação do direito,¹⁵² (c) *criação de uma norma particular*, na ausência de normas gerais e abstratas, suprindo lacunas existentes no ordenamento pelo recurso à analogia ou aos princípios gerais de direito¹⁵³ (d) *criação de regras gerais* que servirão de paradigma para julgamentos futuros (tal qual se dá com as decisões interpretativas da Corte Constitucional) ou, ainda, (e) *expulsão do ordenamento* de atos normativos inválidos, atuando como legislador negativo, em especial no exercício do controle de constitucionalidade.¹⁵⁴

Em linha semelhante, também apontando diferentes sentidos em que a expressão *criação do direito* pode ser compreendida, Nelson Nery Junior, ancorando-se em lição de Jörn Ipsen, afirma que o juiz exerce uma função criativa de três maneiras diversas, quais sejam, quando interpreta e aplica a casos concretos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais contidos na lei, quando supre lacunas existentes no ordenamento e quando corrige, pela via interpretativa, "imperfeições, incorreções e desconformidades da lei".¹⁵⁵

Dessa forma, dada a multiplicidade de sentidos que a expressão comporta, não é suficiente afirmar que a atividade jurisdicional é uma *atividade de criação do direito*,

¹⁵²*Ibidem*, p. 133. Consoante ressalta Kelsen, "[...] é desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite - a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo - entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior. [...] Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas" (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 261). Como bem observou Eduardo Couture, a doutrina de Kelsen "considera que la sentencia es una nueva norma dentro del sistema" (COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho processal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948, p. 78). Ainda sobre a perspectiva kelseniana, cf. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente*: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 157/161.

¹⁵³ ITURRALDE, Victoria. Judicial decisions as a source of law (...). *Op. cit.*, p. 133. É nesse sentido, por exemplo, que entre nós Rubens Limongi França, em clássica lição, escreveu que "se o legislador admite a omissão da lei, isto é, a sua falta de dispositividade em determinadas hipóteses, e manda que o juiz decida assim mesmo, não para, necessariamente, denegar o pedido, mas para solucioná-lo de acordo com elementos outros que não a própria lei, evidentemente está cometendo ao magistrado um poder *equivalente* ao do legislador, qual seja, o de deduzir um preceito particular, aplicável ao caso *sub judice*. O juiz, portanto, ante o silêncio da lei, tem, no Brasil, a missão de criar o Direito particular que constituirá o fundamento de sua sentença, ante o pedido concreto" (itálicos no original) (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 169).

¹⁵⁴ ITURRALDE, Victoria. Judicial decisions as a source of law (...). *Op. cit.*, pp. 134/136.

¹⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; _____. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 81.

impondo-se, para além disso, especificar o sentido em que tal expressão é utilizada. Feita esta advertência inicial, passa-se a expor, em breves linhas, a evolução do pensamento jurídico acerca da natureza da atividade jurisdicional.

Nos países de *civil law*, a proposição de que o juiz não exerceria, por meio da jurisdição, uma função criadora deriva da ideia difundida por Montesquieu de que uma tal função seria incompatível com os governos republicanos, nos quais o juiz deve apenas “observar a letra da lei”, tendo em vista que “não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida”.¹⁵⁶

Na visão de Montesquieu, a atuação do juiz deveria se limitar, nos Estados republicanos, à aplicação da lei em sua literalidade, abstendo-se de interpretá-la, eis que a interpretação seria fator de insegurança, na medida em que levaria a que se vivesse em sociedade “sem saber precisamente quais os compromissos que nela são assumidos”.¹⁵⁷

É a figura do juiz “boca da lei”, ou seja, do juiz que, nas clássicas linhas de Montesquieu, não é “mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor”.¹⁵⁸

Importante ressaltar que esta figura de um juiz *inanimado*, que aplica mecanicamente o que está disposto na lei, liga-se à ideia predominante à época e também defendida por Montesquieu,¹⁵⁹ de que seria possível a elaboração de leis dotadas de um grau de precisão e certeza próprio das ciências naturais, de forma a não restar espaço para a atividade interpretativa, qualificável como verdadeira deturpação do conteúdo da lei.¹⁶⁰⁻¹⁶¹

¹⁵⁶ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 89.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 168.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 172.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 598/602.

¹⁶⁰ “[...] le contexte intellectuel promet la conviction qu’il est possible d’élaborer des lois offrant la même certitude que les lois scientifiques, véritables axiomes euclidiens dont peuvent être déduits logiquement les conséquences applicables aux actes que ces lois régissent” (Tradução livre: “[...] o contexto intelectual promove a convicção de que é possível elaborar leis que ofereçam a mesma certeza que as leis científicas, verdadeiros axiomas euclidianos dos quais podem ser deduzidos logicamente as consequências aplicáveis aos atos que estas leis regem” (MEERBEECK, Jérémie Van. *De la certitude à la confiance* (...). *Op. cit.*, p. 259).

¹⁶¹ Assim, por exemplo, Voltaire, em seu clássico Dicionário Filosófico, cuja primeira edição data de 1764, sustenta que é necessário atender à exigência de que a lei seja *clara, uniforme e precisa*, de forma que *interpretá-la é quase sempre corrompê-la* (VOLTAIRE. *Dicionário filosófico*. Tradução de Pietro Nasseti. s/e. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 339).

As proposições de Montesquieu de que apenas o legislador poderia *criar o direito* e que, portanto, o *juiz não exerceria qualquer papel nesta criação* ganharam força com o Código Civil francês de 1804, logo depois conhecido como Código Napoleônico, em torno do qual se desenvolveu a *Escola da Exegese*, que predominou na França até quase o final do século XIX,¹⁶² e que via na *lei, como expressão da vontade geral*,¹⁶³ a centralidade do sistema jurídico, identificando o *Direito* com a *lei*,¹⁶⁴ contexto no qual à atividade judicial cabia unicamente identificar os fatos a serem julgados e subsumi-los aos textos legais, numa atividade de mera declaração, que nada acrescia à normatividade posta pelo legislador.¹⁶⁵

Tal concepção mecânica da atividade jurisdicional, exercida por um juiz "boca da lei", que simplesmente declara ou revela uma *vontade* ínsita no ordenamento, de forma que o Legislativo é o verdadeiro e talvez único centro de poder nos sistemas republicanos, teve significativa influência na doutrina processual do *civil law*.

Destaca-se, como importante exemplo dessa influência, o pensamento de Chiovenda, defensor da *teoria dualista*,¹⁶⁶ segundo a qual a ordem jurídica se divide em dois planos bem definidos, um plano do direito material e outro plano do direito processual ou do *processo*. No plano do direito material estão previstos pelo ordenamento jurídico de forma abstrata e genérica os direitos e as obrigações, bem como neste mesmo plano já se desencadeiam todas

¹⁶² SALDANHA, Nelson. Escola da Exegese. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 271/272. Sobre a Escola da Exegese cf., ainda, LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. *A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito*. 2013. 424f. Dissertação (Mestrado). Brasília: Universidade de Brasília, 2013, pp. 70/72.

¹⁶³ Artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789: "La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents." (Em tradução livre: "A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja quem ela protege, seja quem ela pune. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção senão aquela de suas virtudes e de seus talentos"). Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>>. Acesso em: 12 maio 2015.

¹⁶⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 516.

¹⁶⁵ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 103; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, pp. 20/22.

¹⁶⁶ Também conhecida como *teoria declaratória* (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 88).

as consequências jurídicas resultantes da concreta ocorrência dos fatos previstos no ordenamento como suficientes à manifestação da *vontade concreta da lei*. No plano do direito processual ou do *processo*, restaria ao juiz somente declarar o direito constituído no plano do direito material, não lhe cabendo criar norma alguma, mas apenas declarar uma norma preexistente ao processo, em razão da verificação dos fatos previstos no ordenamento.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸

Segundo a teoria dualista ou declaratória, mesmo nos casos em que não há uma expressa disposição legal regulando a matéria objeto de julgamento, o juiz não faz mais do que revelar o direito das partes, a partir da análise das fontes do direito (tais como o costume e a lei), sem desenvolver, portanto, uma atividade de criação do direito.¹⁶⁹

¹⁶⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1965, pp. 3/5. Nas palavras de Chiovenda, o processo serve "não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois essa vontade já se formou como vontade concreta anteriormente ao processo, mas a certificar qual seja a vontade concreta da lei e a efetivá-la, quer dizer, traduzi-la em ato" (*ibidem*, p. 5).

¹⁶⁸ Sobre a concepção dualista de Chiovenda, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151/153; CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do julgamento-alerta. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 31/32. Luiz Guilherme Marinoni, de forma categórica, ao se referir ao pensamento de Chiovenda, refere que "ele é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 88).

¹⁶⁹ É o que se extrai da precisa lição de Chiovenda, segundo o qual "o juiz, nesse caso, não *descobre* a norma ao acaso; encontra-a, quer na consciência que ele tem do direito consuetudinário, quer na própria consciência jurídica, em uníssono com a consciência geral: em todo caso, é um *formulador* de direito existente" (itálicos no original) (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 41). Complementando a proposição de que, mesmo nos casos em que inexistente disposição legal específica a regular o caso sob o julgamento, o juiz não *cria o direito*, mas revela um direito preexistente, manifestado na *vontade concreta da lei* oriunda da realização dos fatos ainda no plano do direito material, leciona Chiovenda que "[...] a mais das normas escritas nas leis, existe indefinido número de outras, inferíveis da analogia ou dos princípios gerais do direito; e é muito difícil que um fato novo, não somente imprevisto na lei, mas jamais ocorrido antes dela, não encontre nesse sistema de normas seu regulamento preventivo e potencial. Pois que, se, em verdade, ocorresse um fato novo, a que fôsse impossível encontrar no sistema das normas uma disposição aplicável, significaria que nesse caso falta uma vontade de lei que garanta o bem reclamado pelo autor e se formará uma vontade *negativa* de lei", com o que conclui que "[...] o certo é que, em conformidade com o nosso direito, o juiz *atua*, em todos os casos, vontade de lei preexistente, e, se faz obra de especialização da lei, é tão só no sentido de que formula, caso por caso, a vontade de lei *concretizada* antes do processo" (itálicos no original) (*ibidem*, p. 42). Em momento mais recente, Ronald Dworkin, embora dirigindo seu comentário a um sistema de *commom law*, sintetiza com excelência essa concepção puramente declaratória da atividade jurisdicional, ao afirmar que "[...] mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente" (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 127). A formulação de Dworkin ficou conhecida como *teoria da resposta correta* e defende, conforme expõe Marinoni, que "o juiz pode, a partir dos fundamentos e princípios que deles estão por detrás, descobrir o direito que está implícito no sistema e representa a solução correta. A resposta do caso existe *a priori*, devendo ser descoberta e declarada pelo juiz" (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Op. cit.*, p. 87).

Não obstante, esse ideal de um juiz “boca da lei”, construído por Montesquieu, incorporado ao arcabouço ideológico e político da Revolução Francesa¹⁷⁰ e desenvolvido pela Escola da Exegese, com importantes reflexos na doutrina processual do *civil law*, seguramente não expressa mais a evolução havida nos países de *civil law* ao longo dos séculos, até porque o ideal de elaboração de leis dotadas do mesmo grau de precisão das leis naturais, que está na origem dessa concepção, também não se revelou exequível.¹⁷¹

Essa evolução, ao que nos parece, começou a ser reconhecida, dentre outros, por Carnelutti, cuja *teoria unitária*¹⁷² se contrapunha à concepção chiovendiana, ao defender uma unidade entre direito material objetivo e processo, que se integrariam como um único fenômeno preordenado à constituição de direitos e obrigações. O direito subjetivo não seria o simples resultado da verificação, no plano do direito material, dos fatos ou grupos de fatos abstratamente previstos no ordenamento jurídico, mas sim o produto da integração entre as abstratas previsões do legislador e a atividade cognitiva do juiz manifestada na sentença.¹⁷³

O juiz, segundo esta teoria, criaria a norma jurídica individual a partir de previsões gerais e abstratas existentes no ordenamento, passando aquela também a integrá-lo (daí a denominação *teoria unitária*). Existe aí, ao que nos parece, o reconhecimento de uma função criativa e não simplesmente declaratória da atividade jurisdicional. A sentença é vista a um só tempo como ato de aplicação e de criação do direito, na linha sustentada por Hans Kelsen.¹⁷⁴

¹⁷⁰ No período anterior à Revolução Francesa, os membros do Judiciário eram integrantes da aristocracia, mantendo, por tal razão, fortes laços com os interesses da classe aristocrática e portadores de uma visão conservadora que não se compatibilizava com os ideais progressistas então nascentes, sobretudo com os valores da igualdade, liberdade e fraternidade, inspiradores da Revolução Francesa. O Judiciário era, então, visto com ampla desconfiança, eis que reconhecidos como defensores do *status quo* e do regime absolutista então vigente. Nesse contexto, as ideias de Montesquieu, que impunham uma submissão absoluta do juiz à lei, proibido que estava até mesmo de interpretá-la, mostraram-se extremamente úteis aos ideais revolucionários, sendo incorporadas, portanto, ao arcabouço ideológico da Revolução, e manifestando-se, inclusive, no ordenamento positivo revolucionário, eis que a Lei Revolucionária de agosto de 1790 dispôs que os órgãos judiciários não poderiam, de forma direta ou indireta, tomar parte nas atividades próprias do Poder Legislativo, e nem impedir ou suspender atos deste oriundos, devendo buscar junto ao Legislativo uma interpretação autêntica de seus atos, sempre que a aplicação literal da lei não se revelasse suficiente à resolução de um caso submetido à apreciação judicial (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 46/58).

¹⁷¹ Como acentua Marinoni, “a tradição do *civil law*, ancorada nas razões da Revolução Francesa, foi completamente descaracterizada com o passar do tempo. O juiz, inicialmente proibido de interpretar a lei, passou a paulatinamente interpretá-la” (*ibidem*, p. 16).

¹⁷² Também conhecida como *teoria constitutiva* (*ibidem*, p. 88).

¹⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 151/153. Na síntese de José Roberto dos Santos Bedaque, para a teoria unitária “o direito somente passaria a existir a partir da solução judicial” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 31).

¹⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 261.

É verdade, como bem acentuou Marinoni, que a *criação* da norma individual e concreta, pelo juiz, na visão de Carnelutti, ainda é feita a partir de disposições abstratas contidas na lei, de modo que existe uma vinculação necessária entre a norma que o juiz pode criar e aquela regra abstrata previamente determinada pelo legislador, não se podendo falar, ainda, em uma completa superação da concepção do juiz "boca da lei".¹⁷⁵

Não obstante, parece-nos que já se faz presente na teoria unitária a percepção de que a atividade do juiz não se reduziria à mecânica declaração daquilo que se contém na lei, mas, ao contrário, que o juiz, com sua atividade cognitiva, colaboraria na construção da norma jurídica aplicável a uma série de situações, ideias que influenciaram a evolução da doutrina do *civil law* acerca da natureza da própria função jurisdicional.

Com efeito, a partir dessa percepção inicial, evoluiu a doutrina do *civil law* para reconhecer que, longe de simplesmente declarar o que se contém na lei, a atividade jurisdicional participa da criação do sentido da norma que dela se extrai, em especial naquelas situações em que o texto legal enseja uma multiplicidade de sentidos possíveis, a exigir do Judiciário a fixação de um sentido unívoco, e nas situações em que a norma que regulará a relação jurídica não puder ser extraída diretamente de qualquer preceito legal, a demandar do Judiciário a construção de norma inédita, obtida a partir de uma análise sistemática do ordenamento jurídico, sob a égide da Constituição, naquilo que, servindo-se de expressão consagrada na doutrina do *common law*, tem sido denominado *hard cases*.¹⁷⁶

É importante referir, nesse contexto de evolução na percepção da natureza da atividade jurisdicional, que o constitucionalismo teve um importante papel para o abandono, na prática, da concepção teórica do *juiz boca da lei*. A afirmação das Constituições como atos normativos fundantes da ordem jurídica, nela ocupando uma posição de supremacia, na medida em que todos os demais atos normativos têm sua validade condicionada à compatibilidade com a Constituição, acrescentou à função jurisdicional de aplicar a lei ao

¹⁷⁵ "Contudo, ao individualizar a norma superior, o juiz a declara. Quando torna a norma concreta, ou compõe a lide no sentido da doutrina de Carnelutti, faz apenas um processo de adequação da norma - já existente - ao caso concreto" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 88).

¹⁷⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: _____; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 16/17. Refere, ainda, o autor, como exemplo de atividade judicial criativa, nessa última situação, o reconhecimento, pelo STF, da união estável entre pessoas do mesmo sexo, na ADPF 132/RJ e na ADI 4.277/DF (*ibidem*, p. 19).

caso concreto um elemento adicional, qual seja, a verificação de sua compatibilidade com o texto constitucional por meio dos variados mecanismos de controle de constitucionalidade.

Assim, ao exercer o controle da constitucionalidade da lei, o juiz do *civil law* desempenha função que não pode ser compreendida na estreita concepção de um *juiz boca da lei*, caracterizando-se a atividade jurisdicional, nesse contexto, não apenas como uma mecânica e literal aplicação do que se contém no texto da lei, mas como uma atividade de conformação e interpretação da lei à luz da Constituição.¹⁷⁷⁻¹⁷⁸

O próprio sistema jurídico francês, desenvolvido sob a sombra da desconfiança alimentada pelos revolucionários quanto à atuação da magistratura¹⁷⁹ e berço da concepção do juiz "boca da lei", tem evoluído no sentido de abandonar a "ficção da ausência de poder criativo do juiz", a fim de admitir que a atividade jurisdicional não se limita a uma simples declaração de um direito preexistente, mas se configura como verdadeira criação do direito.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Como bem acentuou Marinoni, "o juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 67).

¹⁷⁸ Mauro Cappelletti também aponta como um importante fator que contribuiu para o gradual abandono da concepção formalista da função jurisdicional a própria modificação no papel do Estado, que ao longo do século XX tomou uma conformação de Estado de bem-estar social, assumindo novas funções e editando uma legislação que, para além de trabalhar com a dicotomia de lícito-ilícito, de proteção e repressão, veicula programas para o futuro, promove e estimula atividades, revestindo-se de um caráter mais aberto, a exigir maior participação do juiz na sua concretização (CAPPELLETTI, Mauro. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984, pp. 22/30).

¹⁷⁹ MEERBEECK, Jérémie Van. *De la certitude à la confiance (...)*. *Op. cit.*, p. 259. Esse sentimento de desconfiança adveio da estreita vinculação entre os juízes e as classes privilegiadas, especialmente com a nobreza feudal, no regime absolutista antecedente à Revolução Francesa (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Op. cit.*, p. 27; CARNEIRO JUNIOR, Amílcar Araújo. Parâmetros do *common law* para a elaboração de um novo sistema: necessidade de uma atitude de vanguarda. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 61), de forma que eram vistos, no período pós-revolução, como porta-vozes do pensamento conservador vinculado aos interesses da nobreza do regime absolutista, em contraposição ao Parlamento, visto então como o legítimo portador dos interesses do povo.

¹⁸⁰ Nesse sentido é que se colhe o seguinte excerto, extraído de relatório apresentado por grupo de trabalho presidido por Nicolas Molfessis, constituído pela Corte de Cassação francesa, com a finalidade de estudar as modificações na jurisprudência naquele país, em especial no que diz respeito à sua inserção no tempo e à conveniência de se introduzir um regramento a seu respeito: "[...] le système juridique français a suffisamment évolué pour qu'il puisse être admis sans trop de discussion que la jurisprudence est source de règles, lesquelles appellent un régime et un contrôle jusqu'alors rendus impossibles en raison de la fiction de l'absence de pouvoir créateur du juge en droit français. Longtemps sous l'emprise de la défiance à l'égard du juge que les révolutionnaires manifestèrent il y a plus de deux siècles, les juristes français ne sauraient encore nier le rôle créateur de la jurisprudence" (tradução livre: "[...] o sistema jurídico francês evoluiu suficientemente para que possa ser admitido sem muita discussão que a jurisprudência é fonte de regras, que exigem um regime e um controle até então impossíveis em razão da ficção da ausência de poder criador do juiz francês. Durante longo período sob a influência da desconfiança em relação ao juiz que os revolucionários manifestaram há mais de dois séculos, os juristas franceses não seriam mais capazes de negar o papel criativo da jurisprudência") (MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence: rapport remis à monsieur le premier président Guy Canivet*. Paris: Litec, 2005, pp. 5/6).

Thomas da Rosa de Bustamante, que, entre nós, analisou em profundidade a evolução do pensamento jurídico na França, concluiu que o jurista francês contemporâneo reconhece a atividade de criação do direito exercida pelo juiz, ao agregar sentido ao texto legal, contribuindo para a construção e evolução do direito vigente.¹⁸¹

Com efeito, embora sem expressamente declará-lo, a própria evolução do papel da Corte de Cassação francesa já revelava que, de certa forma, a ideia de limitar a atividade judicial à mera aplicação mecânica da lei, despida de qualquer caráter interpretativo, foi percebida como algo impraticável e desconectado da realidade.

Conforme anota Marinoni, a Corte de Cassação francesa foi instituída em 1790, “com o nítido objetivo de limitar o poder judicial mediante cassação das decisões que destoassem do direito criado pelo parlamento”. Neste sentido, esse órgão, que, embora recebendo a denominação de *corte*, não integrava o Poder Judiciário, tinha por atribuição cassar qualquer decisão judicial que, dando à lei uma interpretação que destoasse dos ideais revolucionários, colocasse em risco a supremacia da lei e do Parlamento.¹⁸²

Não obstante, dessa função inicial de cassar a interpretação equivocada, a Corte evoluiu para a função nitidamente jurisdicional de estabelecer a interpretação correta da lei, participando da produção da decisão judicial do caso concreto, ao fixar a interpretação da lei que se aplicaria à sua resolução.¹⁸³ Na prática, passou-se a reconhecer que ao Judiciário cabia interpretar a lei e não simplesmente proceder à sua mecânica aplicação.¹⁸⁴

Esta a razão pela qual Thomas da Rosa de Bustamante conclui que, não obstante o discurso judiciário oficial da Corte de Cassação francesa ainda se apresente muitas vezes vinculado à "ficção do caráter declaratório das decisões jurídicas", isso se faz muito mais por um apego à tradição do que por uma verdadeira compreensão da atividade judicial como

¹⁸¹ "Ao invés de afirmar aprioristicamente que todo o Direito está contido na lei positiva, que seria um sistema unívoco, completo e coerente, o jurista francês contemporâneo reconhece de modo geral tanto que a jurisprudência integra de certa forma o direito positivo quanto que a interpretação da lei é essencialmente uma atividade de criação de sentidos - e, portanto, mais um processo construtivo de significado que um ato de puro conhecimento." (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 22).

¹⁸² Nas palavras do autor, a corte “não se sobrepunha ao órgão judicial ordinário por ter o poder de proferir a última decisão, mas sim por ter o poder para afirmar como a lei não deveria ser interpretada” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 58/59).

¹⁸³ *Ibidem*, p. 59.

¹⁸⁴ Para uma análise mais detida da evolução da Corte de Cassação francesa cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Op. cit.*, pp. 34/52.

atividade de mera revelação do direito, de forma que a persistência desse discurso oficial é muitas vezes visto como um anacronismo em absoluto descompasso com a realidade da atividade desenvolvida pela Corte de Cassação.¹⁸⁵

Portanto, o juiz do *civil law*, consoante hoje se reconhece, não mais se limita a declarar o que literalmente está disposto na lei, mas vai além, muitas vezes elaborando, por meio da atividade interpretativa, um direito novo, reconstruindo a ordem jurídico-positiva e contribuindo para a sua evolução, até porque não existe texto legislativo que não deixe alguma margem à atribuição de sentido pelo intérprete.¹⁸⁶

De outra parte, na tradição do *common law*, a discussão acerca da natureza declaratória ou criativa da atividade jurisdicional se desenvolveu, de forma bastante semelhante, em torno de duas teorias que buscaram explicar a natureza da jurisdição.

De um lado, a *teoria declaratória*, defendida principalmente por William Blackstone,¹⁸⁷ sustentava que a atividade jurisdicional se limitava a declarar um direito preexistente, sendo, portanto, despida de qualquer função criativa, simplesmente espelhando o direito escrito (*statute law*) e não escrito (*common law*).¹⁸⁸

Com efeito, consoante ressalta Meerbeeck,¹⁸⁹ Blackstone recusava aos juízes qualquer poder criativo, qualificando-os como simples *depositários das leis* ou *oráculos vivos*, cuja função era declarar e tornar conhecidos os costumes e as máximas jurídicas existentes no seio

¹⁸⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁶ Nesse sentido, precisa é a lição de Mauro Cappelletti, que ressalta ser insita a toda atividade interpretativa alguma margem de interpretação ("[...] nell'interpretazione giudiziaria del diritto legislativo è insito un certo grado di creatività"), na medida em que não há texto legal preciso o suficiente que não permita alguma variação na atribuição de sentido ("non c'è [...] testo legislativo, che non lasci spazio per variazioni e *nuances*, ossia per la creatività interpretativa") (CAPPELLETTI, Mauro. *Giudici legislatori? Op. cit.*, pp. 10/11).

¹⁸⁷ Jérémie Van Meerbeek sustenta que William Blackstone possivelmente teve conhecimento da obra de Montesquieu e foi por ela influenciado. A diferença entre a concepção do juiz em Montesquieu e Blackstone residiria na fonte que os vinculava, a lei (Montesquieu) ou os costumes e os precedentes (Blackstone), mas, em ambos os juristas, prevalecia a ideia de que ao juiz competia apenas traduzir, da forma o mais fiel possível, o direito preexistente, seja na lei, no costume ou no precedente (MEERBEECK, Jérémie Van. *De la certitude à la confiance (...)*. *Op. cit.*, pp. 262/264).

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 22/23; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, p. 48.

¹⁸⁹ MEERBEECK, Jérémie Van. *De la certitude à la confiance (...)*. *Op. cit.*, p. 263.

da comunidade. A atividade do juiz não era, portanto, criar o direito, mas simplesmente *identificar, evidenciar e declarar* o que o direito é, conferindo-lhe expressão.¹⁹⁰⁻¹⁹¹

Contrapondo-se a essa visão, desenvolveu-se a chamada *teoria positivista ou constitutiva*, defendida, dentre outros, por Jeremy Bentham, John Austin e, mais recentemente, Herbert Hart, que consideravam ficcional a ideia de que o *common law* não seria construído pelos tribunais, consistindo em algo atemporal, simplesmente por aqueles declarado, quando da atividade de resolução de conflitos.¹⁹²

O *common law*, na visão desta teoria, “existia por ser estabelecido por juízes que possuíam *law-making authority*, sendo o direito, então, produto da vontade dos magistrados: não algo meramente descoberto, porém, criado”,¹⁹³ sendo esta a corrente de pensamento que prevalece na Inglaterra nos dias atuais, a despeito de críticas que vem sofrendo por parte de autores como Ronald Dworkin e Neil MacCormick.¹⁹⁴

Para Ronald Dworkin e Neil MacCormick, o direito é encontrado em princípios emergentes da prática e dos costumes, reconstruídos pela agregação de valores

¹⁹⁰ "The declaratory theory represents precedents as evidence of the law, rather than constitutive of it. The law is conceived as a body of principles about rights and duties and the like. It is implemented only partially in statutes, and carried into effect by judicial decisions. Judges as persons of great practical wisdom, experience and high legal learning are specially skilled in identifying and giving expression to the law. Hence their decisions have the status of precedents giving the strongest possible evidence of what the law is. This is especially so where there has grown up a line of decisions on similar topics in similar tenor. But the law itself is only evidenced and declared by, no made by, these decisions" (Tradução livre: "A teoria declaratória retrata os precedentes como uma evidência do direito, e não como constitutiva deste. O direito é concebido como um corpo de princípios acerca de direitos e deveres e assemelhados. Ele é implementado apenas parcialmente nas leis, e tornado eficaz por decisões judiciais. Juízes como pessoas de grande sabedoria prática, experiência e elevada formação jurídica são especialmente habilidosos em identificar e dar expressão ao direito. Por isso suas decisões têm o status de precedentes que dão a mais forte evidência possível do que o direito é. Isto é assim especialmente onde se desenvolveu uma linha de decisões em questões similares e no mesmo sentido. Mas o direito em si mesmo é apenas evidenciado e declarado por essas decisões, e não por elas criado") (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 330).

¹⁹¹ Como explica Marinoni, "partindo-se da ideia de que o *common law* está nos costumes gerais observados entre os *Englishmen*, o juiz não cria, mas tão somente o declara. Daí a conclusão de Blackstone de que as decisões das Cortes constituíam a demonstração do que o *common law* é". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 23).

¹⁹² *Ibidem*, pp. 23/24. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. *Op. cit.*, p. 331.

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 24. Como acentuaram Bankowski, MacCormick e Marshall, "there is no essence of law beyond or behind what is decided as law by some competent decision maker" (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. *Op. cit.*, p. 331).

¹⁹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, pp. 71 e 90.

contemporâneos em uma ordem coerente, de forma que os precedentes não criariam propriamente o direito, mas determinariam os princípios subjacentes; as decisões judiciais não seriam uma simples dedução lógica desses princípios, mas também não são construções discricionárias feitas a partir destes.¹⁹⁵ Mais do que uma construção do direito, parecem defender a atividade judicial como uma atividade de construção *a partir* do direito.¹⁹⁶

Voltando-se agora a atenção para a doutrina brasileira, é notável o predomínio do entendimento de que a função jurisdicional tem natureza criativa e não apenas reveladora ou declaratória de direitos,¹⁹⁷ e no ponto assiste razão à Thomas da Rosa de Bustamante, que, apoiando-se nas lições de Victoria Iturralde anteriormente referidas, afirma que o direito brasileiro, a exemplo da generalidade dos sistemas jurídicos contemporâneos, alberga, em maior ou menor medida, a *atividade de criação do direito* nos diferentes sentidos referidos por essa autora,¹⁹⁸ uma vez que ao Judiciário brasileiro, consoante se abordará de forma mais detida no quarto capítulo, é dado tanto inserir novas *ordens* ou *comandos* no ordenamento jurídico (os enunciados de súmula vinculante do STF são exemplo disso), criar normas jurídicas individuais nos casos que resolve, aplicando o direito positivo, estabelecer paradigmas para decisões futuras (como no caso dos recursos especiais repetitivos), suprir lacunas do ordenamento e eliminar atos normativos contrários à Constituição.

Como acentuou Luís Roberto Barroso,¹⁹⁹ a complexidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos – acentuada no Brasil pelo caráter analítico de nossa Constituição - tem levado, também entre nós, à superação da concepção formalista da jurisdição como simples atividade silogística, na qual a lei exerceria o papel de premissa maior e os fatos, o de

¹⁹⁵ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *Op. cit.*, pp. 332/334.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; _____.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 754.

¹⁹⁷ Nesta linha: GARCIA, André Luis Bitar de Lima Garcia. A ausência de um sistema de precedentes no NCPC: uma oportunidade perdida. In: DIDIER JR, Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (coords.). *O projeto do novo código de processo civil: estudo em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 13; DERZI, Misabel Abreu Machado. Os efeitos das mudanças de jurisprudência consolidada no âmbito do direito tributário. In: *Série cadernos do CEJ*, n. 28 (III Seminário Internacional Brasil – Alemanha). Brasília: CJF, 2011, p. 45; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, dentre outros.

¹⁹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, p. 267.

¹⁹⁹ “É certo, porém, que quanto mais complexo for o sistema jurídico, muitas vezes composto de um emaranhado de atos normativos que exigem harmonização, e mais aberto, valendo-se de expressões polissêmicas, princípios ou cláusulas gerais, maior será o espaço reservado à interpretação judicial e, conseqüentemente, mais próxima a atividade jurisdicional estará da própria criação do Direito” (BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, pp. 272/273).

premissa menor, apresentando-se a decisão judicial como conclusão inafastável da confrontação entre ambos.

Dessa forma, as decisões judiciais, sejam elas precedentes individualmente considerados (e algumas vezes vinculantes, como se dá com habitualidade no *common law* e de maneira mais limitada no *civil law*), sejam elas decisões reiteradas e uniformes acerca de determinada questão jurídica, formando acerca dela uma jurisprudência, exercem um papel que não se limita a revelar um direito latente no ordenamento jurídico, mas que contribui e participa de sua própria criação, mediante atribuição de sentido ao direito positivo.

Isso não significa que o exercício da atividade jurisdicional não possa se apresentar sob diferentes perfis, a depender da natureza da causa, do *ambiente decisional* em que esta se desenvolve,²⁰⁰ da complexidade da matéria discutida e do maior ou menor grau de precisão com que o ordenamento jurídico regula a relação jurídica sobre a qual as partes controvertem.

Assim, pode a decisão judicial, em muitas oportunidades, aparentemente se limitar à simples declaração do que está literalmente disposto no ordenamento jurídico, com um juízo de subsunção por meio do qual o juiz verifica que os fatos submetidos à apreciação judicial estão previstos no texto legal. É o que se dá, por exemplo, em uma ação de despejo por falta de pagamento em que o juiz se limitaria a verificar o fato do inadimplemento, impondo a consequência jurídica prevista na lei, qual seja, a determinação de desocupação do imóvel.

Em casos como o narrado parece de fato predominar um caráter essencialmente declaratório à decisão judicial, na medida em que esta se limitaria a enunciar um resultado predeterminado pelo ordenamento jurídico positivo. A atividade de criação do direito, em casos como o que se refere, aproxima-se da concepção kelseniana de criação de uma norma jurídica concreta, na medida em que a sentença é a um só tempo ato de aplicação (da norma geral) e de criação (da norma individual).

Em outros casos, porém, a atividade jurisdicional não se limita a essa simples enunciação de um direito expresso no ordenamento jurídico, mas participa, por meio de uma

²⁰⁰WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: _____. (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 12/19.

atividade interpretativa mais complexa, da construção de um direito novo, a partir da inteligência do texto dentro do sistema jurídico como um todo.

A atividade jurisdicional opera com os textos normativos e com os princípios informativos da ordem jurídica, de forma a elaborar normas jurídicas concretas que reconhecem direitos que não estão expressos no ordenamento jurídico ou que, muitas vezes, parecem até mesmo ser por este negados. É o que se deu, por exemplo, quando o Judiciário, nas mais diversas instâncias, culminando em decisão do Supremo Tribunal Federal, entendeu que o sistema jurídico brasileiro protegia a união entre pessoas do mesmo sexo, da mesma forma que o ordenamento expressamente protege a união entre pessoas de sexos distintos.

Essa dualidade de aspectos de que se reveste a atividade jurisdicional levou Marinoni e Mitidiero a afirmarem que “a jurisdição trabalha atualmente mediante a outorga de sentido a textos, donde não ser possível afirmar que a jurisdição é totalmente declaração ou totalmente constituição: trata-se, mais propriamente, de uma *reconstrução* da ordem jurídica”.²⁰¹

Embora se concorde com os autores, no que afirmam que a atividade jurisdicional ora se apresenta com um caráter predominantemente declaratório, ora com um caráter predominantemente constitutivo, parece ser possível afirmar que, *enquanto atividade estatal*, a jurisdição tem, de forma extrema de dúvidas, um papel criativo no sistema jurídico brasileiro, na medida em que não se limita a declarar o que está disposto no ordenamento positivo, mas a partir deste ordenamento constrói ou, como afirmam Marinoni e Mitidiero, *reconstrói* a ordem jurídica, sendo um dos motores da evolução do direito.

Em outras palavras, o exercício concreto da função jurisdicional pode, em determinados casos, aparentemente se limitar à declaração de direitos previstos no ordenamento (como no exemplo do despejo por falta de pagamento), mas como atividade ou

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 164. No mesmo sentido cf. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 16/17. Em sentido semelhante, Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que “ambos os fenômenos ocorrem em maior ou menor grau. Dependendo do caso concreto, o juiz mais *declara* o direito preexistente, do que *cria*. Mas casos haverá, cada vez mais frequentes no mundo contemporâneo, em que o juiz mais *cria* do que *declara*. E outros haverá, ainda, em que o juiz, ao decidir, estará *unicamente* criando a regra para o caso concreto” (itálicos no original) (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; _____. (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.228).

função estatal, seu caráter criativo parece ser inegável, até porque em *qualquer processo*, inclusive no exemplo relativo ao despejo por falta de pagamento, essa atuação criativa pode se apresentar, se ao juiz não parecer que a resposta literalmente proporcionada pelo ordenamento jurídico positivo é a que melhor soluciona o conflito, à luz do que dispõem a Constituição e o ordenamento jurídico infraconstitucional. A realização de um raciocínio subsuntivo não deixa de ser, no caso concreto, uma *opção valorativa* do órgão jurisdicional, que não vê no caso concreto razões para se afastar da solução em princípio determinada pelo texto legal.²⁰²

Dessarte, é possível concluir, no atual estágio da evolução do pensamento jurídico, que a atividade jurisdicional, ainda que em sua aparência muitas vezes se apresente como um simples raciocínio subsuntivo, que se limitaria a enunciar o resultado predeterminado pelo ordenamento jurídico, é sempre exercida por meio de *escolhas* ou *opções valorativas* do órgão jurisdicional, racionalmente justificadas, por meio das quais atribuem sentido aos textos normativos, contribuindo para a reconstrução da ordem jurídica, em complementação à atividade do legislador, sendo, portanto, uma *atividade de criação do direito*.

2.3. Definição de direito jurisprudencial

Como se observa do quanto exposto, o papel desempenhado pela atividade judicial e, em especial, pelo seu produto final, as decisões judiciais, tem sido objeto de longa investigação, tanto nos sistemas jurídicos vinculados à tradição do *common law*, quanto naqueles da família romano-germânica ou de *civil law*, sob as mais variadas perspectivas, seja no âmbito da filosofia do direito, do direito constitucional ou do direito processual.

²⁰² Marinoni, comentando o pensamento de Riccardo Guastini e de Jerzy Wróblewski, pondera que, mesmo nos casos fáceis, "o órgão que aplica o direito sempre dispõe de duas possibilidades: declarar que a norma em questão é clara e aplicá-la com o sentido que possui em sua imediata compreensão, ou qualificá-la de 'duvidosa' e proceder à sua interpretação" (MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Op. cit.*, pp. 85/86) e, posteriormente, sustentando a distinção entre texto e norma e criticando a distinção estabelecida por Hart, no sentido de que a atividade criativa estaria presente apenas nos casos difíceis, complementa que "não é correto entender que essa dissociação [entre texto e norma] exista apenas na zona de penumbra ou diante de um caso difícil. Na zona de luz ou em face de um caso fácil a atribuição de sentido é mais fácil ou requer menos meditação e esforço. Porém, é óbvio que o juiz, ao se deparar com um enunciado das fontes, inevitavelmente lhe atribui significado ou sentido, independentemente da sua clareza" (*ibidem*, pp. 91/92).

A importância deste campo de investigação se ampliou nos Estados Democráticos contemporâneos, nos quais se atribuiu ao Poder Judiciário o exercício de um controle sobre as atividades dos demais Poderes e sobre a própria *lei*, expressão final da vontade da maioria, aferindo sua compatibilidade com a Constituição e criando *espaços contramajoritários*²⁰³ em que assegurado o respeito aos direitos fundamentais das minorias que não reúnem força para, no campo legislativo, vê-los integralmente observados.²⁰⁴

Esse crescimento da importância da atuação do Poder Judiciário acaba por se refletir nos ordenamentos jurídico-positivos, que passam a albergar técnicas processuais que dão maior valor às decisões judiciais, atribuindo-lhes efeitos cada vez mais amplos.

Para se referir a tal fenômeno, a doutrina usualmente faz alusão a um crescimento ou a um fortalecimento do *direito judicial*²⁰⁵ ou do *direito jurisprudencial*,²⁰⁶ compreendidas essas expressões no sentido de *direito produzido pelos órgãos jurisdicionais*. Essas expressões, na forma como ordinariamente empregadas pela doutrina, designam mais o conteúdo das decisões judiciais (o que se poderia, neste momento, sem maior rigor técnico, designar *jurisprudência*), do que propriamente o fenômeno do desenvolvimento de procedimentos voltados a conferir às decisões judiciais maiores efeitos no sistema jurídico.

De outra parte, também se registra o uso na doutrina da expressão *direito judiciário*,²⁰⁷ com o fim de designar o conjunto de regras de organização do Poder Judiciário e da forma pela qual ele desempenha suas atribuições. Esta expressão, no uso que dela normalmente se faz, está mais próxima de descrever o fenômeno da valorização da jurisprudência, mas ainda assim não se apresenta satisfatória, pois voltada principalmente a aspectos organizacionais ou estruturais do Judiciário, e apenas secundariamente a uma dimensão propriamente funcional de sua atividade; em outras palavras, volta-se mais a descrever a estrutura do que a atividade.

²⁰³ NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 249.

²⁰⁴ Também concluindo pela importância da atuação do Poder Judiciário e da atividade jurisdicional para a concretização dos direitos fundamentais e da democracia no Brasil, apesar de críticas que desenvolvem ao modelo atualmente existente, cf. ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa*. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 89/93.

²⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A realidade judiciária brasileira e os *Tribunais da Federação* - STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1069.

²⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. In: *Revista forense*. vol. 347. Ano 95. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago./set. 1999, p. 64.

Observa-se, porém, que vem ganhando força no Brasil o uso da expressão *direito jurisprudencial* em um sentido diverso daquele tradicionalmente a ela atribuído (próximo ao de *jurisprudência*), com a finalidade de, a um só tempo, traduzir a ideia de que a atividade judicial é uma *atividade de criação do direito*, e ainda, designar o arcabouço procedimental desenvolvido com a finalidade de regular e ampliar os efeitos desta *atividade criativa* no sistema jurídico e de estudar as funções contemporaneamente por ela desempenhadas.²⁰⁸

Em contrariedade a este uso da expressão, seria possível objetar que, à luz do direito positivo, bem como da compreensão que a este vem sendo dada pelo Poder Judiciário, há uma crescente valorização no Brasil de decisões isoladas ou *precedentes*, em especial quando oriundas de tribunais superiores, de forma que atualmente coexistiriam em nosso sistema jurídico dois *planos* distintos, o *plano do precedente* e o *plano da jurisprudência*.

Diante dessa constatação, a expressão *direito jurisprudencial* poderia ser considerada, em certo sentido, reducionista, por aparentemente negligenciar a crescente atenção que os *precedentes* têm recebido em nosso sistema jurídico. Não obstante, como acentuou Teresa Wambier, por aspectos culturais de nossa vinculação à tradição romano-germânica, o uso da expressão se justifica, ainda que em um sentido mais amplo, para abranger as modificações do direito positivo tanto no plano do precedente, quanto no plano da jurisprudência.²⁰⁹

Pode-se dizer, assim, que o *direito jurisprudencial* é o campo do direito processual que se ocupa especificamente do estudo do papel e dos efeitos das decisões judiciais em um dado sistema jurídico, bem como da análise do regramento a elas conferido pelo direito positivo e pelo próprio Judiciário. Este é o sentido que se atribui, portanto, à expressão, nos diversos momentos em que esta será utilizada ao longo deste trabalho.

Em outras palavras, com a expressão *direito jurisprudencial* pretende-se referir o conjunto de regras e princípios jurídicos que têm por finalidade disciplinar a produção jurídica

²⁰⁷ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.472.

²⁰⁸ Nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apresentação. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; _____. (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 6.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 6. Conforme se abordará, a expressão *direito jurisprudencial*, no sentido adotado no presente trabalho, deve abranger também o *plano das súmulas*, enquanto particular dimensão em que se manifesta o direito jurisprudencial no Brasil.

do Poder Judiciário, de forma a conferir-lhe coerência e sistematicidade, bem como regular os efeitos que essa produção jurídica projeta sobre a própria atividade jurisdicional e a maneira como condiciona ou influencia o seu exercício futuro.

2.4. O plano do precedente e o plano da jurisprudência

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos, ao regular os efeitos das decisões judiciais, sob os mais variados aspectos, bem como ao definir procedimentos que considerem tais efeitos com o fim de, por exemplo, abreviar a duração do processo, ora se utilizam de decisões isoladas, como ordinariamente ocorre com as decisões oriundas das Cortes Constitucionais ou das Cortes de Cassação, ora operam com as decisões judiciais tomadas em seu conjunto, quando formam uma orientação ou tendência identificável na compreensão do Poder Judiciário a respeito de uma determinada questão jurídica.

Esta é a razão pela qual se pode afirmar que o direito jurisprudencial, compreendido no sentido proposto no tópico antecedente (*supra*, seção 2.3), atua em dois planos distintos, um em que são considerados os *precedentes* e outro em que são consideradas as decisões judiciais em seu conjunto, na medida em que permitem identificar uma *jurisprudência* acerca de determinada questão jurídica. Em outras palavras, o direito jurisprudencial pode se manifestar tanto no *plano do precedente*, quanto no *plano da jurisprudência*, atribuindo efeitos mais ou menos extensos às decisões judiciais, quer elas se apresentem como decisões isoladas, quer quando conjuntamente consideradas.

Esses planos, por vezes, coexistem em um mesmo sistema jurídico, tal qual se dá, por exemplo, no direito brasileiro, objeto de análise no quarto capítulo, no qual o direito jurisprudencial opera tanto no *plano do precedente* (assim, por exemplo, na jurisdição constitucional exercida pelo STF), quanto no *plano da jurisprudência* (quando trata, por exemplo, da ampliação dos poderes do relator, nos termos do que dispõe o artigo 557 do CPC/73), bem como por vezes encontram pontos de conexão, por meio de *precedentes*

uniformizadores de jurisprudência,²¹⁰ tal qual se dá, no direito processual brasileiro, com os julgamentos do Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos especiais repetitivos.²¹¹

Desta forma, a adequada compreensão do papel das decisões judiciais nos sistemas jurídicos contemporâneos, em geral, e no direito processual brasileiro, em particular, exige prévia análise tanto dos *precedentes*, quanto da *jurisprudência*, eis que são conceitos que não se confundem, embora, como referido, possam apresentar pontos de contato.

2.5. Precedentes

2.5.1. Definição de precedente

O termo precedente é polissêmico, encontrando-se na doutrina um vasto leque de conceitos que vão desde definições mais abrangentes, como a predominante na Alemanha, onde o termo é "usualmente empregado para significar qualquer decisão anterior possivelmente relevante para um caso que deva ser atualmente decidido",²¹² a definições mais restritivas, como a usualmente adotada na Espanha, onde se associa *precedente* à ideia de vinculação, correspondendo a *decisões judiciais dotadas de efeitos vinculantes*.²¹³

²¹⁰ A expressão é de Daniela Pereira Madeira (MADEIRA, Daniela Pereira. O novo enfoque dado à jurisprudência e a sociedade moderna. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito Jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 335).

²¹¹ O direito jurisprudencial brasileiro, rigorosamente, atua em três planos distintos, o *plano do precedente*, o *plano da jurisprudência* e o *plano das súmulas ou dos enunciados de súmula*. Este último plano, contudo, na medida em que, com as ressalvas a serem feitas no momento apropriado, pode ser considerado específico do direito brasileiro, será objeto de análise apenas no quarto capítulo do presente estudo, especificamente voltado à análise do sistema jurídico-processual brasileiro.

²¹² No original: "Precedent (Präjudiz) is usually taken to mean any prior decision possibly relevant to a present case to be decided" (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 23). Em sentido semelhante, Eduardo Sodero, também adotando uma concepção ampla, considera precedente "toda decisión judicial anterior que tenga alguna *relevancia* para el juez que debe resolver el caso" (itálico no original) (SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*, p. 220. Disponível em: <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/57938329212471831976613/015131.pdf?incr=1>>. Acesso em: 06 nov. 2015).

²¹³ "[...] a precedent is usually understood as a prior judicial decision that has to do with a similar case and binds other courts to a similar decision". (RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 269). Na doutrina brasileira, esta parece ser também a linha conceitual adotada por Hermes Zaneti Jr., para quem "não há sentido falar em precedentes 'persuasivos'",

Em acepção ampla, precedente é “toda e qualquer decisão com aptidão de influenciar na solução de casos futuros”, sendo neste sentido que a expressão é normalmente referida, ao se afirmar que determinado tribunal tem um precedente sobre uma matéria em discussão.²¹⁴

Não há, neste sentido, uma restrição quanto ao órgão judicial do qual emana a decisão ou quanto à existência de uma vinculação formal de outros órgãos judiciários ao conteúdo da decisão, bastando que a decisão tenha influência na resolução de futuros casos. Também não há nesta acepção ampla uma delimitação mínima de aspectos qualitativos da decisão judicial, a fim de que se possa considerar que a mesma tenha influência na resolução de casos futuros.

Tal amplitude conceitual conduz, de certa maneira, à identificação entre as noções de precedente e de decisão judicial, como se de conceitos equivalentes se tratassem, de modo que qualquer decisão judicial poderia ser considerada um precedente, equiparação esta que na doutrina brasileira tem sido objeto de críticas,²¹⁵ e que de fato não é adequada, eis que se, de um lado, todo precedente é necessariamente uma decisão judicial, por outro lado, nem toda decisão judicial, como adiante se demonstrará, pode ser considerada um precedente.

considerando que "exarado um precedente, sua consideração passa a ser obrigatória" (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial*. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 327), sendo certo que esta restrição conceitual acaba por se refletir na própria proposta de sistematização dos precedentes quanto à sua eficácia formulada pelo autor, que contempla apenas categorias vinculantes (*precedentes normativos vinculantes, precedentes normativos formalmente vinculantes e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*) (*ibidem*, pp. 341/346). Parece-nos que a limitação conceitual dos precedentes unicamente às decisões vinculantes não é adequada, eis que mesmo nos países de *common law* se reconhece a existência de precedentes persuasivos, como são, por exemplo, os precedentes de diferentes tribunais de segundo grau, uns em relação aos outros, sendo ainda mais adequada a sua admissão em países de *civil law* que, como o Brasil, não tem uma tradição de adoção de precedentes vinculantes como regra.

²¹⁴ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 143.

²¹⁵ Assim, por exemplo: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "*Brazilian precedentes*". Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes>>. Acesso em: 25 jun. 2014; SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, p. 135. Em uma tentativa de se afastar dessa identificação ampla, alguns autores têm se orientado numa direção completamente oposta, desvinculando o conceito de *precedente* do conceito de decisão judicial, tal como defende Caio Márcio Gutterres Taranto, para quem o precedente não é uma decisão judicial, mas um "instrumento mediante o qual o Poder Judiciário, como instituição, edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores, atribuindo-lhes racionalidade na medida em que o julgador expressa suas razões de decidir", de forma que, por consequência, defende o autor que "um processo pode possuir uma pluralidade de precedentes, e até mesmo um único precedente pode ser formado por uma pluralidade de processos" (TARANTO, Caio Márcio Gutterres. O incidente de repercussão geral como instrumento de aplicação de precedente jurisdicional. Novas hipóteses de efeitos vinculantes e impeditivos de recurso em sede de controle incidental de constitucionalidade. In: *Revista da SJRJ*, n. 19. Rio de Janeiro: Justiça Federal do Rio de Janeiro, abr. 2007, pp. 95/96). Consoante se demonstrará adiante, o conceito de precedente não pode ser desvinculado do conceito de decisão judicial. Embora não sejam conceitos que se identifiquem, todo precedente é, antes, uma decisão judicial.

Desta forma, na doutrina brasileira, tentativas vêm sendo realizadas, no sentido de se delimitar esta noção ampla de precedente e encontrar um conceito mais estrito e operacional, do que é exemplo a proposta de Evaristo Aragão Santos, que considera precedente em sentido estrito o “pronunciamento judicial que, *por sua autoridade e consistência, deveria ser adotado por outros juízes como padrão para a decisão de casos semelhantes*”.²¹⁶

É conceito semelhante ao proposto por Marinoni, ao afirmar que só se pode falar em precedente "quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados",²¹⁷ de modo que nem toda decisão judicial pode ser considerada um precedente.

Ao passo que na acepção ampla há uma tendência a identificar as noções de precedente e de decisão judicial, nas acepções mais restritivas, busca-se estabelecer uma delimitação, de modo que apenas decisões judiciais revestidas de *determinadas características* sejam consideradas precedentes, quais sejam, aquelas de cuja *autoridade e consistência* decorra a *potencialidade de se firmar como paradigma*.

A dificuldade decorrente da adoção dos conceitos propostos, como aponta Evaristo Aragão Santos,²¹⁸ é identificar quais os julgados cuja *autoridade e consistência* os distinguem do universo de decisões prolatadas pelo Judiciário ou, servindo-nos do conceito de Marinoni, quais julgados têm, em razão de tais atributos, a *potencialidade de se firmar como paradigma*.

Na tentativa de identificar quais decisões têm a *potencialidade de se firmar como paradigma*, propõe Marinoni ser necessário que estas (1) tenham enfrentado e resolvido uma questão de direito, eis que não é precedente a decisão que apenas resolve matéria fática, (2) não tenham se limitado a enunciar aquilo que está expresso na lei, exigindo-se que pelo menos tenham construído uma interpretação do texto, (3) tenham, ainda, enfrentado os

²¹⁶ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, p. 145 (itálicos no original).

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 213. Na mesma direção se encontra o conceito proposto por Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario, ao definirem precedente como "uma decisão tomada por órgão jurisdicional frente a um ou mais casos concretos deduzidos em juízo, cujo núcleo essencial tem o potencial de servir como paradigma para julgamentos posteriores em causas análogas" (BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de código de processo civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 481).

²¹⁸ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, pp. 147/148.

principais argumentos relacionados à questão de direito por meio delas resolvida, e (4) não tenham se limitado a reafirmar anteriores precedentes.²¹⁹⁻²²⁰

Em linha semelhante, Ana Paula de Barcellos destaca a necessidade de que os precedentes, para serem considerados como tais, tenham especial cuidado com a racionalidade e profundidade de sua motivação, buscando alcançar todo o quadro normativo eventualmente aplicável ao caso, pois é desses elementos que o precedente colhe sua legitimidade.²²¹

Como se observa, a definição de precedente proposta pelos juristas referidos vincula-se a *aspectos qualitativos e materiais* da decisão judicial e não simplesmente à autoridade do tribunal que as proferiu. A dificuldade aqui, porém, está em determinar quem está autorizado a avaliar os aspectos qualitativos e materiais de uma decisão judicial, a fim de qualificá-la ou não como um precedente. De outra parte, também se afiguram de difícil determinação os critérios para avaliação desses aspectos qualitativos.

Essas dificuldades parecem ser exacerbadas quando o critério qualitativo sob análise se reveste de um considerável grau de indeterminação, como, por exemplo, a definição acerca de haver ou não a decisão judicial enfrentado todos os principais argumentos relativos à questão jurídica decidida. Essa questão envolve um juízo acerca da relevância dos argumentos deduzidos ou mesmo dedutíveis que dificilmente escaparia a um elevado grau de subjetividade e a variações de opinião acerca de estar ou não caracterizado o precedente.

Diante de tal dificuldade, uma solução cômoda para a delimitação do conceito de precedente seria atribuir esta tarefa de seleção ao legislador, mediante criação de mecanismos

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 213/214.

²²⁰ Em linha semelhante, Hermes Zaneti Jr. ressalta que nem toda decisão judicial é um precedente, não se considerando precedente aquela decisão que *se limita à aplicação da lei ou à mera citação de uma decisão anterior, sem qualquer nova especificação*. Uma decisão judicial, assim, para se qualificar como precedente, deve *constituir um acréscimo ou glosa* relevante aos textos legais ou a anteriores decisões, representando assim um acréscimo de normatividade no sistema jurídico (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes* (...). *Op. cit.*, pp. 328/330).

²²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao básico. Precedentes. Uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 149/156. É exigível, nas palavras da autora, no mínimo que o precedente "identifique todos os enunciados normativos pertinentes ou ao menos que se tente produzir o quadro mais completo possível desses elementos normativos, para que se possam apresentar as razões pelas quais alguns são considerados pertinentes, e outros não, conduzindo a determinada conclusão, e não a outras" (*ibidem*, p. 156).

de uniformização da jurisprudência, de forma que precedente seria aquele "pronunciamento manifestado por meio de algum mecanismo de padronização da jurisprudência".²²²

Tal solução, embora baseada em um critério objetivo, é afastada por Evaristo Aragão Santos, para que o Judiciário não fique subordinado ao legislador na definição de seus precedentes, *cabendo ao próprio Judiciário dizer quais são seus precedentes, quais são as suas decisões que, pela autoridade e consistência, decorrente de um processo de maturação nas diversas instâncias, devem ser observadas quando da solução de casos futuros*.²²³ Ademais, com razão anota o autor que nos países de *common law* ordinariamente decisões são consideradas precedentes sem qualquer intervenção do legislador, unicamente porque o respeito aos precedentes é considerado algo intrinsecamente bom.²²⁴

Observa o autor, além disso, que mecanismos por meio dos quais o Judiciário seleciona seus próprios precedentes já existem em nosso ordenamento, do que são exemplos a figura do *autoprecedente de primeiro grau*,²²⁵ previsto no artigo 285-A do CPC/73, em que o próprio juiz seleciona uma sentença que servirá de paradigma ao julgamento de casos futuros sobre idêntica matéria de direito, e, ainda, os mecanismos introduzidos em nosso ordenamento para seleção dos *recursos especiais repetitivos* e dos *recursos extraordinários com repercussão geral*.²²⁶

Em todas essas situações, é o próprio Judiciário quem seleciona os casos e as decisões que constituirão precedente, embora seja forçoso observar que assim o faz em razão de reformas legislativas que a tanto o autorizaram, de forma que, objetivamente, o *precedente em sentido estrito*, no sentido pretendido pelo autor, não deixa de ser, de qualquer maneira, aquele formado em procedimento de padronização criado pelo legislador.

²²² SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, p. 148.

²²³ *Ibidem*, pp. 148/149.

²²⁴ *Ibidem*, p. 150.

²²⁵ A expressão *autoprecedente* foi cunhada, dentre outros, por Michele Taruffo, que o conceitua como os "precedenti emanati dalla stessa corte che decide il caso successivo" (TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. [S.l.]: Editoriale scientifica, 2007, p. 28), sendo empregada também por Eduardo Sodero, para se referir às situações em que "el tribunal que dictó el precedente es el mismo que tiene que resolver el caso". (SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. *Op. cit.*, p. 222). Em doutrina nacional, a expressão é utilizada por José Renato Gaziero Cella, no sentido da "doutrina ou critérios adotados pelo próprio juiz ou tribunal para a resolução de casos anteriores" (CELLA, José Renato Gaziero. *Auto-precedente e argumentação racional*. Conferência proferida em 12 de novembro de 2001. Disponível em: Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_86.pdf>. Acesso em: 30 out. 2015, p. 7).

²²⁶ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, pp. 152/153.

De toda sorte, ainda que por motivos parcialmente diversos dos sustentados pelo autor, parece-nos que um conceito assim enunciado de fato se revela insuficiente ou mesmo inapropriado, seja porque, de um lado, há decisões que, embora não pronunciadas em mecanismos de uniformização de jurisprudência, têm especial significado na ordem jurídica, de forma que seu valor como precedente não pode ser ignorado (tome-se como exemplo a jurisdição constitucional) e, de outro, como acentuou Evaristo Aragão Santos, a cultura jurídica de um determinado país muitas vezes atribui a uma decisão judicial o valor de precedente, independente de qualquer atuação do legislador (é o que ordinariamente se dá nos países de *common law* e, também, em alguma medida em países de *civil law*).

Na tentativa de elaboração de um conceito estrito de precedente, diante das dificuldades expostas em se lidar com critérios puramente qualitativos ou exclusivamente determinados pelo legislador, parece-nos que dois pontos devem ser considerados.

Num primeiro aspecto, destaca-se que todos os conceitos propostos, tanto de precedente em sentido amplo, quanto em sentido estrito, têm como ponto de convergência a ideia de que precedente e jurisprudência são conceitos que não se confundem, proposição com a qual se concorda e que será desenvolvida em tópico próprio (*infra*, seção 2.7).

Por ora, é suficiente assentar que a jurisprudência consiste na reiteração de julgados a respeito de um determinado tema, traduzindo uma constância ou ao menos uma forte tendência na compreensão dos tribunais, em geral, ou de um determinado tribunal, em particular, a respeito de alguma matéria em discussão.

O precedente, ao contrário, consiste não em uma reiteração de julgados, mas sim em uma “decisão individualizada de um caso concreto, da qual se extrai uma tese jurídica que constitui o cerne do respectivo provimento, ou seja, a denominada *ratio decidendi*, prestando-se a predeterminar ou apenas nortear futuros julgamentos sobre idêntica questão”.²²⁷

O precedente, portanto, é uma decisão que, por si só e independentemente de eventual reiteração de decisões em um mesmo sentido, veicula uma tese jurídica a respeito de

²²⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 98.

determinada questão, podendo ou não predeterminar o resultado de julgamentos futuros, conforme se trate ou não de um sistema jurídico que adote a vinculação de precedentes.

De outra parte, sob um segundo aspecto, a dificuldade da doutrina em encontrar um satisfatório conceito estrito de precedente parece resultar da circunstância de que tal conceito está indissociavelmente ligado à cultura jurídica e ao ordenamento jurídico de cada país, de forma que não nos parece viável a definição de *critérios qualitativos ou materiais* universalmente válidos para a conceituação estrita de precedente, sem que se faça uma consideração acerca do sistema jurídico em que este conceito estrito de precedente se insere.

Sob tal perspectiva, a delimitação conceitual do precedente, para além de seu sentido amplo, deve necessariamente considerar a *cultura jurídica* e o *direito positivo* de cada país. Em países que, como o Brasil, se filiam à tradição do *civil law*, afigura-se adequado qualificar como precedentes em sentido estrito, em termos aproximativos e pelas razões a seguir expostas, apenas *as decisões proferidas pelas Cortes Supremas às quais se reconheçam efeitos vinculantes ou às quais o direito positivo ou a cultura jurídica atribuam especial significado enquanto norteadoras de decisões em processos futuros, circunstâncias aferíveis a partir de uma análise do direito jurisprudencial praticado em cada país.*

Esse *especial significado* atribuído a determinadas decisões decorre do próprio regramento existente no direito positivo, que a elas atribuem efeitos *panprocessuais*, ao servirem de fundamento a mecanismos de abreviação do procedimento (tal como ocorre, no Brasil, com o artigo 557 do CPC/73) ou, ainda, da cultura jurídica prevalente, que a elas confere especial significação na orientação de decisões futuras, tal como se dá, em geral, com as decisões dos tribunais superiores e das cortes de cassação, que, mesmo quando formalmente desprovidas de efeitos vinculantes, revestem-se de particular autoridade, decorrente da própria posição do órgão prolator na estrutura judiciária, a impor, no plano fático, sua consideração por ocasião da prolação de futuras decisões.

Não se incluem, de outra parte, no conceito estrito ou técnico de precedente as decisões proferidas por tribunais de segundo grau. Não obstante essas decisões sejam igualmente relevantes, sobretudo na perspectiva tradicional da resolução do caso concreto, sua significação sistêmica, no que diz respeito à atribuição de sentido ao direito, tem menor dimensão, na medida em que não cabe aos tribunais de segundo grau definir o sentido do

direito em caráter final. Neste ponto, concorda-se com a assertiva de Hermes Zaneti Jr. de que "a teoria dos precedentes é uma teoria para as Cortes Supremas".²²⁸

Em síntese, a definição concreta de quais decisões podem ser consideradas precedentes, em um sentido estrito, é algo que só pode ser estabelecido à luz de cada sistema jurídico individualmente considerado, pois é o ordenamento jurídico e a cultura jurídica de cada país quem determinará quais decisões, no universo de decisões cotidianamente produzidas pelo Poder Judiciário, poderão ser consideradas precedentes.

Por tal razão, a determinação das decisões que podem, no direito brasileiro, ser consideradas precedentes em sentido estrito, alcançando-se um grau de precisão que possa ir além das considerações gerais aqui trazidas (prolação exclusivamente por tribunais superiores e reconhecimento de efeitos vinculantes ou de especial significado na ordem jurídica a partir da análise do direito jurisprudencial), é tarefa a ser desenvolvida no quarto capítulo, especificamente voltado à análise do direito jurisprudencial praticado no Brasil.

2.5.2. Classificação dos precedentes

É certo, consoante se extrai da doutrina acerca do tema, que não existe uma única espécie de precedentes, mas, ao contrário, variadas espécies, que podem ser estabelecidas em conformidade com diferentes critérios classificatórios. Diante disso, é útil estabelecer uma tipologia dos precedentes que possa auxiliar na definição das hipóteses em que um precedente pode ser qualificado como base da confiança, de forma a autorizar, na hipótese de sua superação, o emprego de mecanismos formais e materiais de proteção das expectativas legitimamente originadas do entendimento adotado no precedente superado.

Dessa sorte, dentre os variados critérios classificatórios encontrados na doutrina, concentrar-se-á a atenção naqueles que se nos afiguram particularmente úteis aos fins pretendidos no presente estudo, quais sejam, aqueles que levam em consideração (a) o

²²⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes (...)*. *Op. cit.*, p. 311.

conteúdo dos precedentes, (b) os efeitos que estes irradiam no sistema jurídico e (c) a posição hierárquica ocupada pelo órgão jurisdicional do qual emanam.

2.5.2.1. Os precedentes quanto ao seu conteúdo

No tocante a seu conteúdo, a doutrina costuma distinguir entre precedentes *interpretativos* ou *integrativos*.²²⁹

São considerados interpretativos os precedentes que veiculam a "interpretação e aplicação da lei por parte de determinado órgão judicial",²³⁰ atribuindo *determinado significado a um ato normativo posto dentro do ordenamento*,²³¹ compreendendo-se o termo *lei* em seu sentido amplo, abarcando desde a Constituição até os atos normativos secundários (portarias, instruções normativas, dentre outros), expressando a compreensão do órgão judicial acerca do seu significado e do seu alcance.

O precedente interpretativo, ao estabelecer a compreensão de um determinado ato normativo, serve de "orientação de como a mesma regra jurídica deverá ser interpretada quando esse ou outro órgão judicial se depare com situação semelhante no futuro".²³²

Essa espécie de precedentes é reconhecida como própria dos países de *civil law*,²³³ na medida em que, diferentemente dos precedentes do *common law*, construídos predominantemente a partir da análise dos fatos dos casos sob julgamento, voltam-se os precedentes interpretativos à fixação da interpretação do direito positivo. Não obstante, é de se ressaltar que também nos países de *common law*, estes precedentes vêm ganhando destaque, à medida em que a atividade legislativa também neles se intensifica.

De outra parte, qualificam-se como *integrativos* os precedentes que não se limitam a fixar o sentido de um ato normativo, mas que, ao contrário, na ausência de um ato normativo

²²⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 313.

²³⁰ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, pp. 137/138.

²³¹ SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. *Op. cit.*, p. 233.

²³² SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, p. 138.

que trate especificamente da situação submetida à apreciação judicial, *suprem a lacuna existente*, de modo a introduzir uma norma jurídica inédita no sistema jurídico, verdadeira inovação na ordem jurídica, o que se dá ordinariamente nos assim denominados *hard cases* ou *cases of first impression*, ou seja, naqueles casos que veiculam questões que nunca foram previamente analisadas pelo Poder Judiciário.

Os precedentes integrativos são muitas vezes denominados *precedentes criativos*²³⁴ ou *praeter legem*²³⁵ pela doutrina. Não obstante, na medida em que a atividade judicial sempre configura uma atividade de criação do direito, tem-se que as expressões *precedente criativo* ou *praeter legem* não são adequadas, na medida em que conduzem à equivocada conclusão de que a atividade de atribuição de sentido aos textos normativos realizada pelo Poder Judiciário (precedentes interpretativos) não seria também ela uma atividade de *criação do direito*.

A expressão *precedente criativo* ou *praeter legem*, em oposição a *precedente interpretativo*, remete a uma concepção positivista da função do juiz, que não se sustenta mais nos Estados Constitucionais contemporâneos, como bem observaram Marinoni e Bustamante, na medida em que a atividade do juiz, mesmo quando incidindo sobre atos normativos dados pelo legislador, complementa a atividade deste, atribuindo sentido e dele extraíndo a norma jurídica cuja aplicação será feita no caso sob julgamento e, eventualmente, servirá de paradigma para a futura solução de casos semelhantes.

Manifesta-se, assim, no presente trabalho, a opção pela expressão *precedente integrativo*, com a finalidade de designar os precedentes formados com o objetivo de preencher lacunas do direito positivo, tal qual houve, recentemente, no Judiciário brasileiro, com sucessivas decisões em que se reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, culminando em decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 255/256; SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, p. 137.

²³⁴ A título exemplificativo: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 177.

2.5.2.2. Os precedentes quanto à sua eficácia

No que diz respeito à eficácia dos precedentes, a doutrina ordinariamente aponta a existência de duas categorias ou espécies, os *precedentes vinculantes* ou *obrigatórios* (*binding precedents*) e os *precedentes persuasivos* (*persuasive precedents*).

Os precedentes vinculantes, típicos dos sistemas jurídicos de *common law*, são aqueles cuja observância é obrigatória por todos os órgãos judiciais que se encontrem, dentro da estrutura judiciária, em posição inferior à do órgão judicial no qual se originou, e que venham a apreciar, em casos futuros, questão jurídica resolvida no precedente, em conformidade com a doutrina do *stare decisis*, que adiante será objeto de análise.

Nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, contudo, os precedentes normalmente são *persuasivos*, no sentido de que sua observância, quando de julgamentos futuros, não se faz obrigatória pelos órgãos jurisdicionais inferiores. Constituem, seguramente, uma orientação quanto ao caminho a ser seguido pelos órgãos judiciários, quando da apreciação da questão de direito, mas não são vinculantes, na medida em que sua observância não se impõe como um dever jurídico ao julgador do caso sucessivo.

Essa associação dos *precedentes vinculantes* aos sistemas jurídicos de *common law* e dos *precedentes persuasivos* aos sistemas jurídicos de *civil law*, contudo, apenas pode ser aceita numa perspectiva aproximativa, na medida em que também os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica vêm crescentemente adotando *precedentes vinculantes* ou *obrigatórios*, em especial na jurisdição constitucional exercida pelas Cortes Supremas.

O Brasil é um exemplo do que aqui se afirma, pois entre nós de longa data se assentou que as decisões do STF, ao menos no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, têm efeitos vinculantes, sendo, portanto, de observância obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e também para a Administração Pública.

²³⁵ SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. *Op. cit.*, p. 233.

De outra parte, a aproximação entre os sistemas jurídicos de *common law* e de *civil law* tem revelado a insuficiência desse tratamento dicotômico dos precedentes, levando ao reconhecimento de níveis intermediários de eficácia, nos quais os precedentes, embora não sejam *vinculantes*, têm uma força que vai além da simples *persuasão*. Como tem observado a doutrina contemporânea, "a força ou o peso dos precedentes é algo que pode variar", de forma que "a questão da força ou vinculatividade dos precedentes é uma questão de *graus*".²³⁶

Assim, por exemplo, Aleksander Peczenik e Aulis Aarnio, em um quadro de extremo detalhamento,²³⁷ identificam graus variados de vinculatividade, iniciados pelos precedentes com maior eficácia, aqueles *formalmente vinculantes (formally binding)*, cuja inobservância é considerada um ato de violação ao direito sujeito a reversão. Estes, por sua vez, são subdivididos em *formalmente vinculantes não sujeitos à superação (formally binding not subject to overruling)*, com ou sem exceções à sua aplicação (*defeasibly* ou *strictly binding*), e *formalmente vinculantes sujeitos à superação (formally binding subject to overruling or modification)*. A esta primeira categoria, de maior força vinculante, se seguiria, como espécie intermediária, os precedentes que não são formalmente vinculantes, mas são dotados de força (*not formally binding but having force*), cuja inobservância, embora não configurando um ato de violação ao direito, se sujeita a críticas e também à reversão. Esta categoria também seria subdividida em duas, *defeasible force* e *outweighable force*. Seguem-se, então, em um grau ainda menor de eficácia, os precedentes que *não são formalmente vinculantes nem têm força (not formally binding and not having force but providing further support)*, quando sua inobservância permite justificar a decisão, mas em menor medida do que se tivesse sido observado e, por fim, com o menor grau de eficácia, aqueles que têm valor meramente ilustrativo (*mere illustrativeness or other value*).²³⁸

Também no Brasil, a insuficiência desse tratamento dicotômico tem levado a doutrina a propor sistematizações dos precedentes, quanto à sua eficácia, que não se limitam ao tradicional binômio *precedentes vinculantes - precedentes persuasivos*, do que é exemplo a

²³⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, pp. 270 e 277.

²³⁷ Thomas da Rosa de Bustamante o critica, com razão, por fazer "distinções em exagero" e incluir classes que sequer existiriam nos sistemas jurídicos contemporâneos, como os precedentes formalmente vinculantes não sujeitos à superação (*ibidem*, pp. 300/301).

²³⁸ PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 463; AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 85.

classificação proposta por Bruno Garcia Redondo, em *precedentes obstativos da revisão de decisões, autorizantes, rescindentes e revisionais da coisa julgada*.²³⁹

Seriam *obstativos da revisão de decisões* os precedentes que pudessem servir de impedimento ao processamento de recursos ou mesmo à aplicabilidade da remessa necessária (por exemplo, conforme dispõem os artigos 518, §1º e 475, §3º, do CPC/73). De outra parte, *autorizantes* seriam os precedentes cuja invocação enseja o cabimento de um determinado recurso (como se daria com o recurso especial fundado no dissídio jurisprudencial). Por fim, qualificar-se-iam como *rescindentes* os precedentes aptos à desconstituição ou à simples inexecução da coisa julgada, do que é exemplo o fenômeno dos precedentes que se podem qualificar como *coisa julgada inconstitucional* (artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC/73) e, ainda, como *revisionais da coisa julgada* quando, em relações jurídicas continuativas, operarem uma revisão da coisa julgada para o futuro.²⁴⁰

Como se observa na sistematização acima referida, apresentada a título ilustrativo, existe uma interrelação entre a maior ou menor força vinculativa dos precedentes e o papel por estes desempenhados no discurso jurídico e na justificação judicial.

Exatamente por esta razão Thomas da Rosa de Bustamante defende que a concepção formal de fontes do direito, elaborada sob os influxos do positivismo jurídico, não seria mais adequada para explicar o papel desempenhado pelos precedentes nos Estados contemporâneos, propondo, em substituição, a adoção de um conceito argumentativo de fontes do direito, lastreado em lições de Aulis Aarnio, de forma a definir como fontes do direito todas as razões que possam servir à justificação de uma interpretação adotada no discurso jurídico, em conformidade com regras aceitas na comunidade jurídica.²⁴¹

Sob tal perspectiva, os precedentes podem ser considerados *fontes do direito*, na medida em que se prestam a *justificar* a produção de normas jurídicas concretas por meio da atividade jurisdicional, disso extraíndo uma classificação das fontes quanto à sua obrigatoriedade, ainda com base nas lições de Aulis Aarnio, em *must-sources* (fontes obrigatórias em sentido forte, cuja observância se impõem), *should-sources* (fontes

²³⁹ REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial (...). *Op. cit.*, p. 177.

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 177/178.

²⁴¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 293.

obrigatórias em sentido frágil, que embora não obrigatórias, devem ser normalmente seguidas) e *may-sources* (fontes aceitas na argumentação jurídica, mas que não são de observância obrigatória, tais como a doutrina e o direito estrangeiro).²⁴²

Nesse sentido, adota-se no presente trabalho como referencial teórico aquela que nos parece ser a mais apropriada classificação dos precedentes quanto à sua eficácia, apresentada por Thomas da Rosa de Bustamante, a partir de uma adaptação das propostas de Peczenik e Aarnio à cultura jurídica brasileira, diferenciando três categorias, os *precedentes vinculantes em sentido forte*, os *precedentes vinculantes em sentido frágil* e os *precedentes persuasivos*.²⁴³

Precedentes vinculantes em sentido forte são aqueles cuja observância é obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário, de forma que qualquer decisão que deles se afaste estaria em desconformidade com o direito e seria, por esta razão, passível de correção pelos meios de impugnação previstos no ordenamento jurídico. Este elevado grau de vinculação não impede, como adiante se abordará, que o próprio tribunal que deu origem ao precedente reveja ou modifique seu próprio entendimento (*overruling* ou *revirement*).²⁴⁴

De outra parte, *precedentes vinculantes em sentido frágil* são aqueles aos quais o ordenamento jurídico ou a cultura jurídica não impõem obrigatória observância, mas cujo respeito em julgamentos subsequentes é em princípio esperado, dado o especial prestígio de que gozam no sistema jurídico, sujeitando-se a críticas a decisão que os desrespeita. Em outras palavras, são precedentes que *normalmente devem ser obedecidos*, porque a solução neles contida é revestida, no sistema jurídico, de particular importância (*should-sources*).²⁴⁵

Por fim, são *precedentes persuasivos* aqueles que não gozam, no ordenamento, de qualquer força vinculante formal (*formal bindingness*) e cuja inobservância pelos demais órgãos jurisdicionais também não recebe do ordenamento jurídico especial reprovação, de

²⁴²*Ibidem*, pp. 287/298.

²⁴³*Ibidem*, p. 301. As categorias propostas por Thomas da Rosa de Bustamante são o resultado da crítica por ele desenvolvida à sistematização proposta por Aulis Aarnio e Aleksander Peczenik, em artigos que compõem, juntamente com outros trabalhos, coletânea organizada pelos professores Neil MacCormick e Robert Summers (AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. *Op. cit.*, p.85; PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. *Op. cit.*, p. 463).

²⁴⁴BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, p. 299/301.

²⁴⁵*Ibidem*, pp. 296 e 299/301.

forma que a sua eficácia se opera mais no plano do convencimento, sem imposição formal ou informal de obrigatoriedade quanto à observância.²⁴⁶

2.5.2.3. Os precedentes quanto à sua posição na organização judiciária

Reconhece-se atualmente que o papel desempenhado pelos precedentes nos sistemas jurídicos, bem como o grau de vinculação que aos mesmos se atribui, é fortemente influenciado pelo *desenho institucional do Estado* e, em particular, pelo *desenho institucional do Poder Judiciário*, de forma que estes são fatores relevantes a serem considerados.²⁴⁷

Exatamente por tal razão, na clássica coletânea *Interpreting Precedents*, coordenada por MacCormick e Summers,²⁴⁸ todos os artigos que discutem o papel dos precedentes nos diferentes países objeto da análise comparativa iniciam pela descrição da organização do Poder Judiciário, tendo ainda sido dedicado um artigo específico, de autoria de Michele Taruffo, voltado à análise da influência de *fatores institucionais* sobre os precedentes.²⁴⁹

Desta forma, a análise e a classificação dos precedentes também deve considerar a posição ocupada, na estrutura organizacional do Poder Judiciário, pelo órgão jurisdicional que os emite, em especial em comparação à posição ocupada por aquele incumbido de julgar um caso em que o precedente é invocado ou no qual deva ser aplicado.

Esta perspectiva de análise é também importante, do ponto de vista classificatório, na medida em que se pode afirmar, de um modo geral, que quanto mais elevada for a posição ocupada por um órgão jurisdicional na estrutura judiciária de um determinado país, maior será a importância e maior será a influência dos precedentes nele originados.²⁵⁰

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 299/301.

²⁴⁷ *Ibidem*, pp. 308/311.

²⁴⁸ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.

²⁴⁹ TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997, pp. 437/460.

²⁵⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, p. 310.

É natural, tanto nos sistemas jurídicos de *common law* quanto nos de *civil law*, que se atribua maior importância ou maior atenção às decisões proferidas pela Suprema Corte e por outros tribunais superiores, do que àquelas proferidas por tribunais de apelação ou juízos de primeiro grau, na medida em que aos primeiros é conferida, pela generalidade dos ordenamentos, a missão de dar a última palavra sobre as questões jurídicas debatidas.

Sob tal perspectiva, portanto, que relaciona a posição ocupada pelo órgão jurisdicional do qual emana o precedente e pelo órgão jurisdicional que deverá aplicar o precedente, pode-se falar em *precedente vertical*, *precedente horizontal* e *autoprecedente*.²⁵¹

Considera-se *precedente vertical* aquele oriundo de um tribunal que ocupe, na estrutura judiciária, uma posição mais elevada do que a ocupada pelo juízo que deverá aplicá-lo em um determinado caso. Nas hipóteses em que o sistema jurídico confere a estes precedentes eficácia vinculativa (como se dá, de forma geral, nos sistemas de *common law*), a observância do *precedente vertical* é obrigatória. De outra parte, mesmo quando não haja, no sistema jurídico, obrigatoriedade de observância do precedente vertical, reveste-se o mesmo de importante força persuasiva, com forte aptidão para servir de paradigma ou *decisão-quadro*²⁵² no sistema jurídico, em especial quando oriundo dos tribunais superiores.

De outra parte, são *precedentes horizontais* aqueles oriundos de órgãos jurisdicionais situados no mesmo patamar hierárquico do juízo perante o qual sua aplicação é invocada. Assim, por exemplo, são *precedentes horizontais*, na estrutura judiciária brasileira, os precedentes (em sentido amplo) oriundos de Tribunais de Justiça, uns em relação aos outros, ou de um tribunal superior (com exceção do STF) em relação a outro tribunal superior.

Por fim, *autoprecedente* é o precedente oriundo do próprio órgão jurisdicional perante o qual sua aplicação é invocada ou deva se dar. Sua aplicação, conquanto não seja obrigatória, deve ser em princípio prestigiada, a fim de que o órgão jurisdicional mantenha uma continuidade e estabilidade em seus entendimentos jurídicos.

²⁵¹CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 305.

²⁵² NERY JR., Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica (...). *Op. cit.*, pp. 78/79.

2.6. Jurisprudência

2.6.1. Origens históricas da jurisprudência

As raízes do termo jurisprudência remontam ao direito romano arcaico, consolidando-se no período clássico, eis que, consoante anotam De Plácido e Silva e Moreira Alves, a palavra deriva do latim *jus* (Direito) e *prudentia* (sabedoria), sendo definida por Ulpiano como "o conhecimento das coisas divinas e humanas e a ciência do justo e do injusto" ("*juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*").²⁵³ Desse conceito decorre o uso moderno do termo como sinônimo de *Ciência do Direito*.²⁵⁴

Monopolizada inicialmente pelos *pontífices* que assessoravam o Rei no período da Realeza romana (de sua fundação no século VIII a.C. até 510 a.C., com a revolução que banuiu o rei Tarquínio),²⁵⁵ a jurisprudência passa a ser secularizada no período clássico, por meio das obras dos jurisconsultos, resultado da elaboração de pareceres sobre questões de direito controvertidas,²⁵⁶ inicialmente de forma privada, mas a partir do imperador Augusto, também no exercício de um *ius respondendi ex auctoritate principis*,²⁵⁷ cuja compilação, ao lado de obras doutrinárias, permitiram que a herança do direito romano chegasse até a atualidade.²⁵⁸

²⁵³ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. *Op. cit.*, p. 806; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Vol. I. 10. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 26. Este conceito foi incorporado às Institutas de Justiniano (Inst. I.1.1): "La Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas con la ciencia de lo justo y de lo injusto". [No original latino: "Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia".] (JUSTINIANO. *Instituciones de Justiniano: edición bilingüe*. Tradução de Méliquiades Pérez Rivas. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005, p. 23) e também ao *Digesto* (D. I.1.10.2) (JUSTINIANO. *Digesto de Justiniano*. Livro 1. Tradução de Hélcio Maciel França Madeira. Edição bilingue: latim/português. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: Centro Universitário FIEO - UNIFIEO, 2000, p. 19).

²⁵⁴ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. *Op. cit.*, p. 806; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 9.

²⁵⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. *Op. cit.* pp. 8/9 e 12/13; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, pp. 33/34.

²⁵⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. *Op. cit.*, pp. 26/27.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 37. As Institutas de Justiniano (Inst. I.2.8) registraram, já no período pós-clássico, essa atividade dos jurisconsultos do período clássico: "Las respuestas de los prudentes son las opiniones y sentencias de los que habían recibido el poder de fijar el derecho. Porque se había establecido antiguamente que las leyes fuesen públicamente interpretadas por ciertas personas, llamadas jurisconsultos, que recibían del príncipe el derecho de responder. Era tal la autoridad de sus opiniones y sentencias unánimes, que, según las constituciones, no era permitido al juez separarse de sus respuestas" [No original latino: "Responsa prudentum sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum erat jura condere. Nam antiquitus constitutum erat ut essent qui jura publice interpretarentur, quibus a Caesare jus respondenti datum est, qui jurisconsulti appellabantur: quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut iudice recedere a responso eorum no liceret, us est

Consoante destaca a doutrina, em relação às fontes romanas, não só as *responsae* dos jurisconsultos, mas também os *editos dos pretores*,²⁵⁹ por meio dos quais a atividade jurisdicional era concretamente exercida, estariam na origem da atual jurisprudência.²⁶⁰

A respeito destes últimos, leciona John Gilissen que era usual os magistrados (dentre os quais os pretores), ao iniciarem o exercício de suas funções, proclamarem a forma pela qual se daria sua atuação, bem como as hipóteses em que confeririam a alguém uma ação. A repetição desses editos por sucessivos pretores levava a que os mesmos fossem se consolidando como *regras permanentes do direito*, que podiam ser invocadas pelo cidadão.²⁶¹

Por tal razão, Moreira Alves leciona que os editos dos pretores constituíam uma "espécie de programa do magistrado", por meio do qual estabelecia um *sistema de ações* que poderiam conceder proteção a direitos decorrentes do *ius civile*, um "verdadeiro inventário de todos os meios de que o particular pode valer-se para obter a tutela de seu direito".²⁶²

Do quanto se colhe das lições acima, parece-nos que os editos dos pretores mais se aproximavam de um ato normativo abstrato, quase de natureza legislativa, do que

constitutum"] (JUSTINIANO. *Instituciones de Justiniano. Op. cit.*, p. 26). No mesmo sentido: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito. Op. cit.*, p. 64.

²⁵⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano. Op. cit.*, pp. 38/40.

²⁵⁹ Variando de autor para autor, encontram-se as grafias *edito* e *édito*. Ambas as formas se afiguram corretas, com registro no Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa, elaborado pela Academia Brasileira de Letras (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Vocabulário ortográfico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Bloch, 1981, p. 277). Opta-se no presente trabalho pela primeira grafia, por ser a forma empregada por José Carlos Moreira Alves, Rubens Limongi França e José Rogério Cruz e Tucci.

²⁶⁰ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e a jurisprudência. Op. cit.*, p. 152; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 17.

²⁶¹ Nas palavras do autor, "o pretor, prometendo uma ação, criava um direito de que os cidadãos se podiam prevalecer; enquanto que nos direitos modernos o direito é geralmente criado por uma lei, em Roma é o pretor que reconhece um direito atribuindo uma ação, isto é, um meio processual" (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito. Op. cit.*, pp. 89/90).

²⁶² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano. Op. cit.*, p. 23.

propriamente de decisões judiciais.²⁶³ Esta é, possivelmente, a razão pela qual as Institutas de Justiniano referem que os mesmos tinham *grande autoridade legislativa*.²⁶⁴

Assim, ainda que com a ressalva acima, é certo que, como bem aponta John Gilissen, a própria tradição consolidou o uso da expressão *direito pretoriano* como um sinônimo do *direito de origem jurisprudencial*, no sentido de um direito não decorrente expressamente da lei, mas derivado de uma construção intelectual do magistrado, a partir da lei.²⁶⁵

Nas fontes romanas, portanto, ao que se depreende da doutrina, estão as raízes históricas do termo *jurisprudência*, nelas tendo sido cunhadas algumas das acepções da expressão utilizadas até a atualidade.

2.6.2. Conceito contemporâneo de jurisprudência

Assim como no direito romano o termo jurisprudência não tinha um sentido único, referindo-se ora ao resultado da atividade dos jurisconsultos, ora ao direito pretoriano, também na atualidade se registram diferentes acepções em que o mesmo é empregado.

Na clássica lição de Rubens Limongi França, o termo *jurisprudência* pode ser entendido (1) como um sinônimo de Ciência do Direito, correspondente ao conceito cunhado por Ulpiano no direito romano, (2) como o *conjunto das manifestações dos jurisconsultos* (pareceres emanados de órgãos oficiais ou de juristas privados a respeito de questões jurídicas que lhe são concretamente apresentadas), (3) como um equivalente de *doutrina jurídica*

²⁶³ Esta concepção encontra apoio na lição de De Plácido e Silva, segundo o qual "derivado de *edictum*, tinha entre os romanos a significação de *regimento*, feito pelos magistrados, para que nele se inserissem as regras a serem observadas no exercício de sua magistratura" (itálicos no original) (DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. *Op. cit.*, p. 507). Da mesma forma, corroborando esse entendimento, Rubens Limongi França leciona que "ligados que fossem à administração concreta da justiça, o edicto não era propriamente uma sentença, senão um conjunto suplementar de normas pelas quais o pretor pautaria a sua gestão" (LIMONGI FRANÇA. *O direito, a lei e a jurisprudência*. *Op. cit.*, p. 153).

²⁶⁴ Inst. I.2.7. "Los edictos de los pretores tienen también una gran autoridad legislativa. Se los llama derecho honorario, porque deben esta autoridad a los que van revestidos de honores, es decir, a los magistrados. Los ediles curules publicaban por su parte, sobre ciertos objetos, un edicto que formaba parte del derecho honorario" [No original latino: "Proetorum quoque edicta non modicam juris obtinent auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium solemus appellare, quod quid honores gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant et aediles curules edictum de quibusdam causis, quod et ipsum juris honorarii portio est."] (JUSTINIANO. *Instituciones de Justiniano*. *Op. cit.*, p. 26)

(complexo de indagações, estudos ou trabalhos realizados pelos juristas no plano teórico), (4) como a *massa geral das manifestações dos juízes e tribunais* relativamente aos processos sob sua apreciação, ou, ainda, no conceito que se tornou clássico, (5) correspondendo ao "conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico".²⁶⁶

Rodolfo de Camargo Mancuso, apoiando-se na lição de Rubens Limongi França, igualmente identifica cinco acepções em que o termo *jurisprudência* é usualmente empregado, e que correspondem em linhas gerais, aos significados apresentados por Limongi França. Assim, segundo Mancuso, o termo *jurisprudência* pode ser compreendido (1) como sinônimo de *Ciência do Direito*, (2) como o "Direito aplicado aos casos concretos pelos seus operadores - advogados, juízes, promotores de justiça, árbitros [e] conciliadores", (3) como "a interpretação teórica do Direito", no que corresponderia à doutrina, (4) como uma referência à massa de decisões proferidas pelo Poder Judiciário e (5) como a "coleção ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo Tribunal, ou de uma dada *Justiça*, sobre um mesmo tema jurídico".²⁶⁷

A partir das lições acima referidas, parece-nos possível identificar quatro acepções do termo que se mostram particularmente relevantes na atualidade.

Na primeira acepção proposta por Rubens Limongi França, que se pode qualificar como geral, o termo *jurisprudência* é utilizado, a partir do uso originário nas fontes romanas, como um sinônimo da *Ciência do Direito*.²⁶⁸ Esse uso se verifica, por exemplo, na Itália, onde as faculdades de Direito são comumente denominadas *Facoltà di Giurisprudenza*.²⁶⁹

Em uma segunda acepção, elaborada a partir da proposta de Rubens Limongi França, embora sem com ela guardar exata correspondência, a palavra *jurisprudência* designa o conjunto de manifestações dos órgãos estatais incumbidos de funções decisórias, inclusive na estrutura do Poder Executivo.²⁷⁰ Nesse sentido, fala-se em *jurisprudência* do Conselho de

²⁶⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. *Op. cit.*, p. 90.

²⁶⁶ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e a jurisprudência*. *Op. cit.*, pp. 145/146.

²⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, pp. 41/42.

²⁶⁸ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e a jurisprudência*. *Op. cit.*, p. 145.

²⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, pp. 41/42; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 10.

²⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, p. 46.

Contribuintes (no âmbito do Ministério da Fazenda), das Juntas de Recursos que apreciam impugnações a infrações de trânsito, ou mesmo dos Tribunais de Contas.²⁷¹

Esse segundo uso, amplo e menos técnico da expressão, conquanto criticado por Mancuso, não nos parece deva ser necessariamente proscrito, mas importa que se tenha em conta que o termo, nesses casos, não é usado numa acepção técnica, nem designa o exercício de uma função jurisdicional por parte desses órgãos estatais.

É importante destacar, quanto a esta segunda acepção, que o Código de Processo Civil de 2015, embora sem empregar a palavra *jurisprudência*, no que andou bem o legislador, para não desvirtuar o uso técnico que o termo deve ter na legislação processual, não ignorou o fenômeno da produção de entendimentos jurídicos no âmbito da Administração Pública.

Ao contrário, o novo Código não apenas reconheceu a existência do fenômeno, como também atribuiu algum valor aos entendimentos jurídicos firmados no âmbito dos órgãos administrativos das pessoas jurídicas de direito público, ao dispor que a remessa necessária não terá lugar nas hipóteses em que a sentença estiver fundada em "entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa".²⁷²

De toda sorte, embora a utilização do termo *jurisprudência* com a finalidade de designar esses entendimentos jurídicos manifestados por órgãos decisórios no âmbito da Administração não seja algo nocivo em si mesmo, trata-se de acepção *lata* e de pouco valor técnico-jurídico, na medida em que tais órgãos não exercem função jurisdicional, razão pela qual o legislador, entre nós, embora atribuindo alguma relevância a esses entendimentos jurídicos, optou por não designá-los *jurisprudência*.

Em um terceiro sentido, ainda bastante amplo, mas um pouco mais técnico que o anterior, a jurisprudência se traduz no conjunto de todas as decisões judiciais produzidas pelo Poder Judiciário, ou seja, como a "totalização do produto final do serviço judiciário do Estado", pouco importando se referentes a um mesmo tema, ou se harmônicas ou discrepantes

²⁷¹ *Ibidem*, p. 46.

²⁷² Art. 496, §4º, IV do Código de Processo Civil de 2015.

entre si,²⁷³ assumindo o significado amplo de um *Direito Judicial*.²⁷⁴ Tal uso se verifica, por exemplo, ao se afirmar que as reformas havidas na legislação processual civil brasileira têm conferido crescente importância à *jurisprudência* dos tribunais.

A expressão é utilizada, por fim, em um sentido mais preciso e operacional, para designar uma "tendência exegética predominante num determinado Tribunal, acerca de certo tema"²⁷⁵ ou, ainda, "uma sequência ordenada de acórdãos consonantes sobre certa matéria, prolatados num dado Tribunal ou numa certa *Justiça*".²⁷⁶

É o uso que se verifica, por exemplo, quando se afirma que a jurisprudência atual do STF se pacificou no sentido do descabimento da prisão civil do depositário infiel, ou quando se afirma que a jurisprudência do STJ se orienta pela não incidência de contribuição previdenciária sobre o valor pago a título de adicional de um terço de férias.

Neste sentido mais técnico, o termo *jurisprudência* é referido aos entendimentos predominantes manifestados pelos *órgãos colegiados* dos tribunais a respeito de um determinado tema. Não se inserem no conceito as decisões oriundas de órgãos monocráticos (juízos de primeiro grau, decisões monocráticas do relator, do presidente e outras). O termo jurisprudência, nesse sentido técnico-jurídico, é a expressão do *entendimento predominante a respeito de um determinado tema em um determinado tribunal ou Justiça colhido a partir de decisões reiteradas de seus órgãos colegiados*.²⁷⁷

De todas essas acepções, a que se nos afigura de maior importância e utilidade, do ponto de vista do estudo ora desenvolvido, é a última, que revela um emprego do termo em um sentido mais estrito, mais preciso, como designação da *reiteração de julgados uniformes de um mesmo tribunal ou de uma mesma Justiça a respeito de um dado tema*.²⁷⁸

Com efeito, as referências ao termo jurisprudência, ao longo deste trabalho, ordinariamente adotam este sentido mais estrito e técnico, com a finalidade de indicar um

²⁷³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, pp. 36/37 e 148.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 86. Consoante anota José Rogério Cruz e Tucci, nesse sentido amplo, o termo *jurisprudência* "indica genericamente a atividade dos tribunais no desempenho de seu mister de *ius dicere*" (CRUZ E TUCCI. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 9).

²⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 26.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 148.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 46/47.

entendimento judicial reiterado e consolidado em um determinado tribunal ou em uma determinada Justiça, colhido a partir de decisões de seus órgãos colegiados.

2.7. Distinção entre jurisprudência e precedente

Realizada a análise dos conceitos contemporâneos de precedente e de jurisprudência, é possível desenvolver, neste ponto do estudo, a anterior afirmação (*supra*, seção 2.5.1), no sentido de que precedente e jurisprudência são termos que não se confundem, embora por vezes empregados sem a necessária distinção, como se sinônimos fossem.²⁷⁹

Com efeito, jurisprudência, no sentido técnico adotado neste trabalho, consiste na reiteração de julgados a respeito de uma determinada questão jurídica, no âmbito de um tribunal ou de uma Justiça, ao passo que o precedente sempre é, conforme observa a doutrina, uma "decisão individualizada de um caso concreto"²⁸⁰ ou, como afirmado anteriormente, *uma decisão que, por si só e independentemente de eventual reiteração, veicula uma tese jurídica que pode ou não predeterminar o resultado de julgamentos futuros, em conformidade com o direito positivo e a cultura jurídica de cada país*. Há, portanto, uma clara *diferença quantitativa* entre os termos precedente e jurisprudência, conforme reconhece a doutrina.

Como bem ressaltou Evaristo Aragão Santos, diferentemente do precedente, a jurisprudência, na acepção contemporânea do termo, “traz intrínseca a ideia de conjunto”, de uma “pluralidade de decisões”. Há, consoante leciona o autor, “uma distinção de caráter *quantitativo*: enquanto o termo *jurisprudência* designa um conjunto de decisões, o termo *precedente* espelha, por essência, a idéia de *uma* decisão pronunciada pelo Judiciário”.²⁸¹⁻²⁸²

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 38.

²⁷⁹ Criticando a equiparação dos dois termos, dentre outros, cf. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. *Op. cit.*, pp. 11/12; CARNEIRO JUNIOR, Amílcar Araújo. Parâmetros do *common law* (...). *Op. cit.*, p. 83; BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 473.

²⁸⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, p. 98.

²⁸¹ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, pp. 142/143 (itálicos no original). A distinção entre precedente (*precedente*) e jurisprudência (*giurisprudenza*), sob um aspecto quantitativo, é também apontada por Michele Taruffo (TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. *Op. cit.*, p. 12).

Michele Taruffo aponta, ainda, uma *diferença de cunho qualitativo* entre precedente e jurisprudência, na medida em que as técnicas utilizadas nos sistemas de *common law*, que operam com o conceito de precedente, e nos sistemas de *civil law*, que operam com o conceito de jurisprudência, são bastante distintas. Os *precedentes*, como tratados no *common law*, resultariam da integração entre *atos e direito*, ao passo que na operação com a jurisprudência no *civil law*, falta ou é deficiente uma análise comparativa dos fatos da causa.²⁸³

Parece-nos assistir razão ao ilustre professor italiano, no que diz respeito à diferença entre as técnicas de operação com precedentes e com a jurisprudência empregadas nos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*. Nos sistemas do *common law*, embora apenas a *ratio decidendi* seja vinculante, ordinariamente se trabalha com toda a decisão judicial, inclusive com o contexto fático sobre o qual aquela se formou.²⁸⁴ É técnica diferente da ordinariamente empregada no *civil law*, que de certa forma se desprende dos fatos da causa, para raciocinar num plano quase teórico da interpretação do texto legal (o modelo de ementas adotado pelos tribunais brasileiros é um bom exemplo disso).

Não obstante nos pareça correta a constatação do professor italiano, pensamos que tal distinção não se relaciona aos precedentes ou a jurisprudência em si mesmos, até porque nenhum impedimento há em que a operação com precedentes se desse de forma menos *adstrita* aos fatos da causa ou, ao contrário, que a operação com a jurisprudência fosse mais aprofundada na comparação do substrato fático dos julgados reiterados.

²⁸² Similar distinção é feita por Amílcar Araújo Carneiro Junior, para quem "quando se fala de precedente, se faz referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que, quando se fala de jurisprudência, se faz geralmente referência a uma pluralidade muito ampla de decisões relativas a diversos casos concretos" (CARNEIRO JUNIOR, Amílcar Araújo. Parâmetros do *common law* (...). *Op. cit.*, p. 83). Também adotando uma distinção de natureza quantitativa entre *jurisprudência* e *precedente*: CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-las: questões conexas. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; _____.; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 34; BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes (...). *Op. cit.*, p. 473. Adotando uma distinção predominantemente quantitativa entre precedente e jurisprudência, embora reconhecendo também uma "diferença qualitativa de ordem metodológica" cf. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 99/100.

²⁸³ TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. *Op. cit.*, pp. 13/14.

²⁸⁴ BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes (...). *Op. cit.*, p. 475. Basta recordar, para corroborar tal afirmativa, a importância atribuída aos *fatos materiais* da causa em uma das técnicas clássicas desenvolvidas para a identificação da *ratio decidendi*, o *método de Goodhart* (*infra*, seção 2.9).

Assim, embora exista uma diferença quanto às técnicas empregadas em cada tradição jurídica, não nos parece haver uma diferença ontológica (ou *qualitativa*) entre precedente e jurisprudência. Em ambas as situações há, ao contrário, a formação de uma regra de direito que exsurge de um determinado contexto fático e se direciona à regulação deste mesmo contexto. O manejo da jurisprudência sem o adequado confronto do contexto fático subjacente às decisões é, ao que nos parece, um desvirtuamento, na medida em que pode conduzir à aplicação de determinado entendimento jurisprudencial a casos absolutamente diversos.

Dessa forma, no presente trabalho, preferimos nos alinhar, portanto, aos autores que defendem uma distinção meramente *quantitativa* entre precedente e jurisprudência, de forma a utilizar o primeiro termo para referir *decisões individualizadas*, reservando o termo jurisprudência para referir *decisões uniformes em seu conjunto*.

2.8. O papel das decisões judiciais nos sistemas jurídicos contemporâneos

O fortalecimento do Poder Judiciário nos Estados Constitucionais, somado à superação da crença positivista de que o juiz exerceria uma atividade meramente declaratória do direito preexistente e elaborado pelo legislador (*supra*, seção 2.2), incrementaram de forma significativa a importância das decisões judiciais, que passaram a desempenhar relevantes papéis, objeto de análise pela doutrina estrangeira e nacional.

Assim, na doutrina brasileira, Luiz Guilherme Marinoni estudou em profundidade as diferentes funções cumpridas pelas decisões judiciais, tais como as de conferir previsibilidade às consequências das condutas praticadas em sociedade, contribuir para a estabilidade da ordem jurídica e das relações jurídicas, assegurar um tratamento isonômico, em complementação ao mandamento constitucional de igualdade perante a lei, contribuir para a coerência da ordem jurídica, servir de instrumento para o controle da atuação do juiz, inclusive sob o aspecto da imparcialidade, desestimular a litigância irresponsável, favorecer a realização de acordos, contribuir para a razoável duração do processo, bem como para a redução dos custos nele envolvidos, além de conferir maior eficiência ao Poder Judiciário.²⁸⁵

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, em especial pp. 118/188, onde desenvolve um minucioso exame de cada uma dessas funções.

A análise de cada uma dessas funções é tarefa que ultrapassa os limites do presente estudo, de forma que aqui a atenção será direcionada às funções que guardam uma relação mais próxima com o objeto do trabalho, que é a análise do fenômeno das modificações na jurisprudência, em especial no que diz respeito à adoção de mecanismos procedimentais e substanciais de proteção, com o objetivo de concretizar o princípio da proteção da confiança.

Sob tal perspectiva, nas linhas que se seguem serão analisadas, ainda que de forma breve, quatro funções ou papéis desempenhados pelas decisões judiciais nos sistemas jurídicos contemporâneos, quais sejam, a *função argumentativa* por elas desempenhada no discurso judiciário, a função de *definir pautas de conduta* e de conferir *previsibilidade* às relações jurídicas, a função de contribuir para a *evolução do direito* e a função de contribuir para a *concretização do princípio da igualdade*.

2.8.1. As decisões judiciais e a argumentação judicial

Um primeiro papel desempenhado pelas decisões judiciais nos sistemas jurídicos contemporâneos é o de servir de fundamento ou razão justificativa na argumentação jurídica.²⁸⁶ Embora haja nos diferentes sistemas jurídicos uma diferença de estilo na redação das decisões judiciais,²⁸⁷ a referência a anteriores decisões judiciais, sobretudo quando proferidas pelos tribunais superiores, é importante ferramenta empregada na argumentação judicial nos sistemas jurídicos de *common law* e também de *civil law*.

²⁸⁶ Neste sentido, Michele Taruffo observa que "il ricorso al precedente caratterizza in maniera peculiare la struttura dell'argomentazione giuridica in ordine all'interpretazione della regola di diritto e alla sua giustificazione" (TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza. Op. cit.*, p. 8). Como já referimos, nesse sentido é que Aulis Aarnio, conforme lição colhida em Thomas da Rosa de Bustamante, considera que os *precedentes* são fontes do direito, num sentido argumentativo, na medida em que são razões justificativas de que pode se servir o juiz na fundamentação de sua decisão (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...). Op. cit.*, p. 294).

²⁸⁷ Acerca dos diferentes estilos judiciários, em exaustiva pesquisa na doutrina nacional, cf., BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...). Op. cit.*, pp. 16/90.

A utilização de *precedentes* ou da *jurisprudência* na argumentação jurídica é prática antiga, havendo registros de seu emprego até mesmo no direito romano, não obstante as decisões judiciais nunca tenham nele alcançado uma eficácia vinculante.²⁸⁸

Nos países pertencentes à família do *common law* este é um papel tradicionalmente exercido pelos precedentes, na medida em que, como acentua José Rogério Cruz e Tucci, nesses países “o estilo de julgamento [...] é caracterizado pela ‘autorreferência’ jurisprudencial”, de forma que “a fundamentação de uma decisão deve, necessariamente, conter expressa alusão à jurisprudência de tribunal superior ou da própria corte”.²⁸⁹

Não obstante, também nos sistemas de *civil law*, a referência a precedentes ou à jurisprudência na fundamentação de decisões judiciais, de forma a “dar suporte à interpretação adotada como válida no âmbito da argumentação justificativa”,²⁹⁰ constitui técnica frequente, do que é exemplo o próprio sistema jurídico brasileiro.²⁹¹

Na linha aqui sustentada, Eduardo Sodero ressalta que os precedentes têm importante papel na argumentação judicial, o qual varia, contudo, em função da origem do precedente. Os precedentes originários de órgãos judiciais de igual ou inferior hierarquia ou, ainda, do próprio órgão jurisdicional (autoprecedente) que o empregará na fundamentação judicial, exercem, de ordinário, um papel meramente exemplificativo ou ilustrativo na fundamentação das decisões judiciais, ao passo que os precedentes oriundos de órgãos judiciais de superior hierarquia vão além de um simples argumento de ilustração, para exercer um papel de argumento hierárquico ou de autoridade na fundamentação de futuras decisões judiciais.²⁹²

No primeiro caso, tem-se o que Michele Taruffo denomina *precedente ad esempio*,²⁹³ utilizado com função de reforço, mas sem constituir qualquer forma de vinculação, como

²⁸⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. Op. Cit., p. 40 e 45/51. Segundo o autor, o filósofo e jurista romano Cícero já se referia a critérios para a citação de precedentes, “para persuadir a convicção do juiz, a fim de que decidisse em senso análogo” (*ibidem*, pp. 47, 50 e 59).

²⁸⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia(...). Op. cit., p.105.

²⁹⁰ TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Op. cit., p. 9.

²⁹¹ Sobre o crescente emprego de precedentes e jurisprudência na argumentação judicial, observa Mancuso que “cada vez mais se potencializa a eficácia extra-autos dos julgados, que vão assim, gradativamente, operando como elemento de convicção, aparecendo amiúde na fundamentação de sentenças e acórdãos, não raro em maior evidência do que a doutrina e os próprios textos de regência” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). Op. cit., p. 83).

²⁹² SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Op. cit., pp. 221/222.

²⁹³ TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Op. cit., pp. 31/32.

ocorre, por exemplo, quando se faz a citação de precedentes oriundos de cortes estrangeiras ou de órgãos judiciais situados em um patamar hierárquico inferior na organização judiciária.

Já no segundo caso, o precedente não é meramente ilustrativo ou exemplificativo; sua utilização, ao contrário, tem o intuito de evidenciar o alinhamento ao entendimento de cortes superiores, servindo seus precedentes ou sua jurisprudência como um *argumento de autoridade*, cuja observância é obrigatória, por força de lei ou simplesmente em razão de sua superior posição hierárquica na estrutura judiciária (vinculação de fato).²⁹⁴

No Brasil, as decisões judiciais também desempenham um papel relevante na argumentação judicial, em especial em razão da crescente importância que as recentes reformas processuais têm conferido aos precedentes e à jurisprudência (ampliação dos poderes do relator, com alargamento das hipóteses de julgamento monocrático, enunciados de súmula vinculante, sentenças de improcedência liminar, dentre outras).

É cada vez mais comum a referência a precedentes ou à jurisprudência dos tribunais, como fundamento de decisões judiciais, sendo tal prática estimulada pelas reformas legislativas acima referidas. O mesmo se verifica em relação aos enunciados de súmula, embora estes não sejam caracterizáveis como decisões judiciais.

O problema, entre nós, como bem ressaltado por André Vasconcelos Roque, é que, diferentemente do que se passa nos países de *common law*, falta ao operador do direito brasileiro uma tradição na operação com precedentes, o que nos leva muitas vezes à não aplicação de técnicas adequadas à extração de sua *ratio decidendi*, de forma que “enunciados

²⁹⁴ São considerados obrigatórios por força de lei os precedentes cuja inobservância "está legalmente sancionada", de forma que a decisão dele desviante se sujeita à "invalidación [...] y/o la posibilidad de que el juez sea acusado de mal desempeño de sus funciones", o que de certa forma está presente no Brasil em relação aos precedentes cuja inobservância dá ensejo à propositura de reclamação diretamente junto ao tribunal do qual emanou o precedente inobservado. Já a vinculação ou obrigatoriedade de fato é aquela que decorre da simples "posibilidad de que el caso sea decidido de manera diferente (de acuerdo con el precedente) por el tribunal superior" (SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. *Op. cit.*, p. 222). Trata-se, neste segundo caso, nos termos do que já foi por nós observado em outro trabalho, do “[...] valor persuasivo que naturalmente decorre de qualquer decisão proferida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário (*auctoritas rerum similiter iudicatarum*)” (ROMANO NETO, Odilon. *Coisa Julgada Inconstitucional*: proposta interpretativa dos artigos 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC. 2010. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 34).

de súmula e precedentes são costumeiramente invocados de forma abstrata, desconectados com as questões e circunstâncias que lhe deram origem".²⁹⁵

Dessa forma, apesar da valorização, entre nós, do papel das decisões judiciais na argumentação jurídica, é necessário que haja por parte do Poder Judiciário nacional maior "consciência acerca da necessidade de investigação das circunstâncias jurídicas, sociais e econômicas"²⁹⁶ subjacentes ao precedente ou à jurisprudência invocada como razão de decidir, de forma a superar a prática usual na argumentação judicial de simples transcrição de ementas de acórdãos, sem uma adequada investigação acerca da similaridade das questões fáticas discutidas no processo paradigma e no processo sucessivo.

O CPC/2015, havendo introduzido muitas ferramentas voltadas especificamente à operação com precedentes, como se observará ao longo deste estudo, certamente contribuirá para um avanço na cultura jurídica nacional de operação com precedentes e com a jurisprudência e assim também no que diz respeito à sua utilização da fundamentação judicial.

2.8.2. As decisões judiciais, a definição de pautas de conduta social e a previsibilidade jurídica

Outra importante função desempenhada pelas decisões judiciais, sobretudo nos países da família do *common law*, é a de definir pautas de conduta social e, a partir destas, contribuir para um ambiente em que haja a previsibilidade necessária ao adequado planejamento das atividades desenvolvidas pelos jurisdicionados nos mais variados âmbitos sociais.

Como já observado, a pretensão, própria do positivismo, de que a lei encerrasse um sentido único cuja clareza dispensasse até mesmo a atividade interpretativa pelo juiz, concebido como um mecânico aplicador da lei (juiz *boca da lei*), foi superada pela constatação de que o texto da lei pode ter múltiplos significados, de forma que seu *conteúdo*

²⁹⁵ ROQUE, André Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: _____; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coords.). *O projeto do novo código de processo civil: uma análise crítica*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 15/18.

²⁹⁶*Ibidem*, p. 16.

ou *sentido* é construído a partir da atividade interpretativa realizada pelo Judiciário, sendo, assim, a norma jurídica o resultado da interpretação do texto normativo.

Dessa forma, na medida em que se reconhece que o Judiciário não é um mero aplicador mecânico do texto, mas participa da própria *construção de seu significado*, resta evidenciado que a *definição de pautas de conduta social* não decorre exclusivamente da lei, mas da lei tal como interpretada pelo Judiciário.

Assim, uma vez que por meio das decisões judiciais são *definidas as pautas de conduta* pelo Judiciário, há de se reconhecer que aquelas contribuem para que se possa antever com maior precisão as consequências advindas da atuação em sociedade, de forma que o papel destas para a formação de um ambiente de previsibilidade há de ser igualmente reconhecido como uma de suas funções contemporaneamente mais relevantes.

Há, como ressalta a doutrina, uma *indissociabilidade* entre direito e previsibilidade,²⁹⁷ sendo função do primeiro proporcionar a segunda, bem como entre segurança jurídica e previsibilidade,²⁹⁸ sendo a última alcançada em especial por meio de precedentes e de uma jurisprudência uniforme e constante.

Nesta linha, nos países da família do *common law*, a observância dos precedentes é considerada importante fator de estabilidade e segurança jurídicas, essenciais ao desenvolvimento da atividade econômica e, conseqüentemente, ao crescimento do próprio país. Os precedentes e sua respectiva observância expressam, portanto, um ideal de estabilidade na interpretação do direito pelos tribunais.²⁹⁹

²⁹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Jurisprudência oscilante do STJ - Ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 224.

²⁹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 57/60.

²⁹⁹ "Essentially, the stability of the common law rests on the doctrine of precedent [...] In other words, too much legal fluidity would mean no one could plan for the future. Without a stable framework of legal rules for contracting, tort liabilities, organization governance and the like, business people could not confidently invest money, enter long term arrangements or establish the operations that employ thousands of workers" (Em tradução livre: "Essencialmente, a estabilidade do *common law* repousa na doutrina do precedente [...] Em outras palavras, fluidez legal excessiva significaria que ninguém poderia se planejar para o futuro. Se uma estrutura estável de regras legais para contratos, responsabilidade civil, governança organizacional e similares, empresários não poderiam investir dinheiro com confiança, assumir acordos de longo prazo ou estabelecer as operações que empregam milhares de trabalhadores") (HUMBACH, John A. *Whose Monet?: an introduction to the american legal system*. Austin: Aspen Publishers, 2007, p. 106).

Mais do que um papel orientador do julgamento de questões similares que possam se apresentar ao Judiciário no futuro, os precedentes são considerados, no *common law*, como uma *exata declaração do direito*, tendo o cidadão o direito a vê-los observados pelos tribunais, a fim de que os mesmos sirvam, com segurança, como baliza a nortear seu comportamento em suas atividades privadas.³⁰⁰⁻³⁰¹

O respeito aos precedentes exerce, portanto, a fundamental missão de estruturar um cenário jurídico estável e previsível, a partir do qual os jurisdicionados possam planejar suas vidas, com segurança a respeito das responsabilidades decorrentes de sua atuação, na medida em que a confiança depositada na manutenção dos entendimentos até então adotados pelo Judiciário lhes permite "prever as consequências jurídicas dos seus atos e condutas".³⁰²

Nos países vinculados à tradição da *civil law*, embora essa função não tenha sido reconhecida na mesma extensão, em grande parte por razões históricas, ante o largo período de prevalência do pensamento positivista que reconhecia à lei o caráter de fonte única, ou pelo menos principal, do direito, de modo que as decisões judiciais se limitavam a declarar uma *vontade* predeterminada pela lei, sem nada acrescentar.

Como bem acentuou Marinoni, se a lei era a única fonte do direito e a decisão judicial nada mais fazia do que revelar um direito preexistente, sem nada acrescentar, a segurança jurídica e a previsibilidade almejadas pela sociedade seriam encontradas na própria lei e não nas decisões judiciais. Era função do legislador proporcionar a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento das atividades em sociedade.³⁰³

Contudo, a crescente percepção de que a atividade jurisdicional tem um papel criador do direito, agregando sentido aos textos normativos, tem levado à percepção crescente,

³⁰⁰ "If a decision has been made upon solemn argument and mature deliberation, [...] the community have a right to regard it as a just declaration of exposition of the law, and to regulate their actions and contract by it. [...] It is by the notoriety and stability of such rules that professional men can give advice to those who consult them; and people in general can venture with confidence to buy and trust, and to deal with each other" (KENT, James. *Kent's Commentaries on American Law*. 3d. ed., 1838, p. 475, *apud* HUMBACH, John A. *Whose Monet?* (...). *Op. cit.*, p. 106).

³⁰¹ Como precisamente leciona Luiz Guilherme Marinoni, "aquele que se coloca em condições similares às do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 105).

³⁰² *Ibidem*, p. 137.

³⁰³ *Ibidem*, pp. 60/61.

também nos países de *civil law*, de que as decisões judiciais têm um relevante papel a exercer, também no que diz respeito à segurança jurídica e à previsibilidade.

O direito brasileiro é um exemplo digno de nota no que diz respeito ao incremento da percepção desse importante papel das decisões judiciais, na medida em que o CPC/2015 trouxe importantes inovações relacionadas ao tema, tais como a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões que alteram jurisprudência dominante ou precedentes oriundos do julgamento de casos repetitivos (artigo 927, §3º), bem como exigiu que as alterações de entendimentos consolidados observem os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, fazendo-se acompanhar de fundamentação adequada e específica (artigo 927, §4º).

2.8.3. As decisões judiciais e a inovação jurídica

Não obstante seu papel fundamental de conferir previsibilidade à interpretação e à aplicação do direito, as decisões judiciais, como bem destaca Christoph Kern, muitas vezes também funcionam como um veículo de importantes mudanças sociais, contribuindo, desta forma, para o desenvolvimento e para a evolução do direito.³⁰⁴

Embora tenha um aspecto negativo, ao se contrapor aos ideais de uniformidade, estabilidade e previsibilidade que a atividade jurisdicional busca proporcionar,³⁰⁵ este é também um papel de fundamental importância a ser desempenhado pelas decisões judiciais, em especial se considerado que o Poder Judiciário é a última barreira para a proteção de direitos fundamentais, sobretudo de minorias que não encontram no Legislativo representatividade suficiente para a sua promoção.³⁰⁶

³⁰⁴Nesse sentido, ressalta o professor que “os precedentes são promotores de mudança e podem assim auxiliar no desenvolvimento do direito e na sua adaptação a novas circunstâncias” (Tradução livre do original: “[...] precedents are a promoter of change and may therefore help to develop the law and adapt it to new circumstances”) (KERN, Christoph A. The respect for court decisions in german law. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 134/135).

³⁰⁵*Ibidem*, p. 135.

³⁰⁶ Como bem observou Dierle Nunes, a concepção de jurisdição como uma simples atividade de resolução de conflitos é insuficiente no mundo contemporâneo, na medida em que esta “se viu provocada a assumir um papel

O Poder Judiciário, por não estar atrelado a maiorias políticas, é capaz de perceber mais rapidamente as mudanças na sociedade e de transpor essas mudanças para o resultado de sua atividade, afigurando-se nos correto a afirmativa de Marcello Soares Castro, no sentido de que "é a jurisprudência um dos sensores mais próximos e capazes de captar a realidade social, detectando transformações do pensamento social, assim como viradas de paradigmas do pensamento científico",³⁰⁷ de forma que é possível até mesmo fazer uma leitura das mudanças na sociedade a partir da análise da evolução da jurisprudência.³⁰⁸

O equilíbrio entre estes dois papéis de certa forma contrapostos das decisões judiciais, quais sejam, de um lado, o de promover a estabilidade e a previsibilidade e, de outro, o de promover inovações jurídicas, a partir das mudanças que capta na sociedade, é encontrado quando o Judiciário consegue exercitar este segundo papel de forma parcimoniosa e diante de situações que efetivamente demandem uma atuação judicial para a implementação de mudanças necessárias à preservação de direitos fundamentais.

No Brasil, a experiência recente do Supremo Tribunal Federal tem corroborado a proposição de que os precedentes, ao lado de seu papel principal de conferir estabilidade e previsibilidade ao cenário jurídico, são por vezes veículos de importantes mudanças sociais, tal como se observou, a título exemplificativo, no recente julgamento envolvendo o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.³⁰⁹

De outra parte, importante registrar, ainda com relação ao papel das decisões judiciais para a inovação jurídica, a influência que estas podem exercer sobre o legislador.³¹⁰ As decisões judiciais, sobretudo as proferidas pelos tribunais superiores, muitas vezes apontam

garantista de direitos fundamentais e implementador de espaços contramajoritários para minorias que não obtinham voz nas arenas políticas institucionalizadas" (NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. *Op. cit.*, pp. 248/249).

³⁰⁷ CASTRO, Marcello Soares. Tutela jurisdicional e proteção dos direitos de marcas: o STJ e o enfrentamento de algumas questões processuais. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 515.

³⁰⁸ ROSA, Felipe Augusto de Miranda; CANDIDO, Odila Dinorá de Alagão. *Jurisprudência e mudança social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988, p. 8.

³⁰⁹ ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, Dje-198 14/10/2011.

³¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, p. 60.

para o legislador caminhos a serem seguidos e acabam servindo como propulsores de importantes alterações legislativas.³¹¹

A título de exemplo, a incorporação do instituto da união estável pela CRFB/88, pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96 e, finalmente, pelo novo Código Civil deita raízes em decisões judiciais tomadas décadas antes, não só pelo STF, mas também por tribunais e juízos singulares por todo o Brasil. Registra com propriedade, sobre a questão, Rodolfo de Camargo Mancuso que o STF, muito antes da incorporação da união estável ao direito positivo, já havia consolidado o reconhecimento do instituto no enunciado nº 380 de sua súmula.³¹²⁻³¹³

Outro exemplo referido por Mancuso,³¹⁴ diz respeito ao julgamento do recurso extraordinário (RE) nº 163.204-6 pelo STF,³¹⁵ em que se decidiu pela impossibilidade de cumulação de proventos de aposentadoria com vencimentos de servidor público. Embora os efeitos dessa decisão em princípio se limitassem ao caso concreto, sua influência se fez sentir na edição do Decreto Federal 2.017/96, que, invocando expressamente o julgamento do STF,³¹⁶ dispôs que por ocasião da posse em novo cargo de público de servidor já aposentado, este deveria exercer a opção pela remuneração do cargo ou pelos proventos de aposentadoria.

Até mesmo no plano do direito comunitário europeu, a doutrina vem destacando a influência que inovações trazidas pela jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia têm exercido na elaboração de tratados no âmbito comunitário, que não raro as incorporam, ainda que muitas vezes de forma tardia.³¹⁷

³¹¹ No mesmo sentido: ROSA, Felipe Augusto de Miranda; CÂNDIDO, Odila Dinorá de Alagão. *Jurisprudência e mudança social. Op. cit.*, p. 23. Robert Alexy e Ralf Dreier destacam que o mesmo fenômeno se faz presente na Alemanha, em que frequentemente os projetos de lei levam em consideração aquilo que vem sendo decidido pelo Judiciário e muitas vezes refletem a sua jurisprudência (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany. Op. cit.*, p. 59).

³¹² Súmula nº 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

³¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...). Op. cit.*, p. 62. A súmula nº 380 foi aprovada pelo Supremo Tribunal Federal em sessão plenária de 03 de abril de 1964.

³¹⁴ *Ibidem*, pp. 229/230.

³¹⁵ STF. Pleno. RE 163.204/SP. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 09/11/1994, DJ 31/03/1995, p. 7779.

³¹⁶ A referência está logo em seus considerandos: "O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 163.204-6, firmou entendimento no sentido de que a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade [...]".

³¹⁷ "[...] malgré les imperfections, la jurisprudence de la Cour n'a jamais été remise en cause par les auteurs des Traités; bien plus, et parfois avec beaucoup de retard, les grandes innovations jurisprudentielles (qu'il s'agisse de la protection des droits de l'homme, de la légitimation active et passive du Parlement européen dans le recours en annulation...), ont été intégrées dans le texte des Traités européens." (Tradução livre: "[...] apesar das imperfeições, a jurisprudência da Corte nunca foi questionada pelos autores dos Tratados; além disso, e talvez

Assim, a atuação do Poder Judiciário, por meio de seu produto final, as decisões judiciais, não se presta unicamente a conferir estabilidade e segurança jurídica com relação à interpretação e aplicação do direito, mas também é em muitas oportunidades veículo de mudanças sociais e de influência sobre o legislador.

2.8.4. As decisões judiciais e a igualdade perante o direito

As discussões acerca da igualdade se originaram na obra de pensadores gregos e romanos, tendo se materializado em vários textos e brocardos romanos.³¹⁸ Não obstante, diversamente do que ocorre na atualidade, as discussões ainda não se davam, na Antiguidade, no plano jurídico, mas no plano filosófico. De outra parte, a noção de igualdade dos antigos não é a mesma consagrada como ideal liberal na Revolução Francesa, bastando, para tanto, observar que Platão e Aristóteles admitiam como algo natural a existência da escravidão.³¹⁹

O ideal de igualdade liberal, consistente na igualdade de tratamento perante a lei, consolidou-se após a Revolução Francesa,³²⁰ incorporando-se ao arcabouço jurídico dos Estados democráticos,³²¹ inclusive no Brasil, em que as sucessivas Constituições o

com algum atraso, as grandes inovações jurisprudenciais (que se trate da proteção dos direitos do homem, da legitimação ativa e passiva do Parlamento europeu no recurso de anulação...), foram integradas no texto dos Tratados europeus) (WATHELET, Melchior. *Le revirement à la Cour de Justice de l'Union Européenne*. In: CARPANO, Éric (org.). *Le revirement de jurisprudence en droit européen*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012, p. 108).

³¹⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso observa que um ideal de tratamento igualitário pode ser extraído de passagens como "juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere" (os preceitos do direito são: viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu), "odiosa restringenda, benigna amplianda" (o restritivo é odioso e o ampliativo é benigno) e "ubi emolumentum, ibi onus" (onde houver a mesma vantagem, deve estar o mesmo encargo) (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 125).

³¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. *Op. cit.*, pp. 380/381.

³²⁰ Como ressalta Canotilho, a doutrina, ao abordar a temática dos direitos fundamentais, costuma estabelecer um *corte histórico* a partir da Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), de forma a considerar que no período anterior a estes documentos, a noção de direitos fundamentais não havia ainda se consolidado, em especial como categoria jurídica, embora seja de se observar que suas raízes podem ser encontradas em documentos mais antigos, como as cartas de franquias medievais, dentre as quais a mais célebre foi a *Magna Charta*, de 1215 (*ibidem*, pp. 380/382).

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Não há igualdade perante o direito sem respeito aos precedentes. In: SAVARIS, José Antônio; STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo (orgs.). *Juizados especiais federais: contributos para uma releitura*. vol. II. Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 8. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 02 out. 2014.

contemplaram,³²² até a Constituição da República de 1988, na qual foi expressamente previsto no *caput* do artigo 5º,³²³ além de permeiar o texto constitucional como um todo (por exemplo, igualdade tributária, igualdade previdenciária, universalidade do acesso à saúde, igualdade do direito de votar e ser votado, dentre outros).³²⁴

A igualdade, sob a perspectiva liberal posterior à Revolução Francesa, era marcada pela pretensão de universalidade, de modo que todos os homens estivessem igualmente submetidos à lei, independentemente de sua condição econômica ou classe social. Como bem ressaltou Canotilho,³²⁵ esse ideal se manifestava sob o duplo aspecto da *igualdade quanto à criação do direito* e da *igualdade na aplicação do direito*.

Sob o aspecto da *igualdade quanto à criação do direito*, compreendida como a introdução de atos normativos abstratos e gerais, dirige-se ao Poder Legislativo, de quem se exige a elaboração de um direito igual para todos os cidadãos,³²⁶ ao passo que sob o aspecto da *igualdade na aplicação do direito*, exige-se que esse direito igual seja aplicado de forma igual para todos, independentemente de classe social, condição econômica, sexo ou raça, dirigindo-se precipuamente aos órgãos da Administração Pública e ao Poder Judiciário.³²⁷

Cabe observar que a *igualdade na aplicação do direito* tem um caráter complementar em relação à *igualdade na criação do direito*, na medida em que, de um lado, esta restaria

³²² Art. 179, inc. XIII, da Constituição Imperial de 1824 ("A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um"); art. 72, §2º da Constituição de 1891 ("Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho"); art. 113, 1, da Constituição de 1934 ("Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas"); art. 122, 1º, da Constituição de 1937 e art. 141, 1º da Constituição de 1946 ("Todos são iguais perante a lei") e, ainda, o art. 150, §1º, da Constituição de 1967 ("Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei") e o art. 153, §1º, da Emenda Constitucional nº 01/69 ("Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça").

³²³ "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]".

³²⁴ TEIXEIRA, Patrícia Gomes. A uniformização da jurisprudência como forma de realização de valores constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 736.

³²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. *Op. cit.*, pp. 426/427.

³²⁶ As discussões acerca do que seja "um direito igual para todos os cidadãos" (*ibidem*, p. 426) são extremamente densas, no tocante à definição do próprio conteúdo do princípio da igualdade, em especial em seu sentido material, em que tal princípio assume um papel de instrumento de justiça social, servindo para estabelecer políticas afirmativas, a partir do reconhecimento de distinções lastreadas em fundamentos materiais razoáveis (*ibidem*, pp. 427/432). Tal discussão, contudo, ultrapassa os limites do presente trabalho.

esvaziada, caso não houvesse uniformidade na aplicação do direito, ainda que este, no plano formal, fosse igual para todos³²⁸ e, de outro lado, porque o ideal liberal de que a lei seria suficiente para assegurar a igualdade não se revelou verdadeiro, por uma grande variedade de motivos, como bem destaca Ana Paula de Barcellos, ao lembrar que os sistemas jurídicos contemporâneos são muito complexos e albergam textos normativos nem sempre coerentes entre si, pelo que deles é possível extrair ampla variedade de interpretações não uniformes.³²⁹

Uma análise exauriente da igualdade e da sua evolução na história do pensamento é tema que ultrapassa os limites do presente trabalho, de forma que, para os fins aqui perseguidos, parece-nos suficiente adotar a conclusão de Canotilho, no sentido de que o princípio da igualdade é "um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais"³³⁰ e, por consequência, "informador de toda a ordem jurídico-constitucional",³³¹ de modo que se projeta nos mais diversos âmbitos de regulação previstos na Constituição, devendo estar presente não apenas no momento da criação do direito positivo, mas também e principalmente no momento de sua aplicação pelo Judiciário.

Forte em tal conclusão, é de se observar que os reflexos do princípio da igualdade se fazem sentir também no âmbito do direito processual, em que é assegurada, por exemplo, a igualdade de tratamento das partes no processo, imposta como dever ao juiz no tanto no Código de Processo Civil de 1973,³³² quanto no de 2015.³³³ Tal garantia processual busca assegurar uma igualdade de oportunidades (*paridade de armas*) no âmbito interno de um processo específico, relacionando-se em grande medida ao princípio do contraditório.³³⁴⁻³³⁵

³²⁷ *Ibidem*, p. 426.

³²⁸ Como bem ressaltou Teresa Arruda Alvim Wambier, "é inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *Op. cit.*, p. 32). No mesmo sentido está a lição de Andrea Barbosa e Diego Cantoario, segundo os quais "a igualdade perante a lei pressupõe, evidentemente, também a igualdade na sua aplicação", de forma que "restaria esvaziada a cláusula isonômica se a lei, apesar de única, igual para todos, fosse aplicada diferentemente para cada qual, sem que se pudesse dizer razoável o discrimen" (BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução (...). *Op. cit.*, p. 447).

³²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao básico (...). *Op. cit.*, pp. 144/145.

³³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. *Op. cit.*, p. 426.

³³¹ *Ibidem*, p. 432.

³³² Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento.

³³³ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento.

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Não há igualdade perante o direito (...). *Op. cit.*, p. 9.

³³⁵ A doutrina contemporânea ressalta que essa *paridade de armas* não é alcançada pela simples disponibilização dos meios processuais, sobretudo em matéria probatória, exigindo-se a ativa participação do juiz na atividade instrutória para a sua concretização, alcançando-se uma *paridade de armas real* e não simplesmente formal, contribuindo para a superação de obstáculos econômicos e culturais, a fim de que o processo não se transforme

De outra parte, o ordenamento brasileiro também busca assegurar uma igualdade no acesso à justiça, em especial pela garantia constitucional de "assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos",³³⁶ pela instituição de Defensorias Públicas, no âmbito da União e dos Estados e, ainda, por meio de procedimentos e técnicas processuais aptos a superar barreiras econômicas, sociais e culturais ao acesso à justiça, tais como a criação dos Juizados Especiais e a universalização da tutela antecipatória.³³⁷

Não obstante, a doutrina tem anotado que a garantia de igualdade de tratamento perante a lei, associada às garantias de igualdade de tratamento no processo e de igualdade de acesso à justiça, a despeito de constituírem garantias de fundamental importância,³³⁸ são insuficientes para assegurar um tratamento efetivamente igual, se não houver, adicionalmente, uma garantia de igualdade de tratamento também no plano da interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário, o que Marinoni denomina de *igualdade diante das decisões judiciais*.³³⁹

A igualdade perante o direito é alcançada, portanto, quando há uma igualdade perante a lei e, para além desta, uma igualdade perante a *interpretação e aplicação da lei* pelo Poder Judiciário, conferindo-se, em todos os órgãos do Judiciário, aplicação uniforme do direito para todos os jurisdicionados em idêntica situação.

Nessa linha, a aplicação uniforme da lei, por meio da utilização de precedentes ou de mecanismos de uniformização de entendimentos jurisdicionais, é uma exigência contemporânea do princípio da igualdade, por meio da qual se alcança, na terminologia de Canotilho, uma *igualdade na aplicação do direito*, sem a qual o princípio da igualdade não pode ser concretamente realizado em sua plenitude.³⁴⁰

em uma arena em que o juiz seja o mero observador "de um duelo entre o lobo e o cordeiro" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. *Op. cit.*, pp. 105/117).

³³⁶ Art. 5º, LXXIV, CRFB/88.

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Não há igualdade perante o direito (...). *Op. cit.*, pp. 9/10.

³³⁸ Luiz Guilherme Marinoni se refere às garantias processuais, respectivamente, como *igualdade no processo* e *igualdade ao processo* (*Idem*. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 142). Adotando a mesma terminologia, porém reunindo as espécies *igualdade no processo* e *igualdade ao processo* na expressão *igualdade diante da jurisdição*: *Idem*. Não há igualdade perante o direito (...). *Op. cit.*, pp. 9/10.

³³⁹ *Idem*. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 142.

³⁴⁰ Como bem observou Rodolfo de Camargo Mancuso, "se a Constituição assegura que 'todos são iguais perante a lei' (art. 5º, *caput*), entendida a *lei* no sentido de norma obrigatória imposta pelo Estado, é logicamente imperioso que essa isonomia seja válida tanto em face da *norma legislada* (= produto final da atividade parlamentar), como perante a *norma julgada*, ou seja, quando o texto de regência vem subsumido aos fatos de

É nesse contexto que se reconhece às decisões judiciais um fundamental papel na realização do princípio da igualdade, prestando-se a garantir uma uniforme interpretação e aplicação da lei para todos os jurisdicionados em igual situação de fato e de direito, evitando que um mesmo direito receba, após sua adequada maturação e discussão no Poder Judiciário, diferentes interpretações nos variados órgãos que o integram, frustrando o ideal de segurança jurídica e de isonomia de tratamento que o Estado de Direito busca proporcionar.³⁴¹

2.9. Interpretação das decisões judiciais

As decisões judiciais, na medida em que se materializam em textos escritos, são elas próprias passíveis de interpretação.³⁴² Eros Roberto Grau leciona, com muita propriedade, embora se referindo aos enunciados de súmula vinculante, que estes, apesar de cristalizarem a interpretação de um ato normativo, assumem a forma de texto, passando eles próprios a serem objeto de interpretação, em decisões futuras que os invoquem.³⁴³

Em outras palavras, a norma surge da atividade interpretativa incidente sobre o texto normativo, mas se converte, quando de sua manifestação concreta, em novo texto, igualmente objeto de interpretação em decisões futuras.³⁴⁴ Exatamente por esta razão, a operação com precedentes, ainda que formalmente vinculantes, nunca vai se reduzir a um simples raciocínio subsuntivo, impondo-se a sua interpretação quando de sua aplicação a um caso futuro.³⁴⁵

uma lide, no bojo de uma ação judicial" (itálicos no original) (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 28).

³⁴¹ Como leciona Antonio do Passo Cabral, "a constância da jurisprudência é saudada modernamente como relevante fator não só de segurança jurídica, mas também de igualdade" (CABRAL, Antonio do Passo. *Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada* (...). *Op. cit.*, p. 34).

³⁴² RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira. In: *Revista eletrônica de direito processual*. Ano 7. vol. XI, jan./jun. 2013, p. 226. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

³⁴³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 344/345.

³⁴⁴ *Ibidem*, pp. 204/205. No mesmo sentido, também reconhecendo a distinção entre texto e norma: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Norma e lei - mudança jurisprudencial - segurança jurídica e irretroatividade da norma judicial. In: _____. (coord.). *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 11 e 14/17.

³⁴⁵ Nesse sentido lecionam Lenio Streck e Georges Abboud que "inexiste aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. [...] nunca será dispensável a interpretação do julgador para precisar seu sentido perante o caso concreto" (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O

Nos países do *common law*, onde os precedentes exercem um papel extremamente destacado, as discussões a respeito das técnicas a serem empregadas para sua interpretação já estão bastante amadurecidas. Nos países de *civil law*, dada a crescente importância que os precedentes vêm recebendo, a doutrina mais recente também passou a enfrentar o tema.

Nos sistemas de *common law*, como anteriormente exposto, os precedentes são em geral vinculantes (*binding precedents*), impondo-se sua observância em julgamentos supervenientes sobre a mesma questão, realizados por cortes inferiores àquela em que o precedente se formou, em conformidade com a regra do *stare decisis*.³⁴⁶

No entanto, a doutrina do *common law*, em sua evolução, chegou à conclusão de que a vinculação imposta pelo *stare decisis* não se direcionava ao precedente em si mesmo, mas à tese jurídica nele estabelecida e que serviu de *fundamento suficiente* para a decisão adotada, ou seja, à chamada a *ratio decidendi*. Daí porque parece adequada a assertiva, ao menos em relação aos sistemas de *common law*, de que "quando se refere ao precedente, em verdade está-se referindo à própria *ratio decidendi*".³⁴⁷

Assim, a correta aplicação da regra do *stare decisis* pressupõe a identificação precisa dessa tese jurídica principal, ou seja, da *ratio decidendi* ou *holding*, apartando-a de argumentos periféricos e de elementos de reforço, os *obiter dicta*, distinção essencial para se delimitar a parte efetivamente vinculante do precedente. O problema, quanto a este ponto, é que os precedentes não individualizam a *ratio decidendi* e os *obiter dicta*, cabendo aos operadores do direito, em posterior análise do precedente, dele extrair a *ratio decidendi*.

A atividade de interpretação de um precedente nos sistemas de *common law* consiste essencialmente, portanto, na técnica de identificação da *ratio decidendi*, viabilizando sua aplicação aos casos subsequentes.³⁴⁸

NCPC e os precedentes - afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 178.

³⁴⁶ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *Op. cit.*, p. 323. É de se ressaltar que houve momentos históricos em que a própria corte que proferiu o precedente estava a ele vinculada, como na Inglaterra, no período anterior ao *Practice Statement*.

³⁴⁷ CARNEIRO JUNIOR, Amílcar Araújo. Parâmetros do *common law* (...). *Op. cit.*, p. 73.

³⁴⁸ "The whole business of legal argumentation in respect of *stare decisis* is to show what must be followed and what does not count as precedent" (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *Op. cit.*, p. 323). Em doutrina nacional, destaca-se quanto ao ponto, a lição de

Como ponto de partida, é preciso compreender a estrutura da *ratio decidendi*, a qual, conforme aponta a doutrina, é integrada por três elementos, quais sejam, a indicação dos fatos relevantes ao julgamento da causa (*statement of material facts*), a fundamentação jurídica da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*).³⁴⁹

A indicação dos fatos relevantes ao julgamento da causa (*statement of material facts*) consiste na identificação de quais fatos, dentre o complexo fático que compõe o caso, são efetivamente relevantes para o estabelecimento da regra de direito que dele se pretende extrair, ou ainda, nas palavras de Hermes Zaneti Jr., de quais os "fatos que conjuntamente ao direito tornam possível a extração de uma regra jurídica universalizável".³⁵⁰

Essa tarefa, no entanto, não se resume a uma fria e neutra descrição dos fatos considerados no precedente, mas ao contrário, se vincula, por meio da argumentação jurídica, à própria tese que se busca defender, eis que, como bem ressaltaram Silberman, Stein e Wolff, os mesmos fatos podem ser relevantes para uma dada construção jurídica e irrelevantes para outra. Assim, exemplificam os autores que o fato de se referir um caso a um *carro* e outro caso a um *ônibus* pode ser irrelevante, se a questão jurídica em discussão for o dever de o vendedor entregar ao comprador o bem adquirido (indistintamente, um carro ou um ônibus), mas esse mesmo dado fático pode ser relevante para se determinar se houve ou não direção perigosa em um caso no qual se discute o limite de velocidade aplicável.³⁵¹

Luiz Guilherme Marinoni: "Quando se fala em interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op. cit., p. 221).

³⁴⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). Op. cit., p. 123. No mesmo sentido: *Idem*. *Precedente judicial como fonte do direito*. Op. cit., p. 175.

³⁵⁰ ZANETI JR., Hermes. Cortes supremas e interpretação do direito. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 189. A afirmativa de Hermes Zaneti parte da premissa, por nós já defendida em anterior estudo, de que há uma impossibilidade de se estabelecer uma separação absoluta entre fato e direito, pois é justamente dos fatos que o direito se origina, tal qual cristalizado na máxima *ex facto oritur ius* (ROMANO NETO, Odilon. O alinhamento à jurisprudência como requisito ao julgamento de improcedência liminar. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 946/947).

³⁵¹ No original: "For example, the difference between a car and a bus might not be considered significant if Case 1 is cited for the proposition that a seller who had been paid in full for a bus must deliver the bus to the buyer. If Case 2 involved a seller's failure to deliver a car, the two cases would probably be considered indistinguishable. However, if Case 1 stands for the proposition that it is reckless to drive a bus at 85 mph, a judge in a subsequent case involving a car traveling at 85 mph might conclude that the earlier case is 'distinguishable' because of the different handling characteristics of buses and cars. On the other hand, if the court in the bus case reasoned that 85 mph was far in excess of the human capacity to react safely, the court in the car case might conclude that the difference between buses and cars is not significant in that regard" (SILBERMAN, Linda J.; STEIN, Allan R.;

Já o *legal reasoning* corresponde, em linhas gerais, à apresentação dos fundamentos jurídicos da decisão que, em conjunto com os *factos considerados relevantes para a causa* (*material facts*), dão suporte ao juízo decisório ou decisão propriamente dita (*judgement*).

Considerada a estrutura da *ratio decidendi* exposta, a doutrina do *common law* vem de longa data buscando estabelecer uma técnica universalmente aceita de identificação, no precedente, da *ratio decidendi*, sendo certo que, consoante leciona Marinoni,³⁵² propostas de relevo já foram formuladas, sem que qualquer delas tenha alcançado um consenso doutrinário.

Uma das técnicas que ganhou relevo foi o denominado *teste de Wambaugh*, elaborado pelo jurista Eugene Wambaugh. Consiste a técnica na formulação de uma proposição jurídica, a partir da análise do precedente, submetendo então tal proposição a uma formulação invertida, a fim de se verificar se tal inversão haveria de, necessariamente, conduzir a um resultado diverso. Verificando-se que, em razão da inversão na proposição de direito extraída da decisão, o resultado do julgamento não poderia ser mantido, haveria de ser a proposição identificada como *ratio decidendi*. Se, ao contrário, a inversão não afetasse o resultado do julgamento, a proposição constituiria simples *obiter dictum*.³⁵³

A ideia central, portanto, na técnica desenvolvida por Wambaugh, é a de que a *ratio decidendi* é uma *regra geral sem a qual o caso deveria ser decidido de forma diferente*,³⁵⁴ daí porque a inversão da proposição jurídica, com a conseqüente modificação do resultado do julgamento, revelaria que a proposição elaborada seria, de fato, a *ratio decidendi*.

A crítica desenvolvida pela doutrina à técnica em questão está voltada à sua insuficiência nas hipóteses em que a decisão se sustenta em dois fundamentos independentes, capazes de individualmente conduzir a idêntica solução. Em situações como a referida, a inversão da proposição de direito formulada a partir de qualquer dos fundamentos não seria

WOLFF, Tobias Barrington. *Civil procedure: theory and practice*. 3rd ed. Austin: Aspen Publishers, 2009, p. 47).

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 221/222.

³⁵³ *Ibidem*, p. 223. No mesmo sentido: TEIXEIRA, Yuri Guerzet. *Precedentes judiciais: entre normas e decisões*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 93.

³⁵⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 52.

capaz de conduzir a solução diversa, já que a decisão adotada (*judgement*) permaneceria inalterada, apoiada que está no outro fundamento.³⁵⁵

Outra técnica de identificação da *ratio decidendi* que ganhou notoriedade foi o *método de Goodhart*, em referência a Arthur L. Goodhart, que o desenvolveu em artigo publicado em 1930 sob o título *Determining the ratio decidendi of a case*.³⁵⁶ Diferentemente do *teste de Wambaugh*, que busca a *ratio decidendi* nas proposições jurídicas contidas na decisão, o *método de Goodhart* busca identificar os fatos considerados relevantes (*material facts*) para o julgamento da causa pelo tribunal e, a partir deles, formular a *ratio decidendi*.³⁵⁷

Assim, para Goodhart, a *ratio decidendi* seria encontrada a partir de uma análise detida dos fatos da causa e não das proposições jurídicas feitas na decisão, impondo-se separar no complexo fático que a compõe, os fatos considerados determinantes pelo juiz para a sua solução; esses fatos determinantes à solução do caso são os *fatos materiais*, dos quais se distinguem os *fatos não materiais*. Identificados os fatos materiais, e *identificada ainda a decisão que com base neles foi tomada*, uma atividade comparativa entre os fatos considerados materiais no precedente e aqueles presentes no caso subsequente permitiria saber se a mesma *ratio decidendi* se faz presente em ambos os casos.³⁵⁸

A teoria de Goodhart, que teve forte influência na doutrina inglesa, foi objeto de críticas supervenientes, por estudiosos como Rupert Cross, Brian Simpson, Neil MacCormick e Neil Duxbury, que nela apontavam como erro principal a rígida separação entre fatos e direito, como se entre ambos não houvesse uma interconexão necessária.³⁵⁹⁻³⁶⁰

Também tem relevância, para a interpretação do precedente, a análise de decisões posteriores da Corte em que o precedente se originou, de forma a se apreender o significado que a própria Corte atribui ao seu precedente. Em outras palavras, a correta interpretação do

³⁵⁵*Ibidem*, pp. 52/56; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 222/223.

³⁵⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 222/223.

³⁵⁷*Ibidem*, pp. 223/224. No mesmo sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 208; TEIXEIRA, Yuri Guertz. *Precedentes judiciais* (...). *Op. cit.*, p. 93.

³⁵⁸CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. *Op. cit.*, p. 65; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 109.

³⁵⁹BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, pp. 109/110.

³⁶⁰Para uma enumeração das principais técnicas de identificação da *ratio decidendi* no *common law* cf. RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 69.

precedente não é alcançada apenas pela sua análise isolada, mas também pela consideração dos "julgados anteriores e, principalmente, posteriores ao precedente, que possam explicar o significado de declarações contidas no precedente sob interpretação".³⁶¹

No direito brasileiro, a discussão relativa à interpretação das decisões judiciais vem ganhando força, à medida em que a jurisprudência e os próprios precedentes, pelas sucessivas reformas, vêm tendo seu papel e importância ampliados no sistema jurídico.

Sobre o ponto, é de se observar que toda decisão judicial se vincula a um caso concreto ou a um substrato fático sobre o qual se desenvolve a controvérsia que se busca resolver. Mesmo nos chamados *processos objetivos*, como os relativos ao controle abstrato de constitucionalidade, nos quais a atividade jurisdicional não se exerce sobre um caso concreto especificamente considerado, existe um suporte fático sobre o qual a atividade jurisdicional de verificação de compatibilidade entre um ato infraconstitucional e a Constituição é realizada.

Desta afirmação resulta que a interpretação de uma decisão judicial, ou ainda, para ser mais específico, a interpretação da regra de direito contida na decisão judicial (*ratio decidendi*) nunca pode ser realizada de maneira totalmente desvinculada do caso ou do substrato fático a que se refere, pois a relação entre os fatos que integram o caso e o direito nele aplicado é obrigatória e insuprimível do processo interpretativo.³⁶²⁻³⁶³

Dentro de tal ordem de ideias, afigura-se inapropriada a prática corrente nos meios forenses de realizar citações de ementas de acórdãos, em suporte a teses defendidas em petições, pareceres e decisões judiciais, sem maior preocupação em demonstrar que o caso a que se refere a ementa tem similaridade com aquele em que sua aplicação é invocada.

³⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 246/247.

³⁶² ZANETI JR., Hermes. Cortes supremas e interpretação do direito. *Op. cit.*, p. 189.

³⁶³ Na lição de Misabel Derzi, "[...] súmula, súmula vinculante e recurso repetitivo continuam sendo sentença. Do precedente se sai com uma regra. Mas isso ainda é sentença. Quero dizer que os casos que deram origem aos precedentes vinculantes consolidados não podem ser descolados da regra judicial. Por isso a interpretação da regra judicial é totalmente diferente da interpretação da regra legal" (DERZI, Misabel Abreu Machado. Os efeitos das mudanças de jurisprudência (...). *Op. cit.*, p. 49). Desenvolvendo essa ideia, em magnífica obra sobre as modificações na jurisprudência, a professora ressalta estar na essência do princípio da separação de poderes "compreender que a norma judicial não se pode desprender da casuística, dos casos concretos que motivaram a sua criação. Esse o limite que nos assegura que a jurisprudência consolidada obriga, vincula, impõe-se a todos, mas, não é lei" (*Idem*. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, p. 55).

Tal prática é ainda mais deficiente, quando considerado que nem sempre as ementas refletem adequadamente o conteúdo do julgado, o que se identifica pela simples confrontação com o inteiro teor dos acórdãos a que se referem, ponto que será objeto de abordagem mais detida no quinto capítulo, no qual será desenvolvida discussão acerca dos fatores que, no direito brasileiro, dificultam a caracterização dos atos jurisdicionais como base da confiança.

3. PRECEDENTES E JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO

3.1. Os precedentes na família do *common law*

Consoante reconhece a doutrina, o *common law* teve origem na Inglaterra, onde historicamente se estruturou,³⁶⁴ e a partir da qual, por razões ligadas principalmente à influência por ela exercida no período colonial, expandiu-se para o direito de diversos países, dentre os quais os Estados Unidos, Irlanda do Norte, País de Gales, África do Sul, Austrália, Canadá, Índia, Jamaica e Nova Zelândia.³⁶⁵

Nesses países, como exposto (*supra*, seção 2.8.2), o respeito aos precedentes surgiu como uma forma de prestigiar a segurança jurídica, conferindo-se previsibilidade às decisões dos tribunais e permitindo o planejamento do futuro por indivíduos e empresas.

De fato, na medida em que nos sistemas de *common law* o direito se formou a partir de decisões tomadas em casos concretos e não a partir de regras gerais extraídas do direito legislado, tal qual se deu nos sistemas de *civil law*,³⁶⁶ fez-se necessário, para conferir alguma unidade a esse conjunto de decisões e, conseqüentemente, atribuir ao sistema como um todo um adequado grau de previsibilidade, que houvesse algum elemento agregador, papel desempenhado pela regra de vinculação a precedentes ou *stare decisis*.³⁶⁷⁻³⁶⁸

³⁶⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 351. Na mesma linha, John Humbach leciona que “the common law had its birthplace in England, and it was there that it spent its formative years” (HUMBACH, John A. *Whose Monet?* (...). *Op. cit.*, p. 90). No mesmo sentido: BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, p. 269; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Modulação temporal da jurisprudência*. 2010. 144f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 21; BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes (...). *Op. cit.*, p. 475.

³⁶⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, [2012], p. 35. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13. René David anota, a tal respeito, que “a família da *common law* compreende, além do direito inglês, que está na sua origem, e salvo certas exceções, os direitos de todos os países de língua inglesa. Além dos países de língua inglesa, a influência da *common law* foi considerável na maior parte dos países, senão em todos, que politicamente estiveram ou estão associados à Inglaterra” (DAVID, René. *Os grandes sistemas* (...). *Op. cit.*, p. 351).

³⁶⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas* (...). *Cit.*, p. 25; DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3.

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 37/43.

É importante lembrar, contudo, que o *common law* não se confunde com a doutrina do *stare decisis*, eis que “o common law [pode ser] compreendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englishmen*”,³⁶⁹ ou seja, como um *direito comum a toda a Inglaterra* e que se contrapunha aos direitos tribais localmente vigentes no período anterior à sua formação,³⁷⁰ ao passo que a regra do *stare decisis*, embora constitua importante *elemento do moderno common law*, com este não se confunde.³⁷¹

Mauro Cappelletti, em clássica lição, já ressaltava que a doutrina ou regra do *stare decisis* impunha unicamente a obrigatoriedade de que as decisões proferidas por um órgão jurisdicional fossem observadas pelas cortes que, na estrutura da organização judiciária, sejam a ele inferiores,³⁷² de forma que não se deve reduzir os sistemas de *common law*, que envolvem aspectos culturais de variada ordem, à regra do *stare decisis*, que, conquanto de fundamental importância, é apenas um de seus elementos constitutivos.

No mesmo sentido está a lição de Silberman, Stein e Wolff, segundo os quais a regra do *stare decisis* impõe que as cortes inferiores estão obrigadas a observar, nos casos sob sua apreciação, o entendimento jurídico firmado pelas cortes superiores da mesma jurisdição, relativamente a uma dada questão de direito resolvida em caso similar.³⁷³

Em resumo, quando uma determinada questão jurídica é apreciada por uma corte, o entendimento adotado deve ser necessariamente observado em supervenientes casos em que

³⁶⁸ A denominação é extraída da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que se traduz por *mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido* (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, p. 100).

³⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 31.

³⁷⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas* (...). *Op. cit.*, p. 359. Consoante resalta René David, a formação do *common law* se inicia no período posterior à conquista normanda em 1066, quando o direito da época anglo-saxônica, atomizado e de caráter tribal, começa a ser gradativamente substituído por um direito comum a toda a Inglaterra, obra dos Tribunais Reais de Justiça (*ibidem*, pp. 356/359). É importante ressaltar, contudo, que o *common law*, embora gradativamente substituindo os direitos tribais e locais, destes retirou muitos de seus elementos (*ibidem*, p. 369). Para uma análise da formação do *common law*, em doutrina nacional, cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito* (...). *Op. cit.*, pp. 13/19.

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 32; ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Ativismo judicial & teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 22.

³⁷² CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 80.

³⁷³ No original: "If a higher court in the same jurisdiction has addressed the question [of law], the lower court is obligated to decide the question consistent with that earlier, higher court opinion" (SILBERMAN, Linda J.; STEIN, Allan R.; WOLFF, Tobias Barrington. *Civil procedure* (...). *Op. cit.*, p. 47). Os autores preferem se referir a princípio do *stare decisis* ("principle of *stare decisis*") e não a regra ou doutrina do *stare decisis*.

tal questão seja novamente discutida perante cortes inferiores vinculadas àquela em que o precedente se formou. É a figura do *precedente vinculante* ou *binding precedent*.³⁷⁴

No presente trabalho, serão analisados com maior detença, no universo dos países do *common law*, os sistemas jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos, o primeiro por ser o berço dos sistemas jurídicos pertencentes a esta família e o segundo, por tratar-se na atualidade de um país que exerce, em razão de seu protagonismo econômico, grande influência na cultura jurídica de outros países, inclusive de *civil law*.

3.1.1. O *common law* inglês

As origens do *common law* inglês são bastante remotas. A doutrina aponta que sua formação teria se iniciado no século XII, gradativamente suplantando os diversos direitos locais introduzidos e desenvolvidos como decorrência de uma ocupação multicultural do território onde se situa atualmente a Inglaterra.³⁷⁵

O surgimento da doutrina do precedente (*binding precedents* ou *stare decisis*), contudo, é mais recente, apontando a doutrina seu nascedouro nos séculos XVI e XVII, em especial pela obra de Sir Edward Coke, que defendeu a necessidade de se observar a tradição do *common law*, tendo elaborado, para tal fim, uma grande compilação de casos antigos denominada *The Reports*.³⁷⁶

³⁷⁴Não obstante, é de se registrar, consoante leciona José Rogério Cruz e Tucci, que os sistemas jurídicos de *common law* não desconhecem a figura do *precedente persuasivo*, cujo uso se apresenta, por exemplo, quando um litigante invoca, perante um tribunal de um determinado país, precedente proferido por cortes de outros países (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 13).

³⁷⁵ Assim: DAVID, René. *Os grandes sistemas (...)*. *Op. cit.*, pp. 356/359; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedentes judiciais como fonte do direito*. *Op. cit.*, pp. 150/155; CARNEIRO JUNIOR, Amílcar Araújo. Parâmetros do *common law (...)*. *Op. cit.*, pp. 63/64; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Recursos no processo civil inglês. In: *Revista de processo*. Ano 38. vol. 220. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2013, pp. 160/162. No mesmo sentido Gustavo Nogueira Santana observa que o território onde atualmente se situa a Inglaterra foi sucessivamente ocupado pelos celtas, pelos romanos, por tribos germânicas dos anglos, saxões e jutos, bem como por tribos dinamarquesas e normandas (NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes (...)*. *Op. cit.*, pp. 32/34). Rodolfo de Camargo leciona, ainda, que "o *common law* é um sistema jurídico velho de um milênio, remontando ao tempo da conquista normanda de 1066, passando pela dinastia Tudor (1485), época em que sua aplicação se dava de forma itinerante através dos condados do reino ou mesmo sediada em Londres, nas Cortes Reais" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, p. 199).

³⁷⁶ CARNEIRO JUNIOR, Amílcar Araújo. Parâmetros do *common law (...)*. *Op. cit.*, pp. 65/67. A respeito da tradição de compilação de julgados, José Rogério Cruz e Tucci observa que, antes do surgimento dos *Law*

No entanto, o desenvolvimento teórico da doutrina do *stare decisis* alcançaria sua maturidade apenas no século XIX,³⁷⁷ período em que restou assentado na Inglaterra o entendimento de que até mesmo o tribunal que proferiu uma decisão estaria obrigado a observá-la em futuros julgamentos (vinculação horizontal), concepção que prevaleceu durante aproximadamente um século, aplicando-se inclusive à *House of Lords*,³⁷⁸ cuja vinculação às próprias decisões era igualmente reconhecida. A vinculação a precedentes, nessa *versão mais forte* do *stare decisis*, não se dava em um plano unicamente vertical, mas também horizontal, estando a *House of Lords* e as *Courts of Appeal* vinculadas aos próprios precedentes.³⁷⁹

Com efeito, estudiosos do *common law* apontam a decisão proferida em *Beamish v. Beamish* (1861) como o marco do reconhecimento de que a *House of Lords* estava também vinculada aos próprios precedentes, não podendo deles se afastar, sob pena de assumir uma anômala função legiferante.³⁸⁰⁻³⁸¹ Essa rígida vinculação seria reafirmada pela *House of Lords*

Reports, ocorrido em meados do século XVI, alguns antecedentes dessa prática se registram na tradição jurídica do *common law*, como a guarda e seleção de atas de julgamento, por força de *writ* real de 1292, e a edição dos anuários ou *Year Books*, que reuniam trechos de argumentos de litigantes e decisões judiciais catalogados por assuntos e cuja primeira versão impressa é de 1495. A estrutura dos *Year Books* era, contudo, diversa da estrutura assumida pelos *Law Reports* a partir do século XVI, porque nestes não havia a transcrição de argumentos e excertos catalogados, mas a transcrição literal dos casos e respectivos julgamentos (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, pp. 154/155). Os *Year Books*, consoante anota René David, provavelmente desempenhavam mais um papel de apostilas para os estudantes de direito, do que propriamente de repertórios de julgados das cortes inglesas (DAVID, René. *Os grandes sistemas* (...). *Op. cit.*, p. 365).

³⁷⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Jurisprudência oscilante do STJ* (...). *Op. cit.*, p. 225.

³⁷⁸ Por força do Ato de Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act 2005*), a partir de 1º de outubro de 2009, a *House of Lords* foi sucedida, em matéria jurisdicional, pela *Supreme Court of the United Kingdom*, permanecendo a primeira apenas com atribuições parlamentares. Dessa sorte, atualmente, o órgão judiciário de cúpula na Inglaterra é a *Supreme Court of the United Kingdom*. Como leciona Patrícia Perrone, o ingresso da Inglaterra na Comunidade Europeia foi determinante para a realização desta reforma, eis que teve por objetivo "garantir, aos olhos da Comunidade Européia, o estabelecimento de um Judiciário independente. Isto porque, muito embora, na percepção dos ingleses, tal independência sempre estivera preservada, a *House of Lords* [...] constitui um órgão do Parlamento, circunstância que vinha ensejando questionamentos na ordem internacional e que tornou necessária a mudança, a fim de aumentar a confiança no sistema inglês" (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito* (...). *Op. cit.* pp. 29/31).

³⁷⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 76.

³⁸⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 158. No mesmo sentido: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *Precedente e IRDR: algumas considerações*. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Coleção grandes temas do novo cpc: precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 570; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Em direção ao common law?: palestra*. Rio de Janeiro: 2012. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; _____. (orgs.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 373. Ainda no mesmo sentido: CARNEIRO JUNIOR, Amílcar Araújo. *Parâmetros do common law* (...). *Op. cit.*, p. 67. Em sentido diverso, apontando sinais dessa doutrina já no ano de 1827, por Lord Eldon, no caso *Fletcher vs Soudes*: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 76.

em *Bradford v. Pickles* (1895) e, finalmente, em *London Tramways Company v. London County Council* (1898), esta última considerada a consolidação desse entendimento.³⁸²

Essa *versão mais forte* do *stare decisis* foi posteriormente atenuada, na medida em que a *House of Lords*, em 26 de julho de 1966, editou um documento de cunho declaratório, denominado *Practice Statement*, no qual reconhecia que, apesar da importância da observância de seus próprios precedentes, o que deveria continuar a ser a regra, era admissível que a *House of Lords* eventualmente deles se afastasse, por meio do *overruling*.³⁸³

Com efeito, neste documento, a *House of Lords* reconheceu que o uso dos precedentes tem um caráter fundamental, para que se decida o que é o direito e como ele deve ser aplicado aos casos individuais, exercendo a relevante função de conferir previsibilidade e algum grau de certeza acerca das consequências assumidas pelo cidadão em sociedade.

No entanto, ao mesmo tempo em que ressaltou a importância da observância dos precedentes, reconheceu a *House of Lords* que uma aderência muito rígida e inflexível a eles pode, em alguns casos, conduzir a injustiças e inibir um adequado desenvolvimento do direito, razão pela qual declarava que, a partir daquele momento, alteraria sua prática de se considerar sempre vinculada aos próprios precedentes para, reconhecendo a vinculação como regra, declarar-se autorizada a deles se afastar, sempre que lhe pareça correto assim fazê-lo.³⁸⁴

Essa possibilidade de superação de precedentes pelo próprio tribunal em que se originou³⁸⁵ marca, sem dúvida, significativa alteração na teoria do *stare decisis* na Inglaterra,

³⁸¹ Acerca da controvérsia existente na doutrina inglesa acerca da adoção da tese da autovinculação pela *House of Lords* no caso *Beamish v. Beamish*, cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 76.

³⁸² CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, pp. 103/104. Esta última decisão, na visão de Marinoni, constitui o ápice da evolução da ideia de que o próprio tribunal está vinculado às suas precedentes decisões (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 30). No mesmo sentido: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Precedentes e jurisprudência* (...). *Op. cit.*, p. 20; REDONDO, Bruno Garcia. *Precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 168.

³⁸³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 159; BARROSO, Luís Roberto. *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* (...). *Op. cit.*, p. 269. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 189. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Precedentes e jurisprudência*(...). *Op. cit.*, p. 20.

³⁸⁴ Texto integral do *Practice Statement* de 26 de julho de 1966 disponível em: <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/bluebook/bluebk43.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

³⁸⁵ Deve ser observado, porém, que em conformidade com o disposto no próprio *Practice Statement* de 1966, a possibilidade de *overruling* está restrita à *House of Lords*, não se aplicando aos demais tribunais ingleses, que continuam vinculados aos próprios precedentes. Segundo Thomas da Rosa de Bustamante, é consensual na doutrina inglesa que as cortes de apelação permanecem vinculadas não só às decisões da *House of Lords*

embora, na prática, a *House of Lords* tenha sido parcimoniosa em superar seus próprios precedentes, o que ocorreu em número reduzido de casos ao longo da história.³⁸⁶

Ao cabo desse processo evolutivo, a teoria de precedentes na Inglaterra teria chegado à sua configuração atual, que nos é sinteticamente descrita por Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Geoffrey Marshall,³⁸⁷ cuja lição se passa a expor.

Segundo lecionam os autores, prevalece atualmente a regra de *vinculação vertical* aos precedentes entre cortes situadas na mesma linha hierárquica,³⁸⁸ de forma que as decisões da *House of Lords* são vinculantes para a Corte de Apelação (*Court of Appeal*) e as decisões desta última são vinculantes para a *High Court*. De outra parte, decisões de juízes da *High Court* são apenas persuasivas em relação a outros juízes da *High Court* (não há, neste caso, vinculação horizontal) e em relação aos juízes inferiores.³⁸⁹

Além disso, a possibilidade de se afastar dos próprios precedentes (*overruling*) é reconhecida unicamente à *House of Lords* (normalmente por um colegiado interno mais expressivo - "a larger than normal committee of judges"), de forma que a Corte de Apelação (*Court of Appeal*) permanece em regra vinculada aos próprios precedentes, que só podem ser revistos pela *House of Lords*.³⁹⁰

No entanto, mesmo em relação à *Court of Appeal* alguma abertura ao *overruling* é verificada, eis que, consoante lecionam os professores, a despeito da adoção de uma doutrina de estrita vinculação aos próprios precedentes, a *Court of Appeal in England and Wales* estabeleceu, a partir do caso *Young v. Bristol Aeroplane Co.* (1944), que pode se afastar dos

(atualmente Suprema Corte do Reino Unido), mas também às próprias decisões, que só podem ser reformadas pela *House of Lords* (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 77).

³⁸⁶ Bankowski, MacCormick e Marshall apontam que, desde a edição do *Practice Statement*, o número de casos em que a *House of Lords* reviu seus próprios precedentes *certamente foi inferior a um por ano*, embora o *overruling* tenha usualmente se dado em casos grande significação tanto no direito público, quanto no privado (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom* (...). *Op. cit.*, p. 329). No mesmo sentido, em doutrina nacional: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Parâmetros de eficácia* (...). *Op. cit.*, p. 103; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 159; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 189.

³⁸⁷ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom* (...). *Op. cit.*, pp. 325/327. Em doutrina nacional, comentando a configuração atual do sistema de precedentes vigente na Inglaterra, também a partir da lição de Bankowski, MacCormick e Marshall, cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 92.

³⁸⁸ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom* (...). *Op. cit.*, pp. 329.

³⁸⁹ *Ibidem*, pp. 325/326.

próprios precedentes, quando estes tenham sido resultado de erro ("reached *per incuriam*"), tenham sido implicitamente revogados por superveniente decisão da *House of Lords* ou, ainda, estejam em conflito com outros julgados da *Court of Appeal*. Além disso, na seara criminal, a regra de vinculação a precedentes é menos rígida, admitindo-se que a *Court of Criminal Appeal* se afaste de um precedente para favorecer o réu.³⁹¹

Essa é, também, a síntese empreendida por René David, segundo o qual o sistema inglês atual de vinculação a precedentes pode ser reconduzido a três regras fundamentais. A primeira é a de que as decisões da *House of Lords* são precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores, embora a própria *House of Lords* possa excepcionalmente deles se afastar (*Practice Statement* de 1966). A segunda regra é a de que as decisões tomadas pela *Court of Appeal* também são de observância obrigatória pelas jurisdições inferiores e se impõem também à própria Corte (vinculação horizontal), com exceção da matéria criminal. Por fim, como terceira regra, leciona que as decisões proferidas pelas *High Court of Justice* se impõem às jurisdições inferiores, *embora sem serem rigorosamente obrigatórias*, mas horizontalmente têm apenas uma eficácia persuasiva entre suas diferentes divisões.³⁹²

3.1.2. O *common law* nos Estados Unidos

Ao longo do período de expansão colonial, o modelo do *common law* foi incorporado às colônias inglesas, cujos sistemas jurídicos, mesmo após a independência, continuaram a se desenvolver sob a influência de tal tradição, embora naturalmente sujeita a adaptações, em razão de fatores de variada ordem (geográficos, culturais, dentre outros).³⁹³ Dessarte, a tradição do *common law* está nas raízes do direito norte-americano do período colonial, que se desenvolveu sob tal cultura mesmo após a independência.³⁹⁴

³⁹⁰*Ibidem*, p. 326.

³⁹¹*Ibidem*, p. 326.

³⁹² DAVID, René. *Os grandes sistemas (...)*. *Op. cit.*, pp. 428/429.

³⁹³*Ibidem*, p. 447; DAVID, René. *O direito inglês*. *Op. cit.*, p. VII; COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho processal civil*. *Op. cit.*, p. 158.

³⁹⁴ Uma ressalva deve ser feita em relação ao Estado da Louisiana, que adotou um sistema de *civil law*, próprio do direito europeu continental, muito embora, em termos metodológicos, na interpretação da lei, tenha também incorporado muito da cultura do *common law* (HUMBACH, John A. *Whose Monet?* (...). *Op. cit.*, p. 84; SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, p. 139). Para uma análise mais aprofundada da formação histórica do sistema jurídico do Estado da Louisiana e sua conformação atual, cf. SANTOS, Evaristo Aragão. Por que os juízes (no *common law*!) se *sentem* obrigados a

É certo que, após a independência dos Estados Unidos, houve um período de tensão entre aqueles que, buscando uma maior autonomia em relação ao direito inglês, tendiam para adoção de modelos de codificação, nos moldes dos países de tradição romano-germânica, em especial a França, e aqueles que defendiam a tradição do *common law*, mas ao final esta última veio a prevalecer, com exceção do Estado da Louisiana.³⁹⁵

A prevalência do *common law* nos Estados Unidos acabou por se manifestar em muitas leis escritas, os *reception statutes*, que dispunham expressamente ser o *common law* inglês recebido nos Estados Unidos como direito vigente, embora, de regra, considerassem aplicáveis apenas as decisões de cortes inglesas proferidas até 1776 (ano da independência), de forma que decisões posteriores não mais se consideravam direito vigente, embora guardassem ainda algum valor persuasivo.³⁹⁶

Embora, ao longo dos séculos, a evolução do sistema jurídico norte-americano tenha trazido novos ramos do direito, para lidar com problemas não conhecidos no *common law* inglês, ramos estes nos quais o direito legislado tem sido adotado como fonte principal, do que são exemplos o direito ambiental e o securitário, a interpretação e a aplicação desse direito legislado estão igualmente envoltas pela cultura do *common law*, na medida em que “the judicial decisions that interpret statutes are analyzed, synthesized, and utilized by lawyers and judges in much the same way as the holdings of cases in the traditional common-law fields. The approach and methodology are essentially the same”.³⁹⁷

seguir precedentes. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 502/507.

³⁹⁵ René David relata, nesse contexto, que o Estado de New Orleans, que se destacou do Estado da Louisiana, chegou a adotar uma codificação no estilo francês, bem como movimentos no sentido da adoção de códigos tiveram considerável expressão nos Estados de Massachusetts e Nova York, sendo que neste último a Constituição Estadual de 1846 chegou a prever a redação de um código escrito e sistemático para sua regulamentação (DAVID, René. *Os grandes sistemas (...)*. *Op. cit.*, pp. 452/453).

³⁹⁶ SILBERMAN, Linda J.; STEIN, Allan R.; WOLFF, Tobias Barrington. *Civil procedure (...)*. *Op. cit.*, p. 539; DAVID, René. *Os grandes sistemas (...)*. *Op. cit.*, p. 453.

³⁹⁷ Em tradução livre: “as decisões judiciais que interpretam leis são analisadas, sintetizadas e utilizadas por advogados e juizes em grande parte da mesma forma que a *ratio decidendi* extraída de casos nos campos tradicionais do common-law. O enfoque e metodologia são essencialmente os mesmos” (HUMBACH, John A. *Whose Monet? (...)*. *Op. cit.*, p. 88). Observe-se que na tradição do *common law* norte-americano consolidou-se o uso da expressão *holding* como um equivalente da expressão *ratio decidendi* empregada na tradição inglesa (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 177).

Em outras palavras, embora no direito norte-americano tenha havido, em razão das tensões que caracterizaram seu período formativo e do ingresso de questões novas que não encontravam solução no *common law*, o florescimento de expressiva produção legislativa em alguns setores, com o conseqüente desenvolvimento dos *precedentes interpretativos*, próprios dos países do *civil law*, a forma pela qual estes precedentes são interpretados e aplicados em casos futuros não se afasta, do ponto de vista metodológico, da tradição do *common law*.³⁹⁸

Da mesma forma, a regra de vinculação dos precedentes, o *stare decisis*, também foi incorporada ao direito norte-americano,³⁹⁹ embora se admitindo excepcionalmente seu afastamento pela própria Corte em que se originou o precedente, a exemplo do que ocorreu por ocasião da superação da doutrina *separate but equal* estabelecida pela Suprema Corte norte-americana em *Plessy v. Ferguson* (1896),⁴⁰⁰ com a qual houve uma ruptura na histórica decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education* (1954).⁴⁰¹⁻⁴⁰²

³⁹⁸ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, pp. 138/139.

³⁹⁹ SUMMERS, Robert Samuel. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; _____. (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 355.

⁴⁰⁰ Em *Plessy v. Ferguson*, a Suprema Corte norte-americana discutiu a constitucionalidade de uma lei do Estado da Louisiana (*Louisiana's Railroad Segregation Act, 1890*), que impunha às companhias ferroviárias a obrigação de manter acomodações iguais, mas separadas, para passageiros brancos e negros, punindo com multa ou prisão passageiros e funcionários que desrespeitassem a segregação imposta. A Suprema Corte, por maioria capitaneada pelo voto do *Justice* Henry Brown (oito votos contra um), vencido unicamente o *Justice* John Marshall Harlan, entendeu que a lei era constitucional e compatível com as 13^a, 14^a e 15^a Emendas à Constituição norte-americana, que haviam abolido a escravidão. Em apertada síntese, o entendimento adotado pela Corte foi o de que a exigência de vagões separados não implicava por si só qualquer tratamento diferenciado entre cidadãos, ou mesmo lhes impunha tratamento inferior, com base em critérios raciais, na medida em que as acomodações haveriam de ser de igual qualidade. Em seu voto dissidente (*dissenting opinion*), *Justice* John Marshall criticou duramente a decisão tomada pela Suprema Corte, deixando claro que seu entendimento era o de que “nenhum órgão legislativo ou judicial pode levar em consideração a raça dos cidadãos quando seus direitos civis estiverem envolvidos” (“But I deny that any legislative body or judicial tribunal may have regard to the race of citizens when the civil rights of those citizens are involved”) e que a lei é claramente inconstitucional por “interferir na liberdade pessoal dos cidadãos” (“The fundamental objection, therefore, to the statute is that it interferes with the personal freedom of citizens”), que têm limitada sua liberdade de ocupar espaços públicos e, principalmente, por contrariar o espírito igualitário da Constituição e de suas Emendas, que impuseram a vedação de qualquer espécie de distinção entre cidadãos com base em critérios raciais (HARRISON, Maureen; GILBERT, Steve. *Great decisions of the U.S. Supreme Court*. New York: Barnes & Nobles Books, 2003, pp. 33/58).

⁴⁰¹ Em *Brown v. Board of Education*, discutiu-se a aplicabilidade da doutrina do *separate but equal* no campo da educação pública, tendo em vista que no início da década de 1950, vinte e um Estados, além do Distrito de Columbia, praticavam a segregação racial nas escolas públicas. A Suprema Corte, seguindo o voto do *Chief Justice* Earl Warren, por unanimidade, decidiu que a manutenção de escolas separadas, baseado em critérios raciais, não era compatível com a Constituição, superando, assim, a doutrina *separate but equal* firmada em *Plessy v. Ferguson*. Entendeu a Suprema Corte que a separação das escolas afetava o desenvolvimento das crianças, levando a diferentes graus de desenvolvimento no aprendizado, o que acabava por *privá-las da igual proteção das leis* (“equal protection of the laws”) garantida pela 14^a Emenda à Constituição (*ibidem*, pp. 73/80).

⁴⁰² Embora seja mais recorrente em doutrina a expressão *equal but separate*, emprega-se no presente trabalho a expressão *separate but equal*, por ser esta última a utilizada no voto do *Chief Justice* Earl Warren proferido em *Brown v. Board of Education*.

Assim, embora adotando a doutrina do *stare decisis*, esta teve no direito norte-americano uma *conformação menos rígida*, eis que, diferentemente do que se deu com a *House of Lords*, no período de aproximadamente cem anos compreendido entre *Beamish v. Beamish* (1861) e a edição do *Practice Statement* de 1966, a Suprema Corte dos Estados Unidos nunca se entendeu impedida de rever seus próprios precedentes, admitindo, desde sempre, a figura do *overruling*, quando entendesse pela obsolescência do precedente.⁴⁰³

Com efeito, como bem esclarece John Humbach, um precedente pode ficar obsoleto, em razão da mudança das condições sociais sob as quais se originou, ou mesmo pode ser reconhecido como errado, justificando-se em tais casos sua superação (*overruling*), mas essas são situações excepcionais, que não infirmam a conclusão quanto à incorporação da regra do respeito aos precedentes pelo direito norte-americano.⁴⁰⁴

É de se ressaltar, no entanto, que o *common law* inglês, constituído por precedentes oriundos do Judiciário inglês, foi gradualmente substituído por precedentes oriundos das cortes norte-americanas, muitas vezes distanciando-se do direito assentado na Inglaterra, o que se justifica por razões políticas, históricas e geográficas, eis que o direito de um país insular e monárquico como a Inglaterra demandava adaptações em um país de dimensões continentais como os Estados Unidos, em plena expansão geográfica e econômica e que, ademais, adotava uma estrutura federalista e uma rígida separação de poderes.⁴⁰⁵

Desta forma, a influência do direito inglês nos Estados Unidos se deu não apenas pelo direito material assentado em suas cortes, o qual, como afirmado, passou por inúmeras adaptações, mas sobretudo pelo procedimento decisório, estruturado num sistema de precedentes vinculantes, em conformidade com a teoria do *stare decisis*.⁴⁰⁶

⁴⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 189/190.

⁴⁰⁴ No original: “Conditions may, of course change, and if it becomes obvious that a previous decision is obsolete or wrong, then ‘equality’ may have to yield to other justice concerns. However, it is the general idea of the doctrine of precedent that, absent a reason for making a change, judicial decisions should generally be consistent with the rules and principles that courts have previously applied in earlier judicial decisions” (HUMBACH, John A. *Whose Monet?* (...). *Op. cit.*, p. 107).

⁴⁰⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, p. 105. No mesmo sentido, HUMBACH, John A. *Whose Monet?* (...). *Op. cit.*, p. 94; DAVID, René. *Os grandes sistemas* (...). *Op. cit.*, p. 457.

⁴⁰⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, p. 106.

3.1.3. A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* nos sistemas de *common law*

Do exposto nos tópicos anteriores, extrai-se que nos países que integram a família do *common law*, os precedentes adquiriram historicamente *grande peso e autoridade*,⁴⁰⁷ sendo vinculantes para as cortes inferiores àquelas que os proferiram e, em determinados momentos históricos, até mesmo para a própria corte que os proferiu, obrigada que estava a observá-los, como foi o caso da Inglaterra, no período compreendido entre a decisão de *Beamish v. Beamish* (1861) e a edição do *Practice Statement* de 1966.

Não obstante, necessário destacar que o amadurecimento do modelo de vinculação de precedentes nos países de *common law* levou à constatação de que não era exatamente o precedente que continha um caráter vinculante, mas sim a tese ou o princípio jurídico nele cristalizado, aquilo que a doutrina denomina *ratio decidendi*.⁴⁰⁸ O precedente é apenas o veículo para manifestação do direito interpretado pelos tribunais.

Portanto, a vinculação oriunda do precedente, segundo a compreensão predominante, não alcança nem os fatos objeto de julgamento, nem as questões jurídicas que recebem na decisão uma consideração lateral, como simples *contribuição conceitual*,⁴⁰⁹ sendo vinculante apenas a questão de direito nele discutida em caráter principal e em relação à qual o tribunal formulou uma tese jurídica que deu suporte à decisão, a *ratio decidendi*.⁴¹⁰

Isso não significa, por evidente, que os fatos objeto de julgamento não tenham relevância para a interpretação do precedente, ou mesmo para a decisão acerca de sua aplicabilidade em julgamentos futuros, até mesmo porque é dos fatos que o direito se origina (*ex facto oritur ius*) e, ainda, a própria razão do sistema de precedentes é conferir

⁴⁰⁷*Ibidem*, p. 101.

⁴⁰⁸*Ibidem*, p. 101. No mesmo sentido: TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 13/15. Confira-se, ainda: “Under a rigid rule or stare decisis, a court is compelled to follow the so-called *ratio decidendi* of its own prior decisions as well as, of course, the prior decisions of courts that are superior to it”(HUMBACH, John A. *Whose Monet?* (...). *Op. cit.*, p. 108). Nos Estados Unidos prevalece a utilização da expressão *holding*, como um sinônimo de *ratio decidendi*.

⁴⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A semelhança no dissídio jurisprudencial para efeitos de recurso especial e embargos de divergência e a lógica. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 137.

⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 108.

previsibilidade ao sistema jurídico, na medida em que os jurisdicionados sabem que fatos iguais ou similares receberão igual tratamento dos tribunais.

Como já foi objeto de comentário no capítulo anterior, quando se tratou da interpretação das decisões judiciais (*supra*, seção 2.9), a regra de direito que constitui o núcleo do precedente e os fatos considerados para a sua formulação são de certa forma indissociáveis, na medida em que a regra de direito é elaborada pelo juiz ou tribunal a partir de determinados fatos e para a resolução desses mesmos fatos.⁴¹¹

Os fatos objeto de julgamento no precedente são, portanto, elementos importantes à sua interpretação e principalmente à comparação com futuros casos,⁴¹² de forma a conduzir à conclusão de que o precedente é aplicável a um determinado caso concreto⁴¹³ ou que, ao contrário, há diferenças fáticas que justificam a incidência da *técnica do distinguishing* ou, como entre nós preferem alguns autores denominar, *técnica do confronto*.⁴¹⁴

No entanto, segundo a doutrina de vinculação de precedentes elaborada nos países de *common law*, os fatos da causa não são vinculantes em si mesmo, mas simples suportes para que se invoque a aplicação da regra de direito (*ratio decidendi*) fixada no precedente, esta sim de observância obrigatória nos julgamentos subsequentes.

É verdade que há grande e antiga controvérsia nos sistemas de *common law* acerca do que se deve compreender por *ratio decidendi* de um precedente, tanto que Thomas da Rosa de Bustamante, com base no esforço de sistematização promovido por Pierluigi Chiassoni, aponta quatorze diferentes concepções de *ratio decidendi* encontradas da doutrina.⁴¹⁵

⁴¹¹ Nesse sentido leciona com propriedade Michele Taruffo que "o precedente não se compreende se a interpretação da norma que neste é aplicada não vem conexa diretamente com a *fattispecie* concreta que foi decidida" (No original: "[...] il precedente non si comprende se l'interpretazione della norma che in esso è stata applicata non viene connessa direttamente con la *fattispecie* concreta che è stata decisa") (TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. *Op. cit.*, p. 10).

⁴¹² Daí porque Silberman, Stein e Wolff afirmam que a operação com precedentes requer *uma meticolosa atenção tanto à lei quanto aos fatos* (No original "requires meticulous attention to both law and fact") (SILBERMAN, Linda J.; STEIN, Allan R.; WOLFF, Tobias Barrington. *Civil procedure* (...). *Op. cit.*, p. 48).

⁴¹³ "[...] quanto mais se aproximam os fatos de dois casos, maior é a probabilidade de que a decisão dada ao primeiro caso seja aplicável à solução do segundo. [...] Portanto, para a conclusão acerca da adoção de um precedente, é imprescindível tratar da proximidade dos fatos que dão composição aos casos em cotejo." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 249).

⁴¹⁴ Por exemplo: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 248.

⁴¹⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, pp. 261/263.

No entanto, dentre o vasto rol de concepções de *ratio decidendi* relacionadas pelo autor, algumas vêm recebendo especial atenção por parte da literatura especializada, razão pela qual apenas elas serão abordadas no presente trabalho.

Como já referido, Eugene Wambaugh buscou elaborar uma técnica para identificação da *ratio decidendi*, que ficou conhecida como *teste de Wambaugh* e que se sustentava na noção de que a *ratio decidendi* seria "uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma". Dessa compreensão da *ratio* decorria o método de inverter a proposição jurídica, com o objetivo de verificar se o resultado do julgamento se mantinha ou se era alterado. Alterando-se o resultado, a proposição jurídica formulada seria identificada como a *ratio decidendi*; do contrário, seria simples *obiter dictum*.⁴¹⁶

Em linha diversa, Arthur Goodhart buscou identificar a *ratio decidendi* a partir dos fatos materiais do caso (*material facts*), ou seja, dos fatos que foram relevantes, para o juiz, a fim de solucionar o caso. A *ratio decidendi* não estaria em proposições jurídicas contidas na fundamentação, mas nos fatos materiais ou relevantes à solução do caso.⁴¹⁷

Uma terceira concepção que alcançou muito prestígio no *common law* foi a de Rupert Cross, para quem a "*ratio decidendi* de um caso é qualquer regra jurídica expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para alcançar a sua conclusão, levando-se em consideração a linha de fundamentação por ele adotada".⁴¹⁸

Essa conceituação foi objeto de crítica subsequente, dentre outros, por Brian Simpson, que preferiu qualificar a *ratio decidendi* não como uma *regranecessária* à justificação de uma decisão, mas sim como uma *regra suficiente* a essa justificação.⁴¹⁹ Simpson propôs, portanto, a substituição da ideia de *necessidade* pela de *suficiência*, por considerar a primeira muito abrangente e passível de atribuição de diferentes sentidos. Além do mais, como observou Marinoni, se a *ratio* é um *passo necessário* à solução do caso, isso significa que esta não pode

⁴¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 222/223.

⁴¹⁷ *Ibidem*, pp. 223/225.

⁴¹⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. *Op. cit.*, p. 72. No original: "The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him".

⁴¹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. *Op. cit.*, pp. 260/261. No mesmo sentido se orienta a crítica de Neil MacCormick à conceituação de Rupert Cross, no sentido de que a *ratio* seja definida como uma *regra suficiente* para definir uma questão de direito apresentada pelas partes (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. *Op. cit.*, p. 338).

ser alcançada sem que obrigatoriamente ela seja adotada, de forma é de fato mais apropriado falar em *passo suficiente*, no sentido de que bastante a embasar a solução.⁴²⁰

De outra parte, críticas formuladas por Neil Duxbury e Neil MacCormick ressaltaram, relativamente à definição de Rupert Cross, que esta talvez pudesse ser melhor delimitada, para especificar que a *ratio decidendi* não é exatamente a *regra de direito* (a lei, por exemplo) em que se fundamentou a decisão, mas a interpretação que dela faz o juiz, ou seja, a tese jurídica que o juiz constrói a partir da regra de direito.⁴²¹

É possível afirmar, portanto, que a *ratio decidendi* constitui a parte essencial do precedente, sem a qual não é possível sustentar e justificar a decisão adotada,⁴²² ou, em outras palavras, “é a tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto (*rule of law*)”.⁴²³⁻⁴²⁴

Dela se diferenciam os acréscimos a este núcleo essencial que se prestam unicamente a reforçar-lhe a base de sustentação, o que a doutrina denomina *obiter dictum*.⁴²⁵ São argumentos contidos na motivação, úteis à sua compreensão, mas que não integram o fundamento jurídico essencial da decisão.⁴²⁶

Os *obiter dicta*, portanto, embora contribuam para o reforço da decisão, não são a ela essenciais, de forma que sua supressão não alteraria o resultado do processo.

⁴²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 237.

⁴²¹ *Ibidem*, pp. 230/231.

⁴²² “The ‘ratio decidendi’ refers to that portion of a court’s opinion that is logically necessary to support and justify the *holding* or *ruling* in the case” (HUMBACH, John A. *Whose Monet? (...)*. *Op. cit.*, p. 108).

⁴²³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, pp. 100/101. O conceito proposto por José Rogério Cruz e Tucci é construído a partir do conceito desenvolvido por Rupert Cross, enriquecido pelas críticas realizadas por Brian Simpson, Neil MacCormick e Neil Duxbury.

⁴²⁴ É de se referir que no *common law* a noção de *ratio decidendi* sempre se vinculou à resolução do caso concreto e não das questões jurídicas apresentadas e discutidas no tribunal, de forma que tradicionalmente o conceito de *ratio decidendi* nunca é vinculado às questões cuja resolução, pelo tribunal, foi favorável à parte vencida, pois o que é importante, é a resolução do caso concreto, é determinar-se a tese jurídica que foi suficiente a que o caso tivesse um determinado resultado (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 243). Da mesma forma, não se vincula o conceito de *ratio decidendi* à resolução de questões de direito que não conduzam a uma decisão do caso (como, por exemplo, decisões relativas à competência do tribunal) (*ibidem*, pp. 248/349).

⁴²⁵ Como ressaltam Andrea Barbosa e Diego Fervenza Cantoario, os *obiter dicta* são “argumentos laterais, ou de reforço, que muitas vezes são expostos apenas de passagem, como parte da construção do raciocínio jurídico declinado pelo órgão judicante, sem que apresente qualquer influência relevante para a decisão” (BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução (...). *Op. cit.*, p. 482).

⁴²⁶ “[...] *obiter dictum*, ossia tutte quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione” (TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. *Op. cit.*, pp. 20/21).

A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é essencial na doutrina do *stare decisis*, tendo em vista haverem os tribunais e a doutrina assentado que apenas a primeira é vinculante para futuros julgamentos, de forma que, quanto aos *obiter dicta*, “the doctrine of *stare decisis* does *not* require that they be followed in later cases”.⁴²⁷

No entanto, como leciona John Humbach, os *obiter dicta* não são ignorados em decisões futuras, sendo tratados com respeito e não raramente até por elas referidos, muito embora inexista regra de vinculação que imponha sua observância.⁴²⁸ Consoante ressalta Marinoni, aos *obiter dicta* é possível reconhecer um importante efeito persuasivo.⁴²⁹

3.2. Os precedentes e a jurisprudência na família do *civil law*

De forma diversa do que se passa nos países que adotam um sistema de *common law*, nos países cuja tradição jurídica se vincula ao *civil law*, no qual a lei se apresenta como principal fonte do direito,⁴³⁰ os precedentes geralmente são desprovidos de eficácia vinculante, sendo dotados unicamente de eficácia persuasiva,⁴³¹ prestando-se a nortear julgamentos futuros, sem, contudo, predeterminar seu resultado.

Além disso, como decorrência desse protagonismo legal nos países do *civil law*, os precedentes se revestem principalmente de um caráter interpretativo, veiculando a

⁴²⁷ Em tradução livre: “a doutrina do *stare decisis* não requer que eles sejam seguidos em casos supervenientes” (HUMBACH, John A. *Whose Monet?* (...). *Op. cit.*, p. 108). No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 220.

⁴²⁸ “Even though *obiter dictum* does not have to be followed, it is generally treated with respect, often being cited and used by both advocates and judges as though it were part of the ‘ratio’ itself” (HUMBACH, John A. *Whose Monet?* (...). *Op. cit.*, p. 109). No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci leciona que “os *dicta*, a despeito de não possuírem qualquer autoridade para predeterminar futuros julgamentos, gozam de valor persuasivo, diretamente proporcional ao prestígio da corte que os expressa” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, p. 124).

⁴²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 235/236.

⁴³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 65; DANTAS, Bruno. Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. In: *Revista do advogado*. Ano XXXII. n. 117. São Paulo: AASP, out. 2012, p. 23.

⁴³¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, p. 101; REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial (...). *Op. cit.*, p. 168; CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: *Revista de Processo*. Ano 38. vol. 221. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2013, p. 14.

compreensão do Judiciário a respeito da interpretação da lei e demais atos normativos. São, portanto, essencialmente *precedentes interpretativos* (*supra*, seção 2.5.2.1).⁴³²

Não obstante esse caráter predominantemente persuasivo dos precedentes nos sistemas jurídicos de *civil law*, faz-se necessário referir que a existência de precedentes vinculantes não é a eles de todo estranha, uma vez que, em especial na jurisdição constitucional, vários sistemas jurídicos conferem efeitos vinculantes aos precedentes de suas cortes supremas.⁴³³

É de se ressaltar também que, de forma geral, é possível afirmar que nos países de *civil law* se costuma atribuir maior relevância, em termos de sua eficácia persuasiva, a decisões judiciais que não se apresentem como casos isolados, mas que, ao contrário, estejam inseridas numa linha de entendimentos reiterados no mesmo sentido.

Em outras palavras, a reiteração de decisões em um mesmo sentido (*jurisprudência*) costuma ter maior influência nas decisões futuras do que uma decisão isolada não inserida em um contexto de decisões uniformes e reiteradas,⁴³⁴ embora não se ignore que em muitos casos uma única decisão, ainda que isolada, possa ter grande relevância, como por exemplo as decisões proferidas pelas Cortes de Cassação.

⁴³² SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, pp. 137/138. Nesse sentido, analisando o sistema jurídico alemão, quanto ao ponto, lecionam Robert Alexy e Ralf Dreier que "As in the German system most fields of law are regulated by statutory law, interpretative precedents play a much greater role than precedents substituting statutory law." (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 24).

⁴³³ Assim, por exemplo, na Alemanha (*ibidem*, p. 25), na França, onde a interpretação da lei fixada pelo Conselho Constitucional é vinculante (TROPER, Michel; GRZEGORCZYK. Precedent in France. *Op. Cit.*, p. 117), na Noruega, em que as decisões da Corte Suprema são vinculantes, mesmo fora da jurisdição constitucional (ENG, Svein. Precedent in Norway. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 190), na Polônia (MORAWSKI, Lech; ZIRK-SADOWSKI, Marek. Precedent in Poland. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 224) e, ainda, na Itália, embora com resistência da doutrina, como se observará ao se analisar especificamente o direito italiano (TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997, pp. 154/155).

⁴³⁴ Nesse sentido, a doutrina reconhece maior importância a decisões que se inserem em um contexto de outras decisões no mesmo sentido na Alemanha, onde se fala em *ständige Rechtsprechung* (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 35), na Finlândia (AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. *Op. cit.*, p. 88), na França, onde se dá particular importância à *jurisprudence constante* (TROPER, Michel; GRZEGORCZYK. Precedent in France. *Op. Cit.*, p. 122/123), na Itália, com maior valor à *giurisprudenza costante* ou *consolidata* (TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. *Op. cit.*, p. 161), na Noruega (ENG, Svein. Precedent in Norway. *Op. cit.*, p. 203), na Polônia (MORAWSKI, Lech; ZIRK-SADOWSKI, Marek. Precedent in Poland. *Op. cit.*, p. 241).

De outra parte, a ausência de um sistema de precedentes vinculativos fez florescer nos países de tradição romano-germânica mecanismos variados para assegurar a unidade na interpretação da lei, mediante *unificação ou uniformização da jurisprudência*, vista em geral nesses países como uma "necesidad muy grande".⁴³⁵ Deve-se destacar, para tal fim, a criação de cortes superiores que dão a última palavra, modelo inaugurado na França, com a criação da Corte de Cassação, e seguido por países como Itália, Bélgica e Holanda.⁴³⁶ As decisões das Cortes de Cassação, embora não vinculativas, são dotadas em geral de grande autoridade moral e intelectual ou, quando menos, de grande autoridade hierárquica.⁴³⁷

Importante registrar, por fim, que se caminha para o reconhecimento de uma gradual aproximação entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, cujas influências recíprocas têm acarretado, na família do *common law*, um maior prestígio ao direito legislado,⁴³⁸ ao passo que, nos países de *civil law*, tem-se atribuído crescente valor aos precedentes.⁴³⁹⁻⁴⁴⁰

Assim, a distinção tradicional segundo a qual os sistemas jurídicos do *common law* seriam fundados no precedente, ao passo que os de *civil law* seriam fundados na lei já não se afigura exata, dadas as influências recíprocas entre os sistemas jurídicos e o incremento da importância dos precedentes em todos os ordenamentos modernos, inclusive de *civil law*.⁴⁴¹

⁴³⁵ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. *Op. cit.*, p. 102.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 103.

⁴³⁷ *Ibidem*, pp. 105.

⁴³⁸ "[...] é preciso levar em conta que essa tradicional priorização da *norma judicada*, em contraste com a *norma legislada*, já se vai sensivelmente abrandando na experiência contemporânea da *common law*, enquanto, em contraponto, registra-se uma sensível e crescente revalorização do Direito escrito." (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, p. 211).

⁴³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, p. 270. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Recursos no processo civil inglês. *Op. cit.*, pp. 161/162. Na mesma linha: "O diálogo entre os dois sistemas jurídicos é de há muito inegável, existindo, portanto, influências recíprocas, quanto mais hodiernamente, quando se apercebe uma '*commonlawlização*' no comportamento dos operadores nacionais em face das facilidades de comunicação e pesquisa postas à disposição da comunidade jurídica" (CARNEIRO JUNIOR, Amílcar Araújo. Parâmetros do *common law* (...). *Op. cit.*, p. 50). Ainda sobre o tema: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Temas de Direito Processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007; ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 605/606 e, ainda, GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, pp. 2/11.

⁴⁴⁰ Esta é também a lição de Michele Taruffo, segundo o qual "de um lado, nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita" (No original: "Da un lato, invero, nei sistemi di *civil law* si fa ampio uso del riferimento alla giurisprudenza, mentre nei sistemi di *common law* si fa ampio uso della legge scritta") (TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. *Op. cit.*, p. 8).

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 7.

Nesse contexto, o fenômeno de crescente atribuição de importância aos precedentes nos países de *civil law* tem conduzindo alguns desses países, dentre os quais o Brasil,⁴⁴² a sistemas híbridos, no que se refere à eficácia vinculativa dos precedentes.

Com efeito, no Brasil, conforme será analisado no próximo capítulo, há situações em que os precedentes são vinculantes, como se dá, a título de exemplo, com as decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade.

No presente capítulo serão analisados quatro sistemas jurídicos que nos parecem de fundamental importância, quais sejam, os sistemas português, francês, alemão e italiano. O sistema português é para o Brasil de evidente relevância, dada a ligação histórica mantida com Portugal, desde o período colonial. De outra parte, a França, na medida em que inaugurou, logo após a Revolução, um modelo de Cortes de Cassação, também revela particular interesse. Alemanha e Itália, pela grande influência que exerceram sobre o direito processual civil brasileiro e a última, ainda, por compartilhar muitos dos problemas vivenciados pelo sistema judiciário brasileiro contemporâneo, também merecerão particular atenção.

3.2.1. Os precedentes e a jurisprudência no direito português

O direito português de longa data reconhece importância às decisões judiciais, embora sua história evolutiva tenha sido marcada por uma tensão entre o reconhecimento de algum grau de vinculação a precedentes, de um lado, e o princípio da separação de poderes,⁴⁴³ de outro, do que decorreu uma alternância entre momentos históricos em que efeitos vinculantes eram reconhecidos aos precedentes e outros em que os mesmos lhes eram negados.

Refere a doutrina, ao buscar as raízes da atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes das cortes lusitanas, às *façanhas*, surgidas no século XII, quando Portugal ainda

⁴⁴² CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, p. 111; REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial (...). *Op. cit.*, p. 169.

⁴⁴³ SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza nel diritto portoghese. In: *Rivista de diritto processuale*. Anno LXVII (Seconda Serie), n. 2, marzo-aprile 2012, pp. 409/410. Em doutrina nacional, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 196/201.

era estruturado como um reino,⁴⁴⁴ e que desempenharam no sistema jurídico lusitano, conforme leciona Paula Costa e Silva, um "papel central no desenvolvimento e na criação de preceitos normativos",⁴⁴⁵ em um momento em que a edição de textos legais era incipiente.⁴⁴⁶

As fações, nas palavras de Alfredo Buzaid, citadas por Rodolfo de Camargo Mancuso, constituíam "juízo ou assento que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso que, por autoridade de quem o fez e dos que o aprovaram, fica servindo como de aresto para se imitar, quando outra vez acontecesse".⁴⁴⁷

Deviam as fações ser obrigatoriamente observadas em decisões judiciais que em casos análogos viessem a ser proferidas, e até mesmo por ocasião da edição de textos legislativos. Sua vinculação não se dirigia unicamente ao juiz, mas também ao legislador,⁴⁴⁸ de modo que seu caráter de fonte de direito, em tal contexto, parece inegável.⁴⁴⁹

Com a edição das *Ordenações Manuelinas*, no início do século XVI, as fações foram substituídas pelos *assentos*, posteriormente incorporados pelas *Ordenações Filipinas*, caracterizando-se como enunciados extraídos de julgados proferidos pela *Casa de Suplicação*, corte suprema no sistema judiciário então vigente, nos quais se veiculava interpretação autêntica do texto das Ordenações, a fim de dirimir dúvida existente, sendo tal interpretação

⁴⁴⁴ Nesse sentido, por todos: CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais*. 1. ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 6 e ss. Na doutrina brasileira cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *Op. cit.*, p. 23 e, ainda, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 120 e ss.

⁴⁴⁵ No original: "[...] le fações assunsero quindi un ruolo centrale nello sviluppo e nella creazione dei precetti normativi" (SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza (...). *Op. cit.*, p. 410).

⁴⁴⁶ Em análise da evolução do direito português, anota também Rodolfo de Camargo Mancuso que "já nessas priscas eras podia-se identificar o que viria a se constituir num precedente remoto da uniformização de jurisprudência, a saber, o instituto das *fazañas y albedrios*", oriundo do direito espanhol, que o previa no *Código de las Siete Partidas* (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 219). José Rogério Cruz e Tucci também identifica no direito espanhol a origem do instituto lusitano das fações, ressaltando que, em conformidade com as fontes castelhanas do século XIII, em especial as *Siete Partidas* (1263), a atividade de interpretação das leis do reino era atribuída com exclusividade ao rei, vedando como regra aos juizes o julgamento com base em precedentes, exceto quando consistisse em uma *fazaña real*, precedente ao qual se atribuía força de lei, devendo ser observado quando a situação nele apreciada voltasse a se repetir (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, pp. 120/128).

⁴⁴⁷ BUZOID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. vol. LVIII. Coimbra, 1982, p. 134 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 219.

⁴⁴⁸ SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza (...). *Op. cit.*, p. 410.

⁴⁴⁹ Paula Costa e Silva as qualifica como *fonti privilegiate per la creazione del diritto* (*ibidem*, p. 410).

de observância obrigatória pelas demais instâncias do Judiciário.⁴⁵⁰ Tratava-se, portanto, de "uma disposição normativa de caráter geral e origem jurisprudencial".⁴⁵¹

Na lição de Castanheira Neves, os *assentos* constituem instrumento jurídico característico e original do direito português, que possibilitavam

[...] a um órgão judicial (a um tribunal) de prescrever critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante o enunciado de normas (no sentido estrito de normas gerais, ou de 'preceitos gerais e abstractos'), que, como tais, abstraem (na sua intenção) e se destacam (na sua formulação) dos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, com o propósito de estatuirem para o futuro, de se imporem em ordem a uma aplicação futura.⁴⁵²

Como observa Mancuso, em comentário ao instituto dos assentos, presente nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, "é interessante notar que, naquele texto das Ordenações, restam palpáveis não apenas a ideia da extração de um *julgado paradigma*, como também a de sua *aplicação obrigatória* para os casos pendentes e futuros nele subsumidos".⁴⁵³

Cabe referir que, em virtude da colonização portuguesa, o instituto dos assentos teve aplicação no Brasil durante significativo período, não apenas no Brasil Colônia, mas até a Constituição republicana de 1891, que suprimiu os assentos de nosso ordenamento, vindo estes a serem em certa medida substituídos pelo *prejulgado*, que, embora com diversa conformação, prestava-se ao mesmo fim de uniformizar entendimentos jurisprudenciais.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰*Ibidem*, p. 410. No mesmo sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, pp. 217 e ss; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. vol. 2. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 390.

⁴⁵¹ No original: "Una volta enunciato, l'assento determinava la creazione di una regola normativa di portata generale, di origine giurisprudenziale" (SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza (...). *Op. cit.*, p. 410).

⁴⁵² CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos "assentos" (...)*. *Op. cit.*, pp. 2/4.

⁴⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, p. 223 (itálicos no original).

⁴⁵⁴*Ibidem*, pp. 218 e 223/225. Segundo anota Mancuso, mesmo após a proclamação da independência em 1822, um Decreto de 20/10/1823 estendeu a aplicação no Brasil dos assentos da Casa de Suplicação, o que foi reafirmado posteriormente pelo Decreto 2.684, de 23/10/1875 (que a eles deu força de lei) e pelo Decreto 6.142, de 10/03/1876, aplicação que apenas cessou com a Constituição republicana de 1891, que estabeleceu modelo diverso para uniformização de jurisprudência em seu art. 59, §2º: "nos casos em que houver de aplicar as leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar as leis da União". Ainda em outra passagem, observa o autor que "com o advento da República extinguiu-se a competência do STF para baixar os assentos com força obrigatória, com isso se encerrando um longo ciclo histórico" (*ibidem*, p. 227). Também referindo a edição de assentos no Brasil cf. FERREIRA, Antonio Carlos. *Direito processual civil e súmulas do STJ*. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 19.

Com efeito, com a criação da Casa de Suplicação do Brasil, por meio do alvará de 10/05/1808, foi a esta atribuída a competência para a edição de assentos. A Constituição imperial de 1824 substituiu a Casa de Suplicação do Brasil pelo Supremo Tribunal de Justiça (artigo 163), sem atribuir-lhe tal competência, que foi contudo reintroduzida por meio do Decreto 2.684, de 23/10/1875, regulamentado pelo Decreto 6.142, de 10/03/1876.⁴⁵⁵

Em Portugal, em contrapartida, o cenário quanto à aplicação dos *assentos* mudou no final do primeiro quarto do século XIX, na medida em que a própria Casa de Suplicação, sob o influxo do ideário de separação de poderes advindo da Revolução Francesa e da Revolução Liberal Portuguesa (1820), que resultou na proclamação de uma nova Constituição em 1822, reconheceu sua incompetência para a edição de assentos com caráter normativo geral e vinculante, atuação que passou a ser vista como invasão da esfera reservada ao legislador. Essa a razão pela qual o *Supremo Tribunal de Justiça*, criado em 1833 em substituição à Casa de Suplicação, não teve incluída a edição de assentos no seu rol de competências.⁴⁵⁶

Com a eliminação dos assentos, no entanto, seguiu-se a percepção de que o ambiente jurisprudencial carecia de segurança jurídica, devido à ausência de uma interpretação unívoca e estável do ordenamento jurídico, o que acabou por levar à sua reintrodução, em 1966, por meio do artigo 2º do Código Civil,⁴⁵⁷ que os equiparou a leis de interpretação autêntica e com caráter vinculante.⁴⁵⁸

A reintrodução dos assentos, contudo, reacendeu a discussão acerca de sua constitucionalidade, desenvolvendo-se acirrado debate em doutrina, que contribuiu para que a Corte Constitucional portuguesa, na sentença nº 743, de 28/05/1996, reconhecesse com força vinculante sua inconstitucionalidade, por violação ao artigo 115 da Constituição Portuguesa de 1976, que não relacionava os assentos dentre as fontes do direito.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. In: *Revista de Processo (RePro)*. Ano 38. vol. 220. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2013, p. 408.

⁴⁵⁶ SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza (...). *Op. cit.*, p. 411.

⁴⁵⁷ Art. 2º. Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral.

⁴⁵⁸ SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza (...). *Op. cit.*, pp. 411/412.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, pp. 412/413. Cabe observar que, antes desse acórdão, a Corte Constitucional portuguesa já havia reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 2º do Código Civil na sentença 810/93 e nas sentenças 407 e 410, estas de 1994.

O reconhecimento da inconstitucionalidade dos *assentos*, porém, não levou ao abandono das tentativas de impor algum grau de estabilidade à jurisprudência, mediante utilização de precedentes.

O que fez o legislador português, ao contrário, na reforma de 1995/1996,⁴⁶⁰ foi imprimir um novo matiz ao modelo existente, eliminando regras que atribuíssem aos precedentes um caráter normativo geral e vinculante, mas preservando instrumentos de uniformização de jurisprudência que, na prática, mantinham a importância dos precedentes como instrumento para obtenção de segurança, estabilidade e previsibilidade.⁴⁶¹

Desenvolveu-se, assim, a *revista ampliada*, regulada pelos artigos 732º-A e 732º-B do Código de Processo Civil português de 1961, a qual, na fase de interposição, constitui simples recurso de revista, voltado a atacar a ilegalidade de decisão judicial, mas no momento de julgamento pode ser afetado ao Plenário das Seções Cíveis, a fim de se obter um precedente que consolide a jurisprudência – o que pode se dar independentemente de eventual dissenso jurisprudencial, caso a matéria seja de grande importância -, ou que modifique eventual jurisprudência já sedimentada no Supremo Tribunal de Justiça.⁴⁶²

Este cenário não sofreu alteração, em razão da aprovação do novo Código de Processo Civil português, por meio da Lei nº 41/2013 (CPC/2013), entrado em vigor em 1º de setembro de 2013, eis que este manteve idêntico regramento para o julgamento da *revista ampliada* nos artigos 686º e 687º, cuja redação reproduz os artigos 732º-A e 732º-B do CPC/61.

Outro instrumento presente no direito processual português contemporâneo e que também se volta à preservação da estabilidade da jurisprudência é o *recurso para uniformização de jurisprudência*, previsto inicialmente no artigo 763º do CPC/61 e mantido sem alterações de conteúdo no artigo 688º do Código de Processo Civil de 2013. Tal recurso

⁴⁶⁰ É necessário expor, para compreensão do contexto da reforma, relativamente ao tema dos precedentes, que a Constituição portuguesa de 1976, em seu artigo 281, número 3, estabelece que o reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo com efeitos vinculantes pela Corte Constitucional exige a prolação de três decisões no mesmo sentido, sendo certo que a Corte Constitucional, já em 1993 havia reconhecido a inconstitucionalidade, pela primeira vez, do artigo 2º do Código Civil Português, o que levou o legislador português a, antecipando-se à declaração de inconstitucionalidade com efeitos vinculantes, reformular o regramento dos precedentes na Reforma dos anos de 1995/1996 (*ibidem*, pp. 413/414). O artigo 2º do Código Civil português foi, na reforma portuguesa de 1995, revogado pelo Decreto-lei 329-A/95.

⁴⁶¹ Em linha semelhante: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 61.

⁴⁶² SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza (...). *Op. cit.*, pp. 415/416.

extraordinário⁴⁶³ pode ser manejado nas hipóteses em que uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça contraria anterior decisão transitada em julgado deste mesmo tribunal, buscando o recorrente, por seu intermédio, fazer prevalecer o entendimento pretérito do tribunal, representado pela anterior decisão transitada em julgado.⁴⁶⁴

Por fim, cabe menção à chamada *revista excepcional*, introduzida pela Reforma processual de 2007.

Com esta reforma, o cabimento do recurso de revista passou a contar com um requisito adicional de admissibilidade, a *inexistência de dupla conformidade*. Em outras palavras, não é cabível o recurso de revista quando a decisão de primeiro e de segundo graus são no mesmo sentido, o que se explica pelo desejo do legislador português de que o recurso de revista não se convertesse em um *recurso de terceiro grau*.⁴⁶⁵

O requisito negativo de *inexistência de dupla conformidade* sofreu, no Código de Processo Civil de 2013, uma atenuação, na medida em que antes o recurso era inadmissível *ainda que a manutenção houvesse se dado por diferente fundamento*, sendo que na redação do atual artigo 671º, número 3,⁴⁶⁶ houve uma abertura para o cabimento do recurso nas hipóteses em que a manutenção se dê por *fundamentação essencialmente diferente*. Uma análise mais profunda dessa modificação no tratamento, no entanto, não é de interesse para o fim aqui tratado, na medida em que, a despeito dela, permanece o propósito de restringir a adoção do recurso de revista como uma via de acesso a uma terceira instância recursal.

No entanto, segundo o art. 721º-A, número 1, alínea c, do CPC/61, reproduzido sem alterações no artigo 672º, número 1, alínea c, do CPC/2013, é admissível a interposição de

⁴⁶³ O direito processual civil português classifica os recursos em ordinários e extraordinários (art. 676º, n.2, do CPC/61 e art. 627º, n. 2, do CPC/2013), sendo ordinários os recursos de apelação e de revista e extraordinário o recurso para uniformização de jurisprudência e a revisão. De outra parte, o conceito de trânsito em julgado no direito português está ligado ao cabimento de recursos ordinários. Transita em julgado a decisão não impugnável por recursos ordinários ou, em outras palavras, recursos ordinários são aqueles que *impedem* o trânsito em julgado (art. 677º do CPC/61 e art. 628º do CPC/2013). De outra parte, recursos extraordinários, como o *recurso para uniformização de jurisprudência*, do qual ora se trata, são recursos em face da coisa julgada. A mesma sistematização em recursos ordinários e extraordinário é adotada pela doutrina italiana, ao que se colhe da lição de Arenhart, Marinoni e Mitidiero (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil* (...). *Op. cit.*, p. 505).

⁴⁶⁴ SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza (...). *Op. cit.*, pp. 418/419.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 420.

recurso de revista, *ainda que haja dupla conformidade*, se a decisão do tribunal de segundo grau estiver em contrariedade com anterior decisão de um Tribunal de Apelação ou do próprio Supremo Tribunal de Justiça. É a figura da assim denominada *revista excepcional*.⁴⁶⁷

É de se ver, portanto, que, embora não haja no direito português contemporâneo, desde o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 2º do Código Civil e sua superveniente revogação pelo Decreto-Lei nº 329-A/95, um modelo de precedentes vinculantes,⁴⁶⁸ os precedentes continuam a exercer o importante papel de conferir estabilidade e previsibilidade jurídicas, havendo no direito positivo instrumentos voltados à realização desses objetivos.

3.2.2. Os precedentes e a jurisprudência no direito francês

Como exposto, o pensamento de Montesquieu contribuiu de forma decisiva para a formação do arcabouço ideológico da Revolução Francesa, no qual se inseria o reconhecimento da lei como única fonte do direito, na medida em que era a exata *expressão da vontade geral*, não cabendo ao Judiciário sobre ela desenvolver qualquer atividade interpretativa. Ao juiz cabia unicamente revelar qual era o direito das partes, a partir de um raciocínio de simples subsunção dos fatos ao que dispunha a lei. A atividade interpretativa era vedada ao juiz, por atentatória à atividade legislativa e causa de insegurança jurídica.

Esse modelo de *juiz boca da lei*, na consagrada expressão de Montesquieu, bem como a vedação ao exercício de qualquer atividade interpretativa por parte daquele, que decorria também da ideia de que a lei seria suficientemente *precisa e completa*, com um grau de exatidão semelhante ao das leis naturais, foi confrontado com a realidade prática de que nem sempre a lei se apresentava clara o suficiente para proporcionar, em todos os casos, uma solução por um raciocínio de mera subsunção.

⁴⁶⁶ Art. 671º, 3. Sem prejuízo dos casos em que o recurso é sempre admissível, não é admitida revista do acórdão da Relação que confirme, sem voto de vencido e sem fundamentação essencialmente diferente, a decisão proferida na 1ª instância, salvo nos casos previstos no artigo seguinte.

⁴⁶⁷ SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza (...). *Op. cit.*, pp. 420/421.

⁴⁶⁸ Essa afirmação não inclui as decisões do Tribunal Constitucional, que são vinculantes, na forma do artigo 281, número 3, da Constituição Portuguesa, já referido ("O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com

Desta forma, desde muito cedo sentiu-se a necessidade de se instituir mecanismos para fixação de uma *interpretação da lei* e, em momento subsequente, para impor *uniformidade a esta interpretação*.

Num primeiro momento, introduziu-se, pela Lei Revolucionária de agosto de 1790, o chamado *référé legislatif* facultativo, instrumento por meio do qual os juízes, sempre que se deparassem com uma situação em que a lei não provia uma solução claramente identificável segundo um raciocínio subsuntivo, dirigiam-se ao Parlamento, consultando-o acerca da interpretação a ser dada à lei em determinado caso sob julgamento.⁴⁶⁹

Pouco tempo depois, em novembro de 1790, caminhou-se para a criação de um órgão autônomo cuja finalidade era controlar, de um lado, a realização de prévia consulta ao Parlamento por meio do *référé legislatif* facultativo e, de outro, o respeito à interpretação dada pelo Parlamento em resposta à consulta efetuada. Surge, assim, a Corte de Cassação, cujas atividades se iniciariam em abril de 1791, e que num primeiro momento se restringiam a afastar decisões judiciais que interpretassem a lei, sem prévia consulta ao Parlamento, ou desconsiderassem o resultado da consulta formulada, sem, contudo, fixar ou determinar como a lei deveria ser interpretada. Era originalmente, como acentuou Marinoni, um órgão que tutelava o princípio da separação de poderes, impedindo que o Judiciário, por meio da atividade interpretativa, interferisse na atividade legislativa.⁴⁷⁰

A decisão da Corte de Cassação, no entanto, não era de observância obrigatória para os órgãos jurisdicionais (na medida em que a independência destes na sua atuação, que seria submetida unicamente à lei, era também uma preocupação inerente à separação de poderes), do que decorria a possibilidade de estes voltarem a conferir interpretação à lei, apesar da decisão da Corte de Cassação, dando ensejo a uma nova atuação cassacional, que poderia ser igualmente ignorada, num ciclo que apenas se interrompia pela previsão de que, ao ensejo da terceira provocação da Corte de Cassação, esta consultasse o Legislativo acerca da interpretação a ser dada à lei, o que ficou conhecido como *référé legislatif* obrigatório, cuja resposta seria, então, de observância obrigatória pelo Judiciário e pela Corte de Cassação.⁴⁷¹

força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos").

⁴⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Op. cit.*, pp. 32/33.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁷¹ *Ibidem*, pp. 37/41.

Essa sistemática de atuação logo se revelaria impraticável, de forma que o *référé législatif* facultativo seria abandonado com o Código Napoleônico (1804),⁴⁷² passando a Corte de Cassação a assumir uma nova feição, em especial após a Lei de 1º de abril de 1837, em que não mais se limitava a cassar decisões judiciais que interpretassem a lei em desconformidade com a *interpretação autêntica* do Legislativo (que não mais seria invocável), passando então, na ausência desta, a *fixar a exata interpretação da lei e a zelar pela uniformidade dessa interpretação*,⁴⁷³ cuja observância seria obrigatória no caso em que proferida, embora não vinculasse os tribunais ordinários, quando de julgamentos futuros.⁴⁷⁴

Assim, sedimentou-se na França, ao longo de sua evolução histórica, a concepção de que as decisões judiciais, mesmo aquelas oriundas da Corte de Cassação, não têm efeitos vinculantes em relação a julgamentos futuros, de forma que a expressão *precedente*, na França, não é utilizada no sentido de uma decisão vinculante, não havendo sequer a prática de citação de decisões judiciais no discurso judiciário, ante a vedação de que uma decisão judicial se baseie exclusivamente em precedentes.

Estreitamente relacionada a essa concepção está a regra contida no artigo 5º do Código Civil francês,⁴⁷⁵ que veda ao juiz estabelecer normas gerais para o futuro, quando do julgamento de um caso. Não lhe é permitido ir além dos fatos sob julgamento, para criar regras voltadas a predeterminar o resultado de casos futuros entre litigantes diversos daqueles em relação aos quais o caso é decidido. Veda-se ao Judiciário emitir o que a doutrina denomina *arrêts de règlement*, julgados com caráter de regulamentação geral.⁴⁷⁶

Assim, as decisões judiciais, sobretudo as decisões da Corte de Cassação, exercem apenas uma função orientadora não obrigatória para o futuro, de forma que as cortes inferiores, embora sigam em geral o que decide a Corte de Cassação, não estão obrigadas a

⁴⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o "sentido exato da lei" (...). *Op. cit.*, p. 732.

⁴⁷³ *Idem*. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Cit.*, pp. 43/45.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, pp. 49/51.

⁴⁷⁵ Article 5. Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

⁴⁷⁶ STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 24/25.

tanto.⁴⁷⁷ Em outras palavras, as decisões judiciais têm uma projeção apenas *persuasiva*, mas não *vinculante*, sobre decisões futuras a respeito do tema decidido.

A adstrição do discurso judiciário à lei ainda é muito forte no sistema jurídico francês, de forma que, não só inexistente o efeito vinculante das decisões judiciais (mesmo em relação às decisões da Corte de Cassação), como considera-se inválida uma decisão que invoque, como fundamentação, uma decisão judicial anterior na pressuposição de que sua observância é obrigatória. Uma decisão judicial fundamentada exclusivamente em precedentes é considerada uma decisão sem fundamentação e, portanto, ilegal, por desatender à exigência geral de motivação contida no artigo 455 do Código de Processo Civil francês.⁴⁷⁸⁻⁴⁷⁹

A despeito da ausência de vinculação formal e das restrições impostas pela legislação à sua utilização no discurso judiciário, reconhece-se na França uma *importância e uma influência de fato* nas decisões judiciais, sobretudo naquelas oriundas de órgãos jurisdicionais que ocupem posição mais elevada na estrutura judiciária, como é o caso da Corte de Cassação, em especial quando essas decisões são tomadas pelos tribunais em sua composição plenária e não por órgãos fracionários. Maior relevância é atribuída ainda às decisões judiciais, no plano fático, quando estas se inserem numa linha ou série de decisões uniformes, o que denominam de *jurisprudence constante*.⁴⁸⁰

3.2.3. Os precedentes e a jurisprudência no direito alemão

⁴⁷⁷ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, pp. 111/115.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 115. Algum questionamento a esta assertiva pode ser feito em relação às decisões do Conselho Constitucional, no tocante à fixação da interpretação de uma lei em relação à Constituição, cuja observância é obrigatória, à luz do que dispõe o artigo 62 da Constituição francesa (*ibidem*, pp. 116/117). Com efeito, Eva Steiner aponta como uma exceção à regra da ausência de vinculação a precedentes as decisões proferidas pelo *Conseil Constitutionnel*, que em conformidade com o artigo 62 da Constituição francesa, seriam vinculantes para "todas as autoridades governamentais, administrativas e judiciais" (STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France. *Op. cit.*, p. 26).

⁴⁷⁹ Art. 455. Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé (Em tradução livre: Art. 455. O julgamento deve expor sucintamente as respectivas alegações das partes e os seus fundamentos. Esta exposição pode se revestir da forma de uma referência aos pedidos das partes com a indicação de suas datas. O julgamento deve ser motivado").

⁴⁸⁰ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, pp. 119/123. Segundo Troper e Grzegorzcyk, nas páginas citadas, mesmo uma única decisão da Corte de Cassação acerca de um determinado tema pode ser reconhecida, na atualidade, como *jurisprudence constante*.

Não obstante o sistema jurídico alemão pertença à família do *civil law*, não apresentando, salvo algumas exceções, uma obrigatoriedade legal de observância de precedentes,⁴⁸¹ por razões culturais o respeito aos precedentes e à jurisprudência é, na Alemanha, muito elevado, sendo usual que cortes inferiores se alinhem à orientação firmada nas cortes superiores, bem como que estas sejam bastante cautelosas ao proceder ao afastamento de entendimentos consolidados.⁴⁸²

Dentre as hipóteses em que os precedentes irradiam efeitos vinculantes, destaca-se a jurisdição constitucional, exercida com exclusividade, em âmbito federal, pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), eis que o §31 de sua lei fundamental (*BVerfGG*) estabelece que suas decisões são vinculantes *para todos os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados, assim como para todos os tribunais e autoridades, assumindo, especialmente quando declara inválida uma lei, força de lei (Gesetzeskraft)*.⁴⁸³

O Tribunal Constitucional Federal entendeu, contudo, que ele próprio não está vinculado a seus precedentes (não há uma *vinculação horizontal*), sendo possível proceder, quando necessário, a uma modificação em sua jurisprudência, bem como entendeu que o Poder Legislativo (apesar de alguma hesitação quanto ao tema) também não está adstrito aos precedentes em matéria constitucional, a ponto de se considerar impedido de editar um ato com idêntico teor ao de outro declarado inconstitucional.⁴⁸⁴

Nos demais casos, fora da jurisdição constitucional, os precedentes ordinariamente não se revestem de força vinculante, mas ainda assim têm grande relevância, haja vista que, como observado, há uma forte cultura de respeito aos precedentes e *as cortes inferiores usualmente*

⁴⁸¹ Há registros, porém, de que no período anterior à unificação alemã, vários Estados tiveram leis que atribuíram efeitos vinculantes às decisões dos tribunais, como é o caso dos Estados de Hessen-Kassel e de Hessen-Darmstadt, que respectivamente nos anos de 1746 e 1777 impuseram aos tribunais de apelação a obrigatoriedade de observar os próprios precedentes, que só poderiam ser abandonados pela atuação do legislador e, ainda, da Baviera, onde o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* impôs a observância dos precedentes do Tribunal Supremo, situação também presente no Estado de Sachsen-Weimar entre os anos de 1816 e 1831 (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 78/80). Robert Alexy e Ralf Dreier informam, ainda, que no Reino de Hannover foi editada uma lei, em 1838, conferindo eficácia vinculante às decisões da Suprema Corte, cuja vigência foi de apenas dez anos (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. *Op. cit.*, p. 32).

⁴⁸² KERN, Christoph A. *The respect for court decisions in german law*. *Op. cit.*, p. 145.

⁴⁸³ São de observância obrigatória, por lei, os precedentes relativos à validade de atos normativos infralegais (§47 *VwGO*), algumas decisões do Tribunal Constitucional Federal (§31, (1) e (2), *BVerfGG*) e dos Tribunais Constitucionais Estaduais, neste último caso quando disserem respeito a direito estadual (*ibidem*, p. 144; ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. *Op. cit.*, pp. 25/26).

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 27.

*seguem os precedentes das cortes superiores, e advogados e autoridades administrativas tendem a lidar com os precedentes de forma similar ao tratamento que conferem à lei,*⁴⁸⁵ o que contribui para um alto grau de estabilidade na jurisprudência dos tribunais alemães.

A importância atribuída aos precedentes é acentuada quando estes não se apresentam como decisões isoladas, mas evidenciam *uma tendência estável quanto a uma linha de decisão (ständige Rechtsprechung)*, ou seja, quando a sua reiteração permite identificar uma jurisprudência estável e duradoura acerca da questão jurídica decidida, sinalizando que os tribunais dela não se afastarão.⁴⁸⁶

Essa preocupação com a estabilidade e com a continuidade da jurisprudência se manifesta inclusive do ponto de vista procedimental, com especial destaque para a existência de um órgão próprio para a uniformização da jurisprudência das diferentes Justiças em que se organiza o Poder Judiciário alemão, o *Painel Comum das Supremas Cortes Federais (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichte des Bundes)*.

O Poder Judiciário alemão é organizado em cinco diferentes Justiças e cada uma delas tem em sua estrutura um tribunal superior. Assim, a Justiça Comum ou Ordinária (*ordentliche Gerichtsbarkeit*) tem como órgão de cúpula o Tribunal Superior Federal (*Bundesgerichtshof*), a Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*) tem como órgão máximo o Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), a Justiça do Trabalho (*Arbeitsgerichtsbarkeit*) tem o Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), a Justiça Social (*Sozialgerichtsbarkeit*) tem o Tribunal Social Federal (*Bundessozialgericht*) e, por fim, a Justiça Fiscal (*Finanzgerichtsbarkeit*) tem o Tribunal Fiscal Federal (*Bundesfinanzhof*).⁴⁸⁷

Quando qualquer desses tribunais superiores pretende divergir do entendimento adotado por outro tribunal superior, relativamente à interpretação de um mesmo ato normativo, necessariamente deve submeter a divergência ao órgão comum de todos os

⁴⁸⁵*Ibidem*, p. 27.

⁴⁸⁶*Ibidem*, pp. 35 e 50.

⁴⁸⁷*Ibidem*, pp. 17/18. Para uma análise detalhada da organização judiciária alemã cf. HORBACH, Carlos Bastide; HORBACH, Beatriz Bastide. A organização judiciária alemã. In: *Revista de processo*. Ano 38. vol. 226. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2013, pp. 323/345.

tribunais superiores, o *Painel Comum das Supremas Cortes Federais*, como forma de assegurar a unidade na interpretação e na aplicação da lei em todas as Justiças.⁴⁸⁸

Para que se possa ilustrar o nível de estabilidade da jurisprudência alemã, é de se destacar que levantamento estatístico realizado junto ao Tribunal Constitucional Federal revelou que entre 1951 e 1997 foram proferidas aproximadamente três mil e quinhentas decisões, das quais apenas nove representaram uma modificação na jurisprudência.⁴⁸⁹

O professor Christoph Kern aponta, como possíveis explicações para este fenômeno, dentre outras, uma educação acadêmica orientada para a resolução de casos, o que “resulta em juízes e advogados que levam os precedentes muito a sério”,⁴⁹⁰ a forma de organização da carreira na magistratura, em que o índice de reforma das decisões judiciais tem um peso importante na progressão funcional do juiz,⁴⁹¹ a responsabilidade dos advogados, em situações em que seus clientes sofrem prejuízos em razão de uma consultoria ou litígio que não estejam alinhados aos precedentes dos tribunais e a responsabilidade do servidor público, “quando sua interpretação está em contradição com a jurisprudência consolidada nas cortes de última instância”⁴⁹² e, ainda, o fato de ser reconhecido pela cultura jurídica alemã que o papel do Judiciário é preservar a estabilidade e a segurança jurídica, cabendo ao Legislativo a implementação de mudanças sociais.⁴⁹³

Os aspectos culturais mencionados, dentre outros expostos pelo professor Christoph Kern e que aqui não foram reproduzidos, contribuem para a compreensão do elevado respeito aos precedentes e à continuidade da jurisprudência na Alemanha, a despeito de serem poucos os casos em que há legalmente uma obrigatoriedade de sua observância.

⁴⁸⁸ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, pp. 31/32. Não é por outra razão que Alexy e Dreier, comentando tal procedimento, afirmam que este evidencia “que os precedentes - apesar da ausência de vinculação formal - são levados a sério na Alemanha sob o aspecto da unidade ou coerência na administração da Justiça” (Tradução livre do original: “These procedural regulations show that precedents - in spite of their missing formal bindingness - are taken rather seriously in Germany under the aspect of unity or coherence in the administration of justice”)(*ibidem*, p. 32).

⁴⁸⁹ KERN, Christoph A. The respect for court decisions in german law. *Op. cit.*, p. 145.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, pp. 147/150.

⁴⁹¹ *Ibidem*, pp. 151/152.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 154. Robert Alexy e Ralf Dreier, na mesma linha, também apontam a responsabilidade civil dos advogados por danos sofridos por seus clientes, em razão da inobservância nos litígios em que os representam dos precedentes, como um dos fatores que contribuem para a estabilidade da jurisprudência (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 31).

⁴⁹³ KERN, Christoph A. The respect for court decisions in german law. *Op. cit.*, pp. 155/156.

Sidnei Beneti, comentando a estabilidade da jurisprudência alemã, a despeito da inexistência de uma regra geral de vinculação, considera de grande relevância a forma como restaram estruturados os tribunais superiores na Alemanha, que possuem elevado nível de especialização por temas de direito material e de direito processual, de maneira que não se encontram órgãos fracionários com competência concorrente, o que minimiza de forma significativa a prolação de julgados conflitantes acerca de um mesmo tema.⁴⁹⁴

Por fim, cabe registrar que, na medida em que a Alemanha é um país de tradição romano-germânica, a produção legislativa nos mais variados campos do direito é bastante significativa, de forma que os *precedentes interpretativos* se apresentam mais frequentes do que os *precedentes integrativos*, embora estes últimos possam apresentar relevância mais acentuada em determinados ramos do direito, como, por exemplo, no direito do trabalho.⁴⁹⁵

3.2.4. Os precedentes e a jurisprudência no direito italiano

A Itália é um país ligado à cultura do *civil law*, de forma que não é de sua tradição a utilização de precedentes vinculantes, nos moldes encontrados nos países de *common law*, em razão da doutrina do *stare decisis* nestes adotada. Um efeito vinculante, em certo sentido, pode ser reconhecido às decisões da Corte Constitucional (*Corte Costituzionale*) que declaram a inconstitucionalidade de uma lei, como adiante se comentará.⁴⁹⁶

Embora haja, nos ordenamentos anteriores à unificação italiana, registro de precedentes com caráter vinculante na Toscana (século XVII), no Reino de Nápoles (séculos XV e XVI), nos Estados Sardos (1729-1837), em Piemonte e na Savóia (1729),⁴⁹⁷ a adoção de precedentes vinculantes foi abandonada após a unificação, havendo a Itália optado pela busca de uma uniformização da jurisprudência por meio do *recurso de cassação (ricorso per cassazione)*, em moldes semelhantes ao adotado na França.

⁴⁹⁴ BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes (...). *Op. cit.*, pp. 477/478.

⁴⁹⁵ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, pp. 24/25.

⁴⁹⁶ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. *Op. cit.*, p. 151 e 155.

⁴⁹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, pp. 79/80.

Com efeito, após a unificação italiana em 1861, foram criadas Cortes de Cassação *Regionais*, as quais, em 1923, foram reunidas em uma única Corte de Cassação, sediada em Roma, e à qual foi atribuída a função de *controlar a aplicação uniforme da lei* em todo o país, embora suas decisões fossem desprovidas de efeitos vinculantes.⁴⁹⁸ Como acentuou Taruffo, na Itália, embora sem atribuição de efeitos vinculantes, vem sendo buscado um fortalecimento do papel dos precedentes e da jurisprudência, sob condução da Corte de Cassação.⁴⁹⁹

Nessa linha, o Código de Processo Civil italiano prevê a recorribilidade das decisões dos tribunais de apelação, pela via do *recurso de cassação*, dentre outras hipóteses, naquela em que a decisão recorrida *violar ou der falsa aplicação a normas de direito*,⁵⁰⁰ hipótese em que à Corte de Cassação caberia unificar a aplicação da lei.

A fim de que essa missão de *uniformização da interpretação da lei* e de *conferir unidade ao direito nacional* pudesse ser exercida de forma mais ágil, introduziu-se previsão, na hipótese ora tratada, de interposição do recurso de cassação *per saltum*,⁵⁰¹⁻⁵⁰² ou seja, diretamente do juízo de primeiro grau para a Corte de Cassação, desde que as partes estejam de acordo com a supressão da instância intermediária, circunstância de rara ocorrência, consoante dão notícia Michele Taruffo e Massimo La Torre.⁵⁰³

Por fim, buscando reforçar o papel do recurso de cassação, como instrumento de uniformização da interpretação da lei e não apenas de correção da decisão proferida no caso concreto, em 2009 foi introduzido um *filtro*⁵⁰⁴ que permitiu inadmiti-lo nas hipóteses em que

⁴⁹⁸ Como leciona Michele Taruffo, o artigo 65 do *Ordinamento Giudiziario (Regio Decreto 30 gennaio 1941, n. 12)* dispõe que é missão da Corte de Cassação assegurar "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge", bem como "l'unità del diritto oggettivo nazionale" (TARUFFO, Michele. *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 929).

⁴⁹⁹ TARUFFO, Michele. *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*. *Op. cit.*, p. 930.

⁵⁰⁰ Le sentenze definitive pronunciate in grado d'appello o in unico grado, escluse quelle del conciliatore, possono essere impugnate con ricorso per cassazione:

[...]

3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto;

⁵⁰¹ Art. 360 [...]

[...]

Puo' inoltre essere impugnata con ricorso per cassazione una sentenza appellabile del tribunale, se le parti sono d'accordo per omettere l'appello; ma in tal caso l'impugnazione puo' proporsi soltanto per violazione o falsa applicazione di norme di diritto.

⁵⁰² Segundo Sidnei Agostinho Beneti, mecanismo semelhante existe na Argentina (BENETI, Sidnei Agostinho. *Doutrina de precedentes (...)*. *Op. cit.*, p. 480).

⁵⁰³ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. *Op. cit.*, p. 142.

⁵⁰⁴ TARUFFO, Michele. *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*. *Op. cit.*, p. 930. Para uma análise, em doutrina brasileira, da reforma processual italiana de 2009, em especial da reforma do recurso de cassação, cf.

a decisão recorrida deu à questão de direito solução conforme à consagrada na jurisprudência da Corte de Cassação, sem que nas razões recursais tenham sido apresentadas razões suficientes para impor uma modificação na orientação adotada pela Corte.⁵⁰⁵

É de se ressaltar, porém, que apesar de a Itália ter seguido um modelo de uniformização de jurisprudência assemelhado ao francês, instituindo uma corte com finalidade específica de uniformizar a interpretação da lei, há uma diferença significativa na forma como as decisões da Corte de Cassação são tratadas no discurso judiciário em cada um dos países, embora estas não sejam formalmente vinculantes em nenhum dos dois.

Na França, as decisões da Corte de Cassação, embora ordinariamente observadas pelas instâncias inferiores, raramente ingressam no discurso judiciário, ante a restrição que o ordenamento jurídico francês impõe à utilização de precedentes na fundamentação de decisões judiciais, conforme observado na seção 3.2.2.

A situação é diversa na Itália, que neste ponto em muito se assemelha ao Brasil, sendo as decisões judiciais amplamente referidas na fundamentação de sentenças e acórdãos, a ponto de Taruffo e La Torre afirmarem que "não há dúvida de que os precedentes são na atualidade de longe *o mais importante* material justificatório usado nas decisões judiciais".⁵⁰⁶

A importância dada às decisões judiciais na Itália é ainda maior quando estas se inserem numa sequência de decisões no mesmo sentido, ou seja, quando formam jurisprudência ou, como refere Michele Taruffo, *giurisprudenza costante* ou *consolidata*.⁵⁰⁷

No entanto, apesar da grande atenção dedicada pelo legislador ao *recurso de cassação* como um instrumento para a uniformização de jurisprudência, bem como de todo o prestígio

BODART, Bruno Vinícius da Rós; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana - sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 52/57.

⁵⁰⁵ Art. 360-bis. Il ricorso e' inammissibile:

1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa;

⁵⁰⁶ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. *Op. cit.*, p. 153 (itálico no original).

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 161.

de que as decisões oriundas da Corte de Cassação gozam na prática judiciária, a doutrina italiana refere um cenário de grande dispersão jurisprudencial.⁵⁰⁸

A síntese de Michele Taruffo e Massimo La Torre a respeito da inconstância na jurisprudência da Corte de Cassação é muito significativa e, pela similaridade com a situação encontrada no Superior Tribunal de Justiça brasileiro, conforme será objeto de análise no quinto capítulo, merece transcrição na íntegra:⁵⁰⁹

[...] A Suprema Corte não segue seus próprios precedentes, exceto quando pareça que repetir a mesma solução para a mesma questão legal seja justo e correto, ou ainda confortável. A corte não se sente vinculada a seguir, ou mesmo a levar em conta, seus próprios precedentes. Conflitos na jurisprudência da corte são extremamente frequentes; conflitos entre diferentes câmaras da corte são frequentes; mesmo conflitos entre diferentes painéis da mesma câmara existem. Algumas vezes, o painel especial da corte tenta resolver esses conflitos, mas os julgamentos realizados pelo painel especial não podem ser formalmente vinculantes nem mesmo para as câmaras da própria corte. Desta forma ocorre algumas vezes que um precedente estabelecido pelas Seções Unidas não seja seguido pelas câmaras ordinárias da corte. De outro lado, mesmo as Seções Unidas não se sentem vinculadas por seus próprios precedentes, e estes frequentemente mudam de orientação.

De outra parte, além da Corte de Cassação, há outro órgão de cúpula cuja referência se faz necessária, qual seja, a Corte Constitucional (*Corte Costituzionale*), introduzida pela Constituição de 1948, tendo entrado em atividade apenas no ano de 1957 e à qual cabe realizar o controle de constitucionalidade das leis, impondo-se aos juízes das instâncias inferiores, sempre que se depararem com uma questão constitucional, suspenderem o processo, a fim de remeter à Corte Constitucional a questão constitucional controvertida.⁵¹⁰

Como acima referido, a única hipótese em que se pode dizer que uma decisão judicial produz efeitos vinculantes é aquela em que a Corte Constitucional reconhece a

⁵⁰⁸ TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza. Op. cit.*, pp. 17/20. Comentando a situação da Corte de Cassação italiana, cf., na doutrina brasileira, BENETI, Sidnei Agostinho. *Doutrina de precedentes (...). Op. cit.*, p. 479 e, ainda, MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes. Op. cit.*, pp. 54/55.

⁵⁰⁹ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy. Op. cit.*, p. 163. Tradução livre do original: "The supreme court does not follow its own precedents, except when it seems that repeating the same solution of the same legal issue is just and correct, or even comfortable. The court does not feel bound to follow, or even take into due account, its own precedents. Conflicts in the case law of the court are extremely frequent; conflicts among different chambers of the court are frequent; even conflicts among different panels of the same chamber exist. Sometimes the special panel of the court tries to solve such conflicts, but the judgments delivered by the special panel cannot be formally binding even for the chambers of the court itself. Therefore it happens sometimes that a precedent set by the Sezioni Unite is not followed by the ordinary chambers of the court. On the other hand, even the Sezioni Unite do not feel bound by their own precedents, and these often change orientation".

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 143.

inconstitucionalidade de uma lei. Nessa única hipótese, há formalmente um dever de observância do quanto decidido, quando da apreciação de casos supervenientes em que a questão constitucional venha a ser novamente aventada.

Cabe observar, contudo, que há certa resistência na doutrina, mesmo nesses casos, em se reconhecer a existência de um *efeito vinculante formal*. Afirma-se que, em verdade, a decisão da Corte Constitucional que declara a inconstitucionalidade de uma lei teria efeito abrogatório, retirando a lei do ordenamento jurídico, razão pela qual em casos subsequentes esta lei não pode ser aplicada. Essa observância da declaração de inconstitucionalidade nos casos subsequentes ocorreria pelo simples fato de que a lei não mais existe, e não porque estariam as Cortes subsequentes vinculadas à decisão. Em suporte a esta afirmativa, refere-se que as decisões da Corte Constitucional que reconhecem a *constitucionalidade* de uma lei não têm efeito vinculante, servindo como precedente persuasivo, embora de significativa importância, dada a posição da Corte na estrutura judiciária.⁵¹¹

⁵¹¹*Ibidem*, pp. 154/155.

4. O DIREITO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

4.1. Considerações iniciais

Discutido o papel dos precedentes e da jurisprudência nos sistemas jurídicos contemporâneos, tanto sob uma perspectiva geral (capítulo segundo), quanto a partir da análise de alguns sistemas jurídicos especificamente considerados (capítulo terceiro), faz-se necessário aprofundar a abordagem do direito jurisprudencial no Brasil, haja vista que a análise do fenômeno das modificações na jurisprudência aqui presente, bem como a elaboração de propostas na tentativa de contribuir para o aperfeiçoamento de seu regramento, não podem prescindir da consideração das peculiaridades do sistema jurídico brasileiro.

Como exposto, a expressão *direito jurisprudencial*, no sentido a ela atribuído neste trabalho (seção 2.3 *supra*), faz referência ao conjunto de regras e princípios jurídicos albergados por um determinado sistema jurídico e voltados à própria disciplina da produção jurídica pelo Poder Judiciário e à regulação dos efeitos que esta projeta sobre a atividade jurisdicional, de forma que se faz também necessário desenvolver uma análise do tema sob uma perspectiva doméstica, em sua concreta manifestação no sistema jurídico brasileiro.

Não é suficiente e nem adequada, portanto, a simples transposição de conceitos e institutos elaborados em outras culturas jurídicas (tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *overruling* e outros), sem empreender uma análise prévia do sistema processual brasileiro, a fim de promover as adaptações necessárias à sua harmônica incorporação ao nosso direito jurisprudencial.

Apropriada, no ponto, a advertência de Evaristo Aragão Santos, no sentido de que é preciso analisar os precedentes (o mesmo vale para a jurisprudência e os enunciados de súmula) *a partir de nossa realidade e para a nossa realidade*.⁵¹²

⁵¹² SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, pp. 137/140.

Nessa ordem de ideias, uma primeira observação, a partir de uma visão panorâmica do sistema processual brasileiro, é que, diferentemente da generalidade dos sistemas jurídicos, o direito jurisprudencial no Brasil opera em três planos distintos. Além dos já referidos planos do *precedente* e da *jurisprudência* (*supra*, seção 2.4), pode-se agregar um terceiro plano, próprio da tradição jurídica nacional, qual seja, o *plano das súmulas* ou *dos enunciados de súmula*. Sobre estes três institutos - *precedentes*, *jurisprudência* e *enunciados de súmula* - está estruturado o direito jurisprudencial no Brasil.

Cabe mais uma vez consignar que os conceitos de precedente e de jurisprudência não se confundem, havendo entre eles uma *distinção de natureza quantitativa* (*supra*, seção 2.7), referindo-se o termo precedente a uma *decisão individualizada*, ao passo que o termo jurisprudência reflete uma *ideia de conjunto*.⁵¹³

Essa distinção entre *precedente* e *jurisprudência* e, conseqüentemente, entre os planos do *precedente* e da *jurisprudência*, vem adquirindo nitidez no direito processual brasileiro, à medida em que as reformas legislativas pelas quais este vem passando incorporam institutos e técnicas que atuam ora em um plano, ora no outro.

Como se observará nas seções que se seguirão, há no direito processual brasileiro situações em que uma única decisão judicial ou um único precedente tem grande importância, ainda que isoladamente considerado, não se fazendo necessário que outras decisões em igual sentido tenham sido proferidas para que dele se extraiam relevantes conseqüências para a própria produção jurídica no Poder Judiciário.

Assim, por exemplo, com a sistemática dos recursos especiais repetitivos, no âmbito do STJ, e com a introdução do requisito da repercussão geral para os recursos extraordinários, parece claro que um único acórdão do STF ou do STJ pode definir uma questão jurídica, de cunho constitucional ou infraconstitucional, conforme o caso, não se exigindo uma reiteração de julgados daquelas cortes, para que importantes efeitos sejam irradiados sobre futuras decisões do Poder Judiciário acerca dos temas decididos.

⁵¹³*Ibidem*, p. 143.

Em outras palavras, as técnicas dos recursos especiais repetitivos e da repercussão geral atuam no *plano dos precedentes* e não no *plano da jurisprudência*, embora, como adiante se referirá, possam ser qualificados como *precedentes que uniformizam a jurisprudência* ou, na feliz expressão de Daniela Pereira Madeira, *precedentes uniformizadores de jurisprudência*.⁵¹⁴

O que não parece adequado, contudo, é afirmar que a *jurisprudência*, num sentido técnico, pode se constituir de *uma única decisão*,⁵¹⁵ pois isso implica desconsiderar a distinção que a doutrina tem se esforçado por estabelecer entre os termos *jurisprudência* e *precedente*. Daí porque é preferível falar em *precedentes uniformizadores de jurisprudência* e não propriamente em *jurisprudência constituída por uma única decisão*.

Em contrapartida, há situações outras em que o sistema processual brasileiro não confere importância a decisões isoladas, mas ao conjunto de decisões harmônicas a respeito de um determinado tema, a *jurisprudência*, muitas vezes agregando qualificativos como *dominante*, *predominante* ou *pacífica*, e dela igualmente extraindo relevantes efeitos.

É de se advertir, contudo, que a distinção entre precedente e jurisprudência, embora gradativamente incorporada ao nosso ordenamento jurídico, nem sempre nele se reflete de maneira técnica, registrando-se casos em que a palavra *jurisprudência* é utilizada com um conteúdo mais amplo do que a acepção técnica do termo permite, incluindo não só uma *reiteração de julgados*, mas também um *único julgado*, ou seja, um *precedente*.

Exemplo dessa deficiência técnica se verifica na redação do artigo 557 do CPC/73, ao tratar do julgamento monocrático de recursos pelo relator, que, ao se referir à *jurisprudência dominante* do próprio tribunal, do STF ou de tribunal superior, está em descompasso com a evolução sistemática do direito jurisprudencial no Brasil, na medida em que, com a introdução da sistemática dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, não se afigura razoável exigir uma reiteração de julgados destas cortes no mesmo sentido. Um *único precedente uniformizador de jurisprudência* é suficiente para autorizar o julgamento monocrático.

⁵¹⁴MADEIRA, Daniela Pereira. O novo enfoque dado à jurisprudência e a sociedade moderna. *Op. cit.*, p. 335.

⁵¹⁵ Com afirmativa na linha aqui criticada, cf., a título exemplificativo, MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 351.

Essa, aliás, foi a linha adotada pelo CPC/2015, que superou a impropriedade técnica do artigo 557 do CPC/73 e, ao regular no artigo 932⁵¹⁶ as hipóteses de julgamento monocrático pelo relator, claramente manifestou uma opção por trabalhar exclusivamente no *plano dos precedentes* e no *plano das súmulas*, sem incursão pelo plano da jurisprudência, afastando a imprecisão conceitual de que se revestia o regramento do artigo 557.⁵¹⁷

Idêntica crítica pode ser feita ao parágrafo único do artigo 120 e ao artigo 527, I, ambos do CPC/73, que também se referem apenas à *jurisprudência dominante*, ignorando a incorporação do conceito de precedente pelo direito jurisprudencial brasileiro. Essas imprecisões técnicas foram igualmente corrigidas no CPC/2015, que, em seus artigos 955 e 1.019, igualmente manifestou opção por atuar nos *planos do precedente e das súmulas*, harmonizando-se ao regramento já contido no artigo 932 do mesmo código.

Feitas essas breves considerações acerca dos *planos do precedente e da jurisprudência*, é preciso reconhecer, ainda, que qualquer análise que se pretenda empreender sobre o fenômeno das modificações na jurisprudência no direito brasileiro deve também considerar o específico *plano das súmulas*, não encontrado na mesma dimensão em outros sistemas jurídicos. Uma análise que se restrinja ao plano dos *precedentes* e da *jurisprudência* será, à luz da tradição jurídica e do direito positivo brasileiros, incompleta.

As *súmulas* ou *enunciados de súmula* constituem técnica tradicional no direito brasileiro, por meio da qual o núcleo essencial de um *precedente* ou da *jurisprudência* de um determinado órgão jurisdicional é expresso em breve enunciado, de que a legislação

⁵¹⁶ Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
 - b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 - c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:
- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
 - b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 - c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

⁵¹⁷ Rodrigo da Cunha Lima Freire, comentando a redação do artigo 932 do CPC/2015, elogia o novo regramento, por haver abandonado "a escorregadia e aberta expressão 'jurisprudência dominante'" (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Notas aos artigos 929 a 937 do CPC/2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2088).

processual se serve para extrair importantes consequências, seja na produção de decisões futuras, seja no próprio procedimento, que pode ser simplificado em razão de sua aplicação.

Em síntese, no direito brasileiro, faz-se necessário acrescentar aos dois planos com os quais ordinariamente trabalham os sistemas jurídicos estrangeiros - os planos do precedente e da jurisprudência - um terceiro plano, em que são consideradas não as decisões judiciais em si mesmas, isolada ou conjuntamente, mas os enunciados elaborados *a partir de tais decisões* e que buscam sintetizar a essência do que nelas foi decidido.

Por fim, é forçoso referir, ainda em caráter inicial, o fenômeno de crescente valorização do *direito jurisprudencial* no direito processual brasileiro, nos três planos acima referidos, do *precedente*, da *jurisprudência* e das *súmulas*, em especial na medida em que o direito positivo, por meio de sucessivas reformas legislativas e constitucionais, atribui efeitos cada vez mais amplos ao produto da atividade jurisdicional.

O eminente professor fluminense José Carlos Barbosa Moreira relata que já no Brasil Império tinham os precedentes e a jurisprudência reconhecida a sua importância, na medida em que o Supremo Tribunal de Justiça detinha o poder de editar *assentos* com natureza interpretativa,⁵¹⁸ tal qual se dava em Portugal desde as *Ordenações Manuelinas*.

Dessarte, de longa data os precedentes e a jurisprudência desempenham papéis relevantes no sistema jurídico brasileiro, tais como o de servir de paradigma para a interposição de recurso extraordinário ou de recurso especial, nas hipóteses em que as decisões de tribunais de segundo grau divergissem de entendimentos adotados por outros tribunais, no tocante à interpretação de lei federal.⁵¹⁹

⁵¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 299/300.

⁵¹⁹ No período anterior à Constituição da República de 1988 o *recurso extraordinário*, dirigido ao STF, poderia ter por fundamento tanto a violação da Constituição, quanto a violação da lei federal. Com o advento da CRFB/88 e a criação do Superior Tribunal de Justiça, o antigo recurso extraordinário foi cindido, de forma que a ele restou reservada a discussão de matéria constitucional, passando à competência do STJ, pela via do recurso especial, a análise de eventual violação a lei federal (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões de técnica de julgamento nos tribunais. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 290). Sobre essa particular hipótese de cabimento do recurso extraordinário nos regimes precedentes a 1988, anota Mancuso que desde a Reforma Constitucional de 1926 "se previa hipótese de cabimento do recurso extraordinário quando 'dois ou mais tribunais estaduais interpretassem de modo diferente a mesma lei federal' (art. 60, §1º)" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 225). Para uma análise mais detida da introdução do recurso extraordinário no Brasil e das modificações em seu objeto ao longo do tempo, em especial pelo advento da CRFB/88 e pela superveniente EC nº 45/04, cf., ainda: MEDINA, José

A essas funções tradicionais outras foram agregadas por sucessivas reformas processuais, do que são exemplos a autorização para o julgamento monocrático de recursos (artigo 557, *caput* e §1º-A, do CPC/73),⁵²⁰ a possibilidade de se negar seguimento ao recurso de apelação ainda no juízo de primeiro grau, se a sentença estiver lastreada em enunciados de súmula do STF ou do STJ (artigo 518, §1º, do CPC/73),⁵²¹⁻⁵²² a possibilidade de julgamento de improcedência liminar, em conformidade com o novo regramento contido no artigo 332 do CPC/2015,⁵²³ a dispensa do reexame necessário (artigo 475, §3º, do CPC/73)⁵²⁴ e a introdução das assim denominadas *súmulas vinculantes* pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Não por outra razão, analisando conjuntamente o fenômeno de crescente atribuição de valor aos precedentes, à jurisprudência e às súmulas, Cândido Rangel Dinamarco fala apropriadamente em "caminhada de valorização da jurisprudência".⁵²⁵

Miguel Garcia. Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial - breves considerações. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁵²⁰ A possibilidade de julgamento monocrático de recursos pelo relator, seja para negar-lhes provimento, seja para dar-lhes provimento, foi mantida, embora com alterações já comentadas, pelo artigo 932 do CPC/2015.

⁵²¹ A regra contida no artigo 518, §1º, do CPC/73 vem recebendo na doutrina a denominação de *súmula impeditiva de recursos*. A título de exemplo cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução coletiva de conflitos. In: _____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. A jurisdição na perspectiva publicista e privatista no contexto da solução de demandas individuais de massa - notas sobre o incidente de resolução de ações repetitivas previsto no PLS nº 166/10. In: *Revista eletrônica de direito processual*. vol. VII. Ano 5. Rio de Janeiro: UERJ, jan./jun. 2011, p. 175. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/595>>. Acesso em: 12 nov. 2015; VIVEIROS, Estefânia. A força dos precedentes e da jurisprudência no CPC projetado. In: *Justiça & Cidadania*. Edição 158. Rio de Janeiro: JC, out. 2013, p. 56; NERY JR., Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica (...). *Op. cit.*, p. 79; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Modulação temporal da jurisprudência*. *Op. cit.*, p. 12; SANTOS, Ernane Fidélis dos. Evolução legislativa do sistema recursal de primeiro grau no código de processo civil brasileiro. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 216.

⁵²² Esta regra não foi mantida no CPC/2015, haja vista o tratamento diferenciado por este conferido ao processamento do recurso de apelação em primeiro grau de jurisdição, onde não mais se exerce qualquer juízo de admissibilidade, nos termos do que dispõe o §3º do artigo 1.010. Em conformidade com o novo regramento, interposto o recurso de apelação e intimado o apelado para a apresentação de contrarrazões (e eventualmente processada, nos mesmos termos, a apelação adesiva), "os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade".

⁵²³ No regime do artigo 285-A do CPC/73, o julgamento de improcedência liminar exigia apenas a existência de um precedente (em sentido amplo) do próprio juízo de primeiro grau, ou seja, de um *autoprecedente*. O CPC/2015, caminhando para a valorização do alinhamento à jurisprudência como requisito ao julgamento de improcedência liminar, reformulou radicalmente o instituto, para autorizar o julgamento nestes termos quando a pretensão autoral contrariar enunciado de súmula do STF ou do STJ, acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

⁵²⁴ A dispensa do reexame necessário, com fundamento em enunciados de súmula ou precedentes foi mantida no §4º do artigo 496 do CPC/2015, embora em termos distintos do regramento contido no CPC/73.

⁵²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Súmulas vinculantes*. *Op. cit.*, p. 55.

No presente capítulo, busca-se evidenciar os aspectos relacionados a cada um dos três planos (precedentes, jurisprudência e súmulas) que nos parecem de maior relevância ao estudo do tema principal das *modificações na jurisprudência* e, em especial, da *incidência do princípio da proteção da confiança* quando da implementação de tais modificações.

A análise dos variados mecanismos de aceleração do procedimento (julgamento monocrático de recursos, julgamento de improcedência liminar, dispensa de reexame necessário e outros), ante a necessidade de limitação do objeto de investigação, não será empreendida de maneira individualizada; sem prejuízo, serão realizados comentários acerca de questões específicas a eles afetas, quando necessário ao desenvolvimento do estudo.

4.2. Precedentes no direito brasileiro

As raízes históricas do sistema jurídico brasileiro se encontram na tradição da família romano-germânica,⁵²⁶ de modo que é possível afirmar, numa visão aproximativa, que, de um lado, a lei desempenha entre nós o papel de fonte do direito por excelência e, de outro, no plano da produção judicial, ordinariamente se tem atribuído maior relevância às decisões judiciais, na medida em que inseridas em um conjunto de outras decisões uniformes a respeito de uma determinada questão jurídica (*jurisprudência*), dando-se menor atenção a decisões que não integrem uma cadeia identificável de decisões similares.

Não obstante esse maior valor atribuído à *jurisprudência* na tradição jurídica brasileira, uma análise mais detida de nosso sistema processual nos permite constatar que também aos *precedentes* (em sentido amplo) sempre se reconheceu alguma importância, ainda que a eles não se atribuíssem, em regra, efeitos vinculantes, nos moldes existentes nos sistemas de *common law*, com o *stare decisis* e os *binding precedents*.

Assim, exemplificativamente e como já referido, mesmo nos regimes constitucionais anteriores à Constituição da República de 1988, a contrariedade a *uma única decisão* (e não à jurisprudência) de tribunais de segundo grau, do Supremo Tribunal Federal ou de outro

⁵²⁶ Sobre as características dos sistemas de tradição romano-germânica, sua formação e sua expansão para além dos limites da Europa continental cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas (...)*. *Op. cit.*, pp. 35/172.

tribunal federal, ainda que não inserida em uma cadeia de decisões uniformes, era suficiente para lastrear a interposição do recurso extraordinário.

Com efeito, a Constituição republicana de 1891, após a Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926, passou a prever, em seu artigo 59, §1º, *d*, o cabimento do recurso extraordinário "quando duas ou mais tribunaes locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal[...]",⁵²⁷ regramento aperfeiçoado no artigo 76, III, *d*, da Constituição de 1934, que previa sua interposição quando "ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive no Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal".

Disposição semelhante está presente em todas as Constituições supervenientes,⁵²⁸ até que, finalmente, com a Constituição da República de 1988, o antigo recurso extraordinário foi desdobrado em recurso extraordinário e especial, mantida porém a hipótese de cabimento, agora inserida na competência do Superior Tribunal de Justiça.

De se ver, portanto, que o maior valor atribuído à *jurisprudência* na tradição jurídica brasileira nunca significou uma absoluta desconsideração de decisões isoladas ou *precedentes*, os quais vêm, ao longo das reformas processuais, ganhando crescente relevância, encontrando seu ponto máximo no CPC/2015.

Neste ponto, cabe observar que o fenômeno de valorização dos precedentes no Brasil vem assumindo uma feição diversa da verificada nos países de *common law*, onde não há, em regra, um procedimento específico para a formação de precedentes judiciais, nem se pode dizer que uma decisão judicial seja proferida com a finalidade de se converter em precedente. O que ocorre no *common law* é o julgamento de casos pelos tribunais, em conformidade com o natural manejo dos recursos previstos em seus sistemas jurídicos, produzindo-se decisões posteriormente reconhecidas como precedentes, quando do julgamento de casos sucessivos que apresentam um suporte fático semelhante em seus aspectos essenciais.

⁵²⁷ Como observa José Carlos Barbosa Moreira, embora o recurso extraordinário tenha sido introduzido no direito brasileiro pelo Decreto nº 848, de 24/10/1890 (artigo 9º, parágrafo único) e incorporado à Constituição republicana de 1891 (artigo 59, §1º), apenas com a reforma constitucional de 1926 foi introduzida, como hipótese de cabimento do recurso, a divergência entre decisões de tribunais acerca da interpretação da mesma lei federal (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. vol. V (arts. 476 a 565). 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 641).

As reformas gradualmente empreendidas no direito processual brasileiro, com a finalidade de fortalecer o papel dos precedentes, parecem revelar uma opção diferente, por meio da qual decisões judiciais são proferidas com a finalidade específica ou principal de se constituírem precedentes, servindo de paradigma ao julgamento de casos futuros.⁵²⁹

É o fenômeno que, servindo-nos da feliz expressão de Daniela Pereira Madeira, pode-se denominar *precedentes uniformizadores de jurisprudência*,⁵³⁰ ou seja, precedentes formados segundo um procedimento específico e com o fim predeterminado de eliminar divergências na jurisprudência dos tribunais do país, exercendo uma função paradigmática.

Essa tendência, já manifestada nas reformas ao CPC/73, em especial com a disciplina atribuída aos recursos especiais e extraordinários repetitivos, acentuou-se no CPC/2015, que a eles dedicou uma seção específica em que lhes confere tratamento conjunto ("Do Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos" - artigos 1.036 a 1.041), além de introduzir o *incidente de resolução de demandas repetitivas* (artigos 976 a 987).

De outra parte, também no plano da eficácia se verifica uma crescente atribuição de efeitos vinculantes aos precedentes, para além da tradição da jurisprudência do STF, que limitava tais efeitos às decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, em especial em ações diretas de inconstitucionalidade, efeitos que, a partir das Emendas Constitucionais nº 03/93 e 45/04, passaram a contar com expressa previsão constitucional.

Com efeito, consoante se comentará adiante, vem se consolidando na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uma tendência à atribuição, por via pretoriana, de efeitos *panprocessuais* também aos precedentes desta Corte oriundos do controle difuso de

⁵²⁸ Artigo 101, III, d, da Constituição de 1937; artigo 101, III, d, da Constituição de 1946; artigo 114, III, d, da Constituição de 1967 e artigo 119, III, d, da Emenda Constitucional nº 01/1969.

⁵²⁹ Nesses sentidos, parecem-nos corretas as observações feitas por Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, embora tecidas com o objetivo de criticar essa diferente opção do direito processual brasileiro e, ainda, no contexto dos enunciados de súmula vinculantes, que não podem ser considerados precedentes em sentido técnico, por não se qualificarem como decisões judiciais: "[...] Mas o mais importante a dizer é que os precedentes [no common law] são 'feitos' para decidir casos passados: sua aplicação em casos futuros é incidental. Tudo isso pode ser resumido no seguinte enunciado: precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas (ou os ementários em geral, coisa muito comum em *terrae brasilis*), ao contrário, são enunciados 'gerais e abstratos' - características presentes na lei - que são editados visando à 'solução de casos futuros'" (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pp. 33/34).

constitucionalidade, como uma consequência do fenômeno que vem sendo denominado pela doutrina *objetivação do controle difuso de constitucionalidade*.⁵³¹

O CPC/2015 também incorporou ao nosso direito positivo novas situações em que precedentes irradiam efeitos vinculantes, com destaque para o *incidente de resolução de demandas repetitivas* e para os *recursos especial e extraordinário repetitivos*.

Esse incremento da importância dos precedentes, bem como dos efeitos que estes projetam na ordem jurídica, muitas vezes predeterminando o resultado de julgamentos futuros ou, pelo menos, sobre ele exercendo *forte influência*, não tem escapado à percepção da doutrina, tanto que Luís Roberto Barroso observa que

nos últimos anos, por fatores diversos, a jurisprudência dos tribunais, notadamente do STF, tornou-se elemento fundamental para a estabilidade e a harmonia do sistema jurídico. A observância dos precedentes liga-se a valores essenciais em um Estado de direito democrático, como a racionalidade e a legitimidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a isonomia.⁵³²

Por outro lado, o crescente fortalecimento do sistema de precedentes tem recebido críticas de parcela da doutrina, que vê no fenômeno uma visão *autoritária, centralizadora e empobrecedora*⁵³³ do sistema judicial, por conduzir a uma concentração de poderes na cúpula do Judiciário, em desprestígio das instâncias ordinárias, em especial da primeira instância,

⁵³⁰ MADEIRA, Daniela Pereira. O novo enfoque dado à jurisprudência e a sociedade moderna. *Op. cit.*, p. 276.

⁵³¹ Nesse sentido, embora falando em *objetivação do recurso extraordinário*, cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 982. Registre-se, a respeito, também, o julgamento havido pelo Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 4.335/AC (STF. Pleno. Recl. 4.335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/03/2014, DJ-e 208, divulg. 21/10/2014, public. 22/10/2014), em que se cassou decisão proferida em contrariedade ao julgamento daquela Corte no HC 82.959/SP (STF. Pleno. HC 82.959/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 01/09/2006, p. 18), que reconhecia a inconstitucionalidade da vedação a progressão de regime prisional decorrente do artigo 2º da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

⁵³² BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, p. 268.

⁵³³ TESHEINER, José Maria. *Contra os precedentes obrigatórios*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/noticias2/258-artigos-dez-2013/6371-contras-os-precedentes-obrigatorios>>. Acesso em: 09 dez. 2013. Criticando em especial o *incidente de resolução de demandas repetitivas*, inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, cf. NUNES, Dierle. Precedentes, Padronização decisória preventiva e coletivização. *Op. cit.*, pp. 246/249 e 253/276. Para Dierle Nunes, ainda comentando o texto do Código Projetado, em que estava claramente delineado o cabimento *preventivo* do incidente, sustentou que este promoveria "um julgado empobrecido por parcos argumentos analisados, em face do pinçamento preventivo dos primeiros casos que forem submetidos ao Poder Judiciário", estendendo igual crítica ao modelo de julgamento de recursos repetitivos (*ibidem*, pp. 246 e 263).

adotando como premissa que a decisão *correta* é sempre a decisão da *cúpula* e nos conduzindo a um inadequado fenômeno de *commonlização*.⁵³⁴

Barbosa Moreira, também demonstrando preocupação com o fenômeno, adverte que "bloquear, de forma direta ou indireta, na produção dos órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios das teses firmadas em grau superior significa, em certos casos, barrar precocemente um movimento, talvez salutar, de renovação da jurisprudência", podendo conduzir a uma espécie de *imobilismo jurisprudencial*.⁵³⁵⁻⁵³⁶

Não obstante as respeitáveis críticas desenvolvidas por parcela da doutrina, o fortalecimento dos precedentes nas reformas legislativas das últimas décadas é medida positiva, que tem conferido maior significação social às decisões judiciais, fortalecendo seu papel de guia para o comportamento na sociedade, contribuindo para a promoção da igualdade, para a evolução do direito e, ainda, para que se tenha maior previsibilidade quanto às consequências dos atos praticados em sociedade.⁵³⁷ É, na apropriada expressão de Bruno Cavalcanti Mendes, um imperativo de "coerência da ordem jurídica".⁵³⁸

Como bem acentuou Gustavo Santana Nogueira, embora seja inegável que o desenvolvimento de um sistema de precedentes acarrete, de certa forma, uma concentração de poder, é certo que essa missão de uniformização dos entendimentos judiciais há de ser confiada a algum órgão judiciário, sendo uma opção razoável do legislador a sua atribuição aos órgãos judiciários de cúpula, como forma de assegurar a uniformidade da interpretação e da aplicação do direito em todo o território nacional.⁵³⁹

⁵³⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Op. cit., p. 9.

⁵³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente (...). *Op. cit.*, p. 311.

⁵³⁶ Na mesma linha, Igor Raatz critica o sistema de precedentes obrigatórios, tal qual vem sendo gradativamente implantado no Brasil, na medida em que ele "não leva em conta os fundamentos da decisão como qualificadores do seu grau de vinculação para as decisões futuras", bastando que seja uma decisão proveniente de uma Corte Superior. O valor do precedente não estaria em seu conteúdo, mas na autoridade do órgão prolator. (RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira. *Op. cit.*, p. 225).

⁵³⁷ Vide, *supra*, em especial as seções 2.8.2, 2.8.3 e 2.8.4.

⁵³⁸ MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 86.

⁵³⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. Precedentes vinculantes (...). *Op. cit.*, p. 98. Como observa Michele Taruffo, a generalidade dos ordenamentos jurídicos tem seguido o caminho de atribuir as Cortes Supremas a missão de

4.2.1. A eficácia dos precedentes no direito brasileiro

Conforme observado no segundo capítulo (*supra*, seção 2.5.2.2), a tradicional classificação dos precedentes, quanto à sua eficácia, em duas espécies - *precedentes vinculantes* e *precedentes persuasivos* - não tem se revelado suficiente a uma adequada sistematização dos diferentes níveis de eficácia de que aqueles podem se revestir, à luz do direito positivo e da tradição jurídica nos diferentes sistemas jurídicos.

A doutrina contemporânea caminha, portanto, para o reconhecimento de *níveis intermediários de eficácia* dos precedentes, propondo tipologias mais ou menos amplas para a sua classificação, tendo em vista os diferentes *graus de vinculatividade*⁵⁴⁰ que cada sistema jurídico atribui aos precedentes.⁵⁴¹

Como anteriormente exposto, a classificação que nos parece mais adequada, e que neste trabalho se adota como referencial teórico, é a apresentada, dentre outros, por Thomas da Rosa de Bustamante, que reconhece três espécies de precedentes, no tocante à sua eficácia, quais sejam, os *precedentes vinculantes em sentido forte*, os *precedentes vinculantes em sentido frágil* e os *precedentes persuasivos*.⁵⁴²

Modelo semelhante é proposto por José Rogério Cruz e Tucci, segundo o qual o direito brasileiro, quanto à eficácia dos precedentes, adota um *modelo misto*, propondo sua classificação em três categorias, a saber, *precedentes com eficácia vinculante*, *precedentes com relativa eficácia vinculante* e *precedentes com eficácia meramente persuasiva*.⁵⁴³

As categorias classificatórias apresentadas correspondem, em linhas gerais, embora com diferente terminologia, ao modelo proposto por Patrícia Perrone Campos Mello, que

velar pela uniformidade da jurisprudência (TARUFFO, Michele. *La giurisprudenza tra casistica e uniformità. Op. cit.*, pp. 929/932).

⁵⁴⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, p. 100/101.

⁵⁴¹ Assim, por exemplo: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial (...). *Op. cit.*, p. 177; MADEIRA, Daniela Pereira. O novo enfoque dado à jurisprudência e a sociedade moderna. *Op. cit.*, p. 318, dentre outros.

⁵⁴² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, pp. 300/302. Como se observará ao longo do desenvolvimento do tema, embora se adote como referencial teórico as categorias propostas por Thomas da Rosa de Bustamante, construídas a partir de uma adaptação das propostas de Aulis Aarnio e Aleksander Peczenik, o rol de precedentes que incluímos em cada uma dessas categorias não corresponde exatamente à formulação de Thomas da Rosa de Bustamante.

⁵⁴³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia(...). *Op. cit.*, pp. 111/112.

divide os precedentes, quanto à influência que exercem sobre julgamentos futuros, em *precedentes com eficácia normativa*, *precedentes com eficácia impositiva intermediária* e *precedentes com eficácia meramente persuasiva*.⁵⁴⁴

A classificação em três categorias, tal qual proposta por Thomas da Rosa de Bustamante, José Rogério Cruz e Tucci e Patrícia Perrone Campos Mello, é a que nos parece mais adequada à sistematização dos precedentes no direito brasileiro quanto à sua eficácia, contribuindo para a compreensão de seu papel entre nós. No presente estudo, serviremo-nos da terminologia utilizada por Bustamante, dividindo-os, portanto, em *precedentes vinculantes em sentido forte*, *precedentes vinculantes em sentido frágil* e *precedentes persuasivos*.

Tradicionalmente, os precedentes têm entre nós, tal como nos países de *civil law* em geral, uma eficácia meramente persuasiva, servindo como fonte de consulta e influência, mas sem impor sua observância a quaisquer órgãos jurisdicionais, por mais relevantes que sejam seus fundamentos, e por mais reiterados que sejam os pronunciamentos judiciais em um mesmo sentido.⁵⁴⁵ São, segundo a classificação proposta, *precedentes persuasivos*.

Da hierarquia do órgão do qual emana o precedente, bem como da solidez de sua fundamentação decorrem a maior ou menor eficácia persuasiva que a eles se atribui em subsequentes julgamentos realizados por outras ou pela mesma corte, quando do enfrentamento de questões similares. No entanto, vinculação inexistente, como regra.

De outra parte, embora os precedentes sejam, em sua generalidade, desprovidos de eficácia vinculante, o direito brasileiro contempla hipóteses em que esta se faz presente, obrigando os órgãos jurisdicionais inferiores à sua observância, tal como ocorre, exemplificativamente, com as decisões proferidas pelo STF no exercício do controle concentrado de constitucionalidade e, ainda, respeitadas certas condições, também no

⁵⁴⁴ Segundo a autora, *precedentes com eficácia normativa* são aqueles que "estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos. [...] fixam uma orientação a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses semelhantes", dando origem, assim, a uma *norma* ou *comando aplicável com generalidade*. Já os *precedentes com eficácia impositiva intermediária* seriam aqueles que, embora não devam ser obrigatoriamente seguidos, sujeitam a profunda crítica e provável revisão as decisões que deles se afastam. Por fim, *precedentes com eficácia meramente persuasiva* seriam aqueles que se prestam unicamente a exercer uma influência sobre o juízo posterior, sem qualquer obrigatoriedade ou especial força impositiva (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito* (...). *Op. cit.*, pp. 62/66).

⁵⁴⁵ Neste sentido: LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e a jurisprudência*. *Op. cit.*, pp. 169/179; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Parâmetros de eficácia* (...). *Op. cit.*, pp. 112/114.

exercício do controle difuso. Nesse caso, pode-se falar em *precedentes vinculantes em sentido forte* ou, ainda, em *precedentes com eficácia vinculante ou normativa*.

Ao lado dessas duas tradicionais categorias (*precedentes vinculantes em sentido forte* e *precedentes persuasivos*), a doutrina situa, em categoria autônoma, os precedentes que, a despeito da ausência de eficácia vinculante formal, gozam de especial prestígio, à luz do direito positivo ou da tradição jurídica, de forma que uma decisão que deles se desvie sem justificativa razoável é considerada *a priori* equivocada, sujeitando-se a críticas severas por parte da comunidade jurídica. Em outras palavras, são precedentes que *não obrigam formalmente*, mas cuja observância é esperada, em razão do especial tratamento que recebem no sistema jurídico. Daí porque denominados *precedentes vinculantes em sentido frágil* ou, ainda, *precedentes com relativa eficácia vinculante* ou com *eficácia impositiva intermediária*.

Antes, porém, de se proceder a uma tentativa de sistematização dos precedentes no direito brasileiro, quanto ao seu *grau de eficácia*, nas três categorias acima referidas, impõe-se tecer alguns comentários sobre duas questões prévias, quais sejam, o papel desempenhado pelos tribunais superiores no direito brasileiro contemporâneo e a possibilidade de introdução de novas hipóteses de vinculação formal pelo legislador infraconstitucional sem arrimo em expressa autorização constitucional.

4.2.1.1. O papel dos tribunais superiores no Brasil

A doutrina contemporânea reconhece que o papel desempenhado pelos precedentes, a forma de sua produção, a dinâmica de sua utilização na prática judiciária e, em especial, a sua força vinculativa são fortemente influenciados por fatores institucionais, em especial pela organização do Poder Judiciário e as funções desempenhadas pelos seus diferentes órgãos.⁵⁴⁶

⁵⁴⁶ A esse respeito, com propriedade leciona Michele Taruffo que "[...] em todo sistema jurídico a organização dos tribunais influencia a natureza e o uso dos precedentes de pelo menos duas formas: (a) determina quais tribunais podem criar precedentes, como os precedentes são criados e o que é um precedente; (b) determina como os precedentes são utilizados pelos tribunais e por outras pessoas, particularmente pelos advogados. Portanto o conteúdo e a força de um precedente estão conectados com a estrutura do Judiciário, com a posição dos diversos tribunais nessa estrutura e com as funções desempenhadas pelas cortes supremas e também pelas outras cortes, nos diversos sistemas jurídicos" (Tradução livre do original: "In every legal system the organization of courts influences the nature and the use of precedents at least in two ways: (a) it determines which courts may create precedents, how precedents are created and what is a precedent; (b) it determines how

Exatamente por tal razão, qualquer proposta classificatória dos precedentes em conformidade com o seu *grau de eficácia* deve considerar a estrutura do Poder Judiciário e o papel exercido pelos diferentes órgãos jurisdicionais que o compõem, em especial pelos tribunais superiores, que se encontram no ápice da estrutura judiciária.

Assim, ao se falar em *precedentes vinculantes em sentido forte*, *precedentes vinculantes em sentido frágil* e *precedentes persuasivos*,⁵⁴⁷ com referência a um dado sistema jurídico em particular, faz-se necessário previamente analisar o papel dos tribunais superiores na estrutura judiciária deste mesmo sistema jurídico concretamente considerado.

No Brasil, assim como na generalidade dos países de *civil law*, os tribunais superiores foram concebidos como cortes cujo objetivo era controlar a correta aplicação da lei.⁵⁴⁸ Essa visão acerca da função dos tribunais superiores está estreitamente ligada a uma concepção positivista do direito, em que este era reduzido à própria lei, que já encerrava em si um sentido único que precisava ser apenas descoberto pelo juiz e aplicado aos casos sob julgamento, tal qual propunha a Escola da Exegese. Daí porque, como ressaltou Marinoni, a criação da Corte de Cassação francesa se inspirou nos valores revolucionários, com o fim de "cassar qualquer pronúncia judicial que não se limitasse a descrever o texto exato da lei".⁵⁴⁹

Não obstante, como já demonstrado (*supra*, seção 2.2), essa concepção não pode mais ser aceita no atual estágio da ciência jurídica. A pretensão de que a lei contenha um sentido único a ser descoberto pelo juiz se revelou verdadeira *ficção*, principalmente sob o influxo do

precedents are used by courts and by other people, particularly by practising lawyers. Therefore the content and the force of a precedent are connected with the structure of the judiciary, the place of the various courts within this structure and with the functions performed by supreme courts, and by other courts as well, in the several legal systems") (TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. *Op. cit.*, p. 437).

⁵⁴⁷ Ressalte-se mais uma vez que se adota como referencial teórico neste trabalho, para classificação dos precedentes em razão de seu grau de eficácia, as categorias propostas por Thomas da Rosa de Bustamante (*Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, pp. 300/302), muito embora, conforme adiante se tratará, a qualificação dos precedentes encontrados no direito jurisprudencial brasileiro em cada uma das categorias propostas não seja exatamente a mesma adotada por Bustamante. Assim, a título ilustrativo, Bustamante inclui dentre os precedentes vinculantes em sentido forte os enunciados de súmula vinculante, inserindo os demais enunciados de súmula dos tribunais superiores como precedentes vinculantes em sentido frágil (*ibidem*, pp. 324/328), o que já se afasta da premissa assentada na seção 4.1 do presente trabalho, no sentido de que o direito jurisprudencial no Brasil atua em três planos diversos, o plano dos precedentes, da jurisprudência e das súmulas. Exatamente por tal razão, conforme será desenvolvido adiante, entendemos que *enunciados de súmula não são precedentes* e, exatamente por tal razão, não podem ser classificados em qualquer das categorias propostas, ao menos na qualidade de *precedentes*.

⁵⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 17.

⁵⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Op. cit.*, pp. 30/31.

constitucionalismo e da crescente complexidade das sociedades contemporâneas, cuja dificuldade de regulação levou o legislador a se servir de técnicas legislativas que empregam fórmulas abertas, tais como os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, verdadeiros *poros*⁵⁵⁰ por meio dos quais a complexidade da vida é incorporada ao direito.

O juiz contemporâneo, no *civil law* ou no *common law*, não se limita a descobrir e aplicar o sentido único e correto da lei, mas participa da *construção do próprio sentido do direito*, atribuindo à lei uma interpretação lastreada em uma fundamentação racionalmente controlável, potencialmente universalizável e que concretize os valores constitucionais.

Essa mudança na concepção da atuação do Judiciário tem feito despontar na doutrina a compreensão de que o papel dos tribunais superiores não é apenas controlar a *correta aplicação da lei*, cabendo aos mesmos um papel tão ou mais importante, que é o de *conferir unidade de sentido ao direito*, assegurando a sua aplicação uniforme a todos os jurisdicionados, a fim de promover o princípio da igualdade contemplado na Constituição.

Nesse sentido, Francisco Rosito destaca que a tradicional compreensão da *função nomofilática* exercida pelos tribunais superiores formulada por Calamandrei, como uma função de guarda e defesa da lei e de preservação de seu sentido *único e verdadeiro*, evoluiu para uma compreensão moderna, em que a nomofilaquia é vista como uma função de uniformização ou unificação do sentido do direito, por meio de precedentes que nortearão futuros julgamentos no Judiciário e servirão à preservação da igualdade perante o direito.⁵⁵¹

Assim, embora todos os órgãos judiciários desempenhem a função de atribuição de sentido ao direito,⁵⁵² não há como se negar que essa função apresenta, em termos sistêmicos, maior significação quando exercida pelos tribunais superiores, na medida em que, por estarem no vértice da estrutura judiciária e exercerem a jurisdição em âmbito nacional, ela neles

⁵⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Coleção grandes temas do novo cpc: precedentes*. vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 264.

⁵⁵¹ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais (...)*. *Op. cit.*, pp. 243/250.

⁵⁵² A missão de definir o sentido do direito é compartilhada por todos os órgãos jurisdicionais; não é por outra razão que a legislação faculta aos relatores, nos tribunais superiores, solicitar informações aos tribunais de segundo grau, a respeito da forma pela qual estes vêm decidindo as questões objeto de recursos repetitivos ou de discussões em matéria de controle de constitucionalidade. Embora os tribunais superiores, por sua posição na estrutura judiciária, naturalmente sejam *vocacionados* a exercer tal atribuição com amplitude nacional e, portanto, com maior significação sistêmica, afigura-se-nos concentrador negar o relevante papel exercido pelas instâncias ordinárias na construção do direito, em colaboração com os órgãos judiciários de cúpula.

encontra sua palavra final, em especial quando exercida por órgãos colegiados de maior abrangência na sua organização interna (plenário, órgão especial e seções).⁵⁵³⁻⁵⁵⁴

Nesse sentido, decorre da Constituição que ao STF compete definir o *sentido da própria Constituição* e, ainda, o *sentido das leis quando analisadas especificamente no aspecto de sua conformidade à Constituição*. É nesse sentido que o artigo 102 da CRFB/88 dispõe que a ele compete a *guarda da Constituição*. O STF *guarda* a Constituição quando a interpreta e define um sentido único que deverá orientar a sua aplicação na sociedade e, ainda, quando analisa os atos normativos infraconstitucionais à luz da Constituição, com o fim de expurgar da ordem jurídica aqueles que lhe sejam contrários ou, ainda, de conferir-lhes uma *interpretação compatível com a Constituição*. Cabe ao STF, portanto, à luz da Constituição, dar a última palavra quanto a questões constitucionais, tanto no controle concentrado (que exerce com exclusividade), quanto no controle difuso (em que o faz em última instância). Esta é a sua missão, à luz da Constituição.

Resulta desta missão, que se colhe não só do artigo 102 da CRFB/88, mas do conjunto de disposições nesta contido acerca das funções desempenhadas pelo STF (inclusive no que diz respeito à edição de enunciados de súmula vinculante), que suas decisões, em matéria constitucional, devem ser observadas pelas demais instâncias do Poder Judiciário. Não se afigura adequado aceitar que o STF atribua um sentido único e final à Constituição e aos atos normativos infraconstitucionais à luz da Constituição e que tal sentido seja posteriormente ignorado pelas demais instâncias do Judiciário, em supervenientes julgamentos.

De maneira semelhante, pode-se dizer que a Constituição atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça a missão de definir o sentido do direito federal infraconstitucional, ou seja, de determinar, dentre a diversidade de possíveis interpretações do texto, aquela que melhor expressa o sentido do direito e dos valores prevalentes na sociedade.⁵⁵⁵ Essa missão, embora

⁵⁵³ Não por outra razão, o anteprojeto de Código de Processo Civil apresentado ao Senado Federal pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux continha regra, expressa no inciso IV de seu artigo 847, que dispunha que "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia".

⁵⁵⁴ Como propriamente observa Cláudia Aparecida Cimardi, "o sentido de um texto legal termina por ser identificado como aquele que é atribuído pelas Cortes máximas de determinado sistema jurídico" (CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61).

⁵⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Op. cit.*, pp. 77/79, 99 e 111.

compartilhada por todos os órgãos que integram a estrutura judiciária, é conferida em caráter final ao STJ, por intermédio do *recurso especial*, previsto no artigo 105, III, da CRFB/88.

Desta forma, o sentido do direito federal infraconstitucional é construído por uma atuação compartilhada dos diferentes órgãos que compõem a estrutura judiciária, mas a sua expressão final, aquela que deve prevalecer como última palavra, a fim de se conferir *unidade ao direito* e, assim, assegurar a observância da igualdade na sua aplicação, é conferida ao órgão de cúpula, no caso brasileiro, ao Superior Tribunal de Justiça.

Exatamente por tal razão, suas decisões se revestem de particular importância no cenário jurídico nacional, devendo ser em princípio obrigatoriamente observadas pelas instâncias ordinárias, embora aqui algumas ponderações devam ser desde logo lançadas, sem prejuízo de seu posterior desenvolvimento, sobretudo no quinto capítulo da tese.

A estrutura organizacional do STJ contém órgãos fracionários de menor dimensão (Turmas), de dimensão intermediária (Seções) e de maior expressão (órgão especial).⁵⁵⁶ Embora todos esses órgãos, dentro das respectivas competências traçadas no regimento interno, exerçam a atividade de atribuição de sentido ao direito federal infraconstitucional, apenas se pode apropriadamente falar em atribuição de *unidade de sentido ao direito* quando se está diante de decisões do órgão especial ou das Seções, estas últimas porque, a princípio especializadas por matéria, dão a palavra final quanto às questões decididas. As decisões das Turmas, em tal aspecto, não veiculam a palavra final no que diz respeito à interpretação do direito federal infraconstitucional, assim como não expressam necessariamente a compreensão que será adotada pela Seção respectiva ou pelo órgão especial.

De outra parte, não se pode ignorar que, apesar de sua *vocação constitucional* para atribuir, em caráter final, sentido ao direito federal infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça é uma corte que padece de graves problemas, no que diz respeito à continuidade e à estabilidade de sua jurisprudência, fatores que não podem ser desconsiderados quando se pensa na atribuição de efeitos vinculantes às decisões dele oriundas.

⁵⁵⁶ O plenário do STJ, em conformidade com o que dispõe o artigo 10 de seu regimento interno, exerce unicamente funções administrativas.

Por fim, no âmbito das Justiças especializadas (Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar da União), compete igualmente aos respectivos tribunais superiores - Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Superior Tribunal Militar (STM) -, notadamente por seus colegiados de maior amplitude, a missão de conferir unidade de sentido ao direito federal infraconstitucional nas respectivas áreas de especialização, de forma que suas decisões devem, em princípio, ser igualmente observadas pelas demais instâncias do Poder Judiciário a eles diretamente vinculadas.

O que parece importante destacar, como síntese conclusiva desta seção, é que os tribunais superiores não podem mais ser vistos como órgãos encarregados simplesmente de controlar a *correção* ou a *incorreção* das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, mas, ao contrário, exercem, à luz da Constituição da República e como um imperativo desta decorrente, a missão de conferir unidade de sentido ao direito, assegurando sua aplicação uniforme e isonômica em todo o território nacional. Tal missão se encontra na origem da tendência identificável na doutrina e no próprio direito positivo de se conferir efeitos vinculantes aos precedentes deles oriundos.

4.2.1.2. Constitucionalidade da atribuição de efeitos vinculantes por lei ordinária sem expressa previsão constitucional

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu profundas modificações na temática relativa aos efeitos das decisões judiciais, trazendo um extenso rol de novas hipóteses em que estas passam a ser dotadas de efeitos vinculantes, nos diferentes incisos de seu artigo 927, que por sua importância se transcreve:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
[...]

Assim, para além das decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I) e dos enunciados de súmula vinculante (inciso II), que contam com expresse lastro constitucional, o CPC/2015 dispôs que também têm efeitos vinculantes as decisões proferidas no *incidente de resolução de demandas repetitivas* (inciso III), sejam elas proferidas pelos tribunais de 2º grau (hipótese em que a vinculação ficará adstrita aos próprios órgãos fracionários do tribunal e aos juízos de primeiro grau a ele vinculados), sejam elas proferidas pelo STJ ou pelo STF, quando da apreciação de recursos especial ou extraordinário nele interpostos. Na mesma linha, dispôs serem vinculantes as decisões proferidas quando do julgamento do *incidente de assunção de competência* (inciso III), bem como as decisões proferidas em julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos (inciso III), além de enunciados de súmula do STF e do STJ (inciso IV) e das orientações do plenário ou do órgão especial relativamente aos juízes vinculados aos respectivos tribunais (inciso V).

Além do fundamento geral contido no artigo 927, outros dispositivos do novo Código reforçam a compreensão de que se buscou atribuir a essas decisões efeitos vinculantes, dentre os quais se destaca a previsão expressa de cabimento de reclamação na maior parte dos casos em que venham a ser inobservados (artigo 988).

Diante desse novo cenário que se descortina no direito processual brasileiro, surge como primeira indagação saber se é possível ao legislador ordinário estabelecer novas hipóteses de vinculação formal, sem apoio em norma constitucional expressa, apartando-se do procedimento adotado no passado em relação aos enunciados de súmula vinculante, cuja introdução se deu por meio de emenda constitucional (EC nº 45/04).

Embora as discussões acerca desta questão fundamental ainda estejam em seu início, destacam-se desde logo importantes vozes no sentido da inconstitucionalidade dos dispositivos do novo Código, dentre as quais se destaca Cássio Scarpinella Bueno, para quem "decisão jurisdicional com caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia autorização *constitucional* - tal qual a feita pela EC n. 45/2004 - e, portanto, fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional".⁵⁵⁷

⁵⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 568.

Para o autor, todos os dispositivos do novo Código que atribuem efeitos vinculantes a decisões judiciais sem arrimo constitucional expresso devem ser consideradas apenas "normas diretivas de maior otimização das decisões paradigmáticas", mas nunca normas atributivas de um verdadeiro efeito vinculante, para o que se exigiria reforma constitucional.⁵⁵⁸

No mesmo sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery consideram inconstitucionais os incisos III a V do artigo 927 do CPC/2015, na medida em que introduziriam hipóteses de vinculação sem lastro constitucional. Segundo entendem, cometer aos tribunais o poder de produzir teses vinculantes (para além dos limites constitucionalmente autorizados para a súmula vinculante) seria equivalente a atribuir-lhes uma função legislativa, o que exigiria autorização constitucional expressa. Criticam ainda o fato de, após a ciência jurídica ter superado a concepção do *juiz boca da lei*, caminhar-se agora para a figura do *juiz boca dos tribunais*, mero reproduzidor de teses consolidadas nos tribunais superiores.⁵⁵⁹

Em arrimo à posição dos juristas que apontam tal inconstitucionalidade, poderiam ser colacionadas, ainda, duas decisões históricas que guardam estreita ligação com o tema, quais sejam, a decisão proferida pelo STF em 1977,⁵⁶⁰ na qual se reconheceu que o artigo 902, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (relativo aos efeitos vinculantes atribuídos ao *prejulgado trabalhista*) não havia sido recepcionado pela Constituição de 1946 e, ainda, a decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no ano de 1992,⁵⁶¹ reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 263 do Código Eleitoral, que tratava do *prejulgado eleitoral*.

Nesses dois importantes acórdãos, que serão objeto de comentário específico nas seções em que se tratará dos institutos do *prejulgado trabalhista* (*infra*, seção 4.4.2.1.2) e do *prejulgado eleitoral* (*infra*, seção 4.4.2.1.3), o STF e o TSE se orientaram no sentido de que não pode o legislador, sem arrimo constitucional, criar hipóteses de vinculação de decisões judiciais, sob pena de violação à separação de poderes e à independência judicial.

No extremo oposto, há os que defendem a possibilidade de o legislador infraconstitucional disciplinar a matéria, independentemente de previsão constitucional, por

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 568.

⁵⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 1836/1837.

⁵⁶⁰ STF. Pleno. Rp 946/DF. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. J. 12/05/1977. DJ 01/07/1977, p. 4459.

não se tratar de matéria reservada à disciplina constitucional, pelo que não haveria o que se falar em inconstitucionalidade.⁵⁶²

A fim de corroborar tal orientação, Luiz Henrique Volpe Camargo invoca o julgamento pelo STF da Questão de Ordem na Reclamação nº 1880,⁵⁶³ em que se reconheceu a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99, que atribuía efeitos vinculantes às decisões do STF proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, apesar de a Constituição, na redação vigente quando da edição da lei, atribuir tais efeitos de forma expressa unicamente às decisões proferidas em ações declaratórias de constitucionalidade.⁵⁶⁴

No entanto, não nos parece que o julgamento do STF na questão de ordem referida tenha a extensão pretendida por Luiz Henrique Volpe Camargo, haja vista que a decisão do STF não conferiu ao legislador uma *carta branca* para a introdução de novas hipóteses de vinculação, limitando-se a afirmar que naquela situação específica do artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, seria possível reconhecer-lhe a constitucionalidade, ante a similaridade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações diretas de inconstitucionalidade, de forma que os efeitos vinculantes, em relação ao julgamento destas últimas, estaria implícito na Constituição.⁵⁶⁵

A questão é complexa e uma análise suficientemente profunda dos variados aspectos envolvidos demandaria tarefa não comportada por este estudo, que não se volta à abordagem exauriente do sistema de precedentes que se pretendeu introduzir com o Código de Processo Civil de 2015, e menos ainda aprofundar-se nos variados aspectos relacionados às discussões acerca de sua constitucionalidade. O objetivo do presente estudo é analisar as modificações na jurisprudência consolidada e apenas nesse sentido alguma consideração sobre este ponto se faz necessária, a fim de se estabelecer as situações em que se pode falar na existência de tal consolidação, em patamar suficiente à sua caracterização como base da confiança.

⁵⁶¹ TSE. RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 9936/RJ. Acórdão nº 12.501, de 14/09/1992. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 11/03/1993, p. 3478.

⁵⁶² Nesse sentido: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do senado federal e a da câmara dos deputados. In: FREIRE, Alexandre et al. (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 305.

⁵⁶³ STF. Pleno. Recl. 1880 AgR/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. J. 07/11/2002. DJ 19/03/2004, p. 17.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, pp. 306/307.

⁵⁶⁵ Neste sentido: MATTOS, Luiz Norton Baptista de. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: GAJARDONI, Fernando (org.). *Coleção repercussões do novo CPC: magistratura*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 154.

Não obstante, estabelecidos tais limites à profundidade da discussão, pensamos, a respeito dessa fundamental questão, ser inarredável a exigência de que a atribuição de efeitos vinculantes por meio de lei encontre fundamento no texto constitucional, *embora não se exija que este fundamento constitucional seja explícito*.

Com efeito, a imposição de que um órgão jurisdicional necessariamente observe o quanto decidido por outros órgãos jurisdicionais implica uma limitação na margem de liberdade conferida pela Constituição ao juiz na apreciação dos casos a ele submetidos e na liberdade de interpretação da lei. Exatamente por tal razão, seria inconstitucional qualquer ato normativo infraconstitucional que, atribuindo efeitos vinculantes a decisões judiciais, não encontrasse fundamento explícito ou implícito na Constituição.

O que não exigimos - e parece ser este o ponto em que se apóiam os autores que apontam inconstitucionalidade nos dispositivos do novo Código - é que esse fundamento constitucional seja explícito, necessariamente introduzido por uma emenda constitucional, nos moldes do que se passou com os enunciados de súmula vinculante.⁵⁶⁶ É necessário que o fundamento da vinculação se encontre na Constituição, mas não é necessária a introdução de dispositivo constitucional exposto para cada novo caso de vinculação.

O STF, na evolução de sua jurisprudência, vem reconhecendo efeitos vinculantes aos acórdãos proferidos pelo plenário em sede de controle difuso de constitucionalidade, como adiante se abordará. Tal hipótese de vinculação não conta com suporte em disposição constitucional expressa e, não obstante, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição e, em especial, da missão por esta conferida ao STF, este passou a compreender que as decisões proferidas nessa seara também se revestem de efeitos vinculantes.

Da mesma forma, no julgamento da Questão de Ordem na reclamação nº 1880, acima referido, o STF reconheceu, embora sem expressa disposição constitucional, que as decisões

⁵⁶⁶ A exigência de fundamento constitucional exposto é também a posição sustentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2331, em que são questionados diversos dispositivos da Lei nº 9.882/99, dentre os quais o §3º do artigo 10, que atribui efeitos vinculantes às decisões proferidas em julgamento das arguições de descumprimento de preceito fundamental. Sustenta a OAB que o artigo 102, §1º, da CRFB/88 não "não contém palavra que autorize" a introdução de efeitos vinculantes pelo legislador infraconstitucional (íntegra da petição inicial disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1828554>>. Acesso em: 20 jul. 2015). Esta ação direta pende de julgamento, tendo sido proferido apenas um voto, pelo Ministro Neri da Silveira, que não acolhia a alegação de inconstitucionalidade.

proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade têm efeitos vinculantes. A análise desse julgado deixa entrever que a compreensão que o STF e o TSE tinham a respeito do papel dos tribunais superiores, nos julgamentos históricos já referidos, foi significativamente alterado, consoante se depreende de excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes:

[...] o legislador ordinário não está impedido de atribuir essa proteção processual especial [efeitos vinculantes] a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte, como foi reconhecido, inclusive, no caso da ADPF (cf. voto do relator Ministro Néri da Silveira na ADI 2231/DF, sessão ordinária de 05 de dezembro de 2001). Na verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte, ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. (grifo nosso)

Embora este julgado tenha abordado a questão da atribuição de efeitos vinculantes pelo legislador infraconstitucional unicamente em face do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, parece-nos que as conclusões ali lançadas podem ser aproveitadas também para a discussão acerca da atribuição de efeitos vinculantes às decisões de outros tribunais superiores, porque estes têm igualmente uma missão constitucionalmente prevista, qual seja, a atribuição de *unidade de sentido ao direito federal infraconstitucional*, comum ou especializado, conforme anteriormente exposto (*supra*, seção 4.2.1.1).

A questão se põe, portanto, não em uma exigência de norma constitucional expressa e específica a autorizar cada nova hipótese de atribuição de efeitos vinculantes pelo legislador, mas no imperativo de que cada nova hipótese introduzida pelo legislador encontre suporte na Constituição, ainda que dela sistematicamente extraído.

A justificação, sob o prisma constitucional, de cada uma das novas hipóteses trazidas pelo artigo 927 do CPC/2015 demandaria, como já referido, um trabalho individualizado, tendo em vista a heterogeneidade das hipóteses de vinculação ali tratadas (decisões de tribunais superiores, decisões de tribunais de segundo grau, decisões na jurisdição constitucional, decisões em casos repetitivos, enunciados de súmula vinculante e de súmula persuasiva), de forma que se concentrará a atenção nos três casos de particular interesse para o presente estudo, quais sejam, o incidente de resolução de demandas repetitivas, os recursos extraordinário e especial repetitivos e o incidente de assunção de competência.

No caso específico do incidente de resolução de demandas repetitivas, dos recursos extraordinário e especial repetitivos e, com algumas ressalvas, também do incidente de assunção de competência,⁵⁶⁷ penso que, ao menos no que diz respeito às decisões proferidas pelos tribunais superiores, é possível fundamentar a atribuição de efeitos vinculantes na missão atribuída a estes tribunais de conferir *unidade de sentido* ao direito, que realiza os valores constitucionais de igualdade, segurança jurídica e proteção da confiança, tornando previsíveis as consequências do atuar em sociedade, medida indispensável ao planejamento e ao próprio *desenvolvimento nacional*, um dos objetivos da República (art. 3º, II, CRFB/88).

Não se pretende com isso defender uma visão concentradora da atribuição de sentido ao direito ou, ainda, defender a figura de um *juiz boca dos tribunais*, até porque o atual estágio da evolução do pensamento jurídico e a própria prática da operação com precedentes nos sistemas de *common law* evidenciaram que a aplicação de precedentes é atividade que nada tem de mecânica, envolvendo sofisticados mecanismos de interpretação e de confrontação de casos, que permitem aos juízes, à luz de cada caso concreto, identificar se o caso sob julgamento se amolda ou não aos precedentes invocados.

Nesse aspecto, tal como o instituto da *súmula vinculante* não transformou o juiz em uma *boca das súmulas*, não nos parece que o novo Código vá transformar o juiz em *boca dos tribunais* ou em *boca dos precedentes*. O juiz sempre terá a tarefa de interpretar os precedentes, elaborar distinções, valorar e decidir.

O que nos parece, em princípio, é que inexistente contrariedade entre a pretensão do novo Código de atribuir efeitos vinculantes às decisões dos tribunais superiores e a Constituição, pois desta se extrai, conforme já exposto, a atribuição a esses tribunais da missão de conferir *unidade de sentido* ao direito, em âmbito nacional, promovendo a igualdade e a uniformidade não só perante a lei, mas também perante a *norma julgada*.

De maior complexidade seria, à luz da Constituição, a justificação da atribuição de efeitos vinculantes às decisões proferidas pelos tribunais de segundo grau, na medida em que estes, embora contribuindo para a atribuição de sentido ao direito, não têm na Constituição tal

⁵⁶⁷ Como se observará adiante, apesar da previsão específica do CPC/2015, não consideramos os julgamentos em sede de incidente de assunção de competência como *precedentes vinculantes em sentido forte* de maneira

tarefa como seu fim último. Não obstante, tendo em vista que as decisões destes tribunais não são consideradas precedentes, no sentido adotado neste trabalho (*supra*, seção 2.5.1), bem como na medida em que tais decisões não têm caráter nacional e, portanto, não se propõem a conferir *unidade de sentido* ao direito, não se desenvolverá a discussão quanto ao ponto.

O que nos parece relevante assentar, quanto ao ponto, é que a atribuição de efeitos vinculantes às decisões dos tribunais superiores pelo legislador infraconstitucional encontra fundamento na Constituição da República, na medida em que se harmoniza com a missão a estes conferida de atribuição de *unidade de sentido ao direito*, não se vislumbrando a inconstitucionalidade apontada por seus críticos, embora algumas ressalvas possam ser feitas pontualmente, ao se abordar cada uma das novas hipóteses trazidas pelo novo Código.

4.2.1.3. Precedentes vinculantes em sentido forte no direito brasileiro

Como observado, não obstante o direito brasileiro tenha raízes na tradição jurídica do *civil law*, pelo que os precedentes não são, em regra, formalmente vinculantes, existe um significativo número de casos em que o ordenamento jurídico e a própria Constituição da República atribuem aos efeitos de algumas decisões tal qualidade, sendo exemplo mais destacado as decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade.⁵⁶⁸

Além disso, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo outras situações, não relacionadas ao controle concentrado de constitucionalidade, em que os precedentes, embora sem previsão expressa no ordenamento, seriam vinculantes, em especial em razão da já referida tendência à *objetivação do controle difuso de constitucionalidade*.

A essas decisões proferidas tanto no controle concentrado, quanto no controle difuso de constitucionalidade, por parte do plenário do Supremo Tribunal Federal, pode-se incluir, tendo em vista a aprovação do CPC/2015, as novas espécies de precedentes vinculantes em

autônoma, embora possam assumir tal qualificação quando realizado o julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal e restrito à matéria constitucional.

⁵⁶⁸ Registre-se que, desde a Emenda Constitucional nº 45/04 (*Reforma do Judiciário*), o STF está autorizado a emitir enunciados de súmula cuja observância é obrigatória pelos demais órgãos do Judiciário e pela

sentido forte neste previstos, quais sejam, (a) os julgamentos realizados em sede de recurso especial e de recurso extraordinário interpostos em *incidente de resolução de demandas repetitivas*, os quais, por expressa previsão do novo Código, firmam tese de aplicação obrigatória a todos os processos em tramitação no território nacional (artigo 987, §2º, do CPC/2015) e, (b) os julgamentos realizados em sede de recursos extraordinários e de recursos especiais repetitivos (artigo 927, III, do CPC/2015).

Incluem-se também nesse rol os recursos de revista repetitivos, estes últimos por força do disposto nos artigos 896-B e 896-C da Consolidação das Leis do Trabalho, que, além de conter um regramento específico em tudo semelhante ao dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, ainda determinam a aplicação subsidiária, no que não conflitar, do regramento conferido a estes pelo Código de Processo Civil.

Apesar do disposto no inciso III do artigo 927 do CPC/2015 e da possibilidade de se fundamentar na Constituição a atribuição de efeitos vinculantes, ao menos quando seu julgamento se dá por tribunais superiores, as decisões proferidas em *incidente de assunção de competência* não são incluídas, *de forma autônoma*, como precedentes vinculantes em sentido forte. Conforme se abordará na seção dedicada especificamente ao incidente (*infra*, seção 4.2.1.4.2), optou-se por sua inclusão dentre os *precedentes vinculantes em sentido frágil*.

De outra parte, impõe-se consignar que igual efeito vinculante é reconhecido pelo novo Código às decisões proferidas no *incidente de resolução de demandas repetitivas* pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais, no âmbito dos respectivos Estados ou Regiões sobre os quais têm competência territorial (artigo 985, I, CPC/2015).⁵⁶⁹

No entanto, as decisões em questão não serão objeto de abordagem, seja porque sua abrangência está limitada territorialmente, não se vocacionando a exercer uma função de atribuição de unidade de sentido ao direito nacionalmente, seja porque, rigorosamente, não se qualificam como precedentes no sentido técnico atribuído ao termo (*supra*, seção 2.5.1).

Administração Pública. São as usualmente referidas *súmulas vinculantes*. Na medida em que os enunciados de súmulas, como adiante será abordado, não são *precedentes*, sua análise será feita em seção específica.

⁵⁶⁹ Como observado, a atribuição de efeitos vinculantes às decisões dos tribunais de segundo grau demanda justificação própria e distinta daquela aplicável à atribuição de efeitos vinculantes às decisões dos tribunais superiores, que tem fundamento constitucional em sua missão de conferir unidade de sentido ao direito.

Por fim, poder-se-ia cogitar da inclusão, no rol de precedentes vinculantes em sentido forte, das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade a eles reservado (aferição da compatibilidade de atos normativos municipais e estaduais em face da Constituição Estadual).⁵⁷⁰

Não obstante, dada a pouca expressão que o constitucionalismo estadual alcançou no sistema jurídico brasileiro, bem como considerando que tais decisões não se qualificam como precedentes no sentido adotado no presente trabalho, embora se reconheça a particularidade de que os Tribunais de Justiça dão a última palavra no controle de constitucionalidade em âmbito estadual, a análise a ser desenvolvida não abrangerá tais decisões, restringindo-se à jurisdição constitucional exercida pelo STF.

A análise aqui empreendida, portanto, será concentrada nos *precedentes vinculantes em sentido forte* ou formalmente vinculantes oriundos dos tribunais superiores.

4.2.1.3.1 Precedentes oriundos do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF

O controle concentrado de constitucionalidade,⁵⁷¹ conforme se destacou em anterior estudo, foi concebido por Hans Kelsen e incorporado à Constituição austríaca de 1920,⁵⁷² a partir da qual se inaugurou modelo adotado por países como a Alemanha e a Itália,⁵⁷³ e

⁵⁷⁰ Nesse sentido, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito (...)*. *Op. cit.*, p. 105.

⁵⁷¹ Como assentado na doutrina constitucional, não há uma necessária identificação entre controle concentrado e controle abstrato de constitucionalidade, haja vista que as expressões se referem a diferentes critérios classificatórios. O controle de constitucionalidade se diz *concentrado* porque exercido com exclusividade por um único órgão, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal; é uma contraposição ao controle *difuso*, exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário. De outra parte, diz-se *abstrato* o controle de constitucionalidade exercido em relação a um ato normativo, no plano abstrato de sua validade em relação à Constituição, sem a consideração de circunstâncias concretas de um caso específico; contrapõe-se ao controle dito *concreto* ou *incidental*, em que a análise da constitucionalidade é realizada como premissa à solução de um concreto conflito de interesses que se apresenta ao Judiciário e cuja solução passa pela definição da questão constitucional. No direito brasileiro há uma tendência, no plano doutrinário, de se identificar o controle concentrado e o controle abstrato, de um lado, e o controle difuso e o controle concreto, de outro; tal identificação, no entanto, embora se afigure apropriada na generalidade das situações, deve ser considerada com reservas, sobretudo em razão do recente fenômeno da *objetivação* do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do STF.

⁵⁷² ROMANO NETO, Odilon. *Coisa Julgada Inconstitucional (...)*. *Op. cit.*, p. 28.

⁵⁷³ Luís Roberto Barroso anota que grande número de países da Europa continental adotam o modelo austríaco, destacando, além da Alemanha e da Itália, já referidos, Chipre, Turquia, Grécia, Espanha e Portugal, além de, mais recentemente, Polônia, República Tcheca e Hungria (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43).

também pelo Brasil, sendo que entre nós coexiste com o controle difuso de influência norte-americana presente desde a Constituição da República de 1891,⁵⁷⁴ o que levou a doutrina a reconhecer que o Brasil adota um sistema híbrido de controle de constitucionalidade.⁵⁷⁵

O controle concentrado ingressou no direito brasileiro com a Constituição de 1934, que previu a *representação interventiva*, também denominada *ação direta de inconstitucionalidade interventiva*,⁵⁷⁶ a qual consiste, como observado em nosso anterior estudo, em “representação formulada pelo Procurador-Geral da República, relativamente à constitucionalidade de lei federal que decreta a intervenção federal em Estado, em decorrência da inobservância de princípios constitucionais”, cujo julgamento foi atribuído ao STF.⁵⁷⁷

Num segundo momento, foi introduzida a *ação direta de inconstitucionalidade genérica*, por força da Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição da República de 1946.⁵⁷⁸ A Constituição da República de 1988 ampliou significativamente o rol de mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade,⁵⁷⁹ originalmente pela previsão de um instrumento especificamente direcionado ao controle das *omissões inconstitucionais*, qual seja, a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*,⁵⁸⁰ e pela previsão da *arguição de descumprimento de preceito fundamental*,⁵⁸¹ aos quais se agregou, pela Emenda Constitucional nº 03/93, a *ação declaratória de constitucionalidade*.⁵⁸²

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de quaisquer desses instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade têm, entre nós, efeitos que extrapolam os limites do processo em que proferidas, projetando-se sobre toda a sociedade (*erga omnes*) e vinculando os demais órgãos judiciais e também a Administração Pública

⁵⁷⁴ ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes (...)*. *Op. cit.*, pp. 31/33 e 36.

⁵⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 60; FUX, Luiz. *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 277.

⁵⁷⁶ Art. 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h* do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...] §2º. Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

⁵⁷⁷ ROMANO NETO, Odilon. *Coisa julgada inconstitucional (...)*. *Op. cit.*, p. 33.

⁵⁷⁸ Atualmente prevista no art. 102, I, *a*, da Constituição Federal de 1988, e regulamentada pela Lei 9.868/99. Cf., a respeito, ROMANO NETO, Odilon. *Coisa julgada inconstitucional (...)*. *Op. cit.*, p. 34.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁸⁰ Art. 103, §2º, da CRFB/88, regulamentado pela Lei 9.868/99, desde a edição da Lei 12.063/2009.

⁵⁸¹ Art. 102, §1º, da CRFB/88, regulamentado pela Lei 9.882/99.

⁵⁸² Art. 102, I, *a*, da CRFB/88, regulamentado pela Lei 9.868/99.

(efeitos vinculantes), sujeitando-se inclusive à reclamação dirigida ao STF, em caso de edição de ato administrativo ou prolação de decisão judicial contrários ao entendimento do STF.

No que diz respeito à *ação declaratória de constitucionalidade*, a Emenda Constitucional nº 03/93 expressamente atribuiu às decisões definitivas de mérito “efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (artigo 102, §2º, da CRFB/88). A Emenda Constitucional nº 45/04, por sua vez, alterou a redação deste dispositivo, estendendo os efeitos vinculantes também às *decisões definitivas de mérito* proferidas em *ações diretas de inconstitucionalidade* (genéricas e por omissão).

Em sede infraconstitucional, essa atribuição de efeitos vinculantes foi reproduzida no artigo 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99,⁵⁸³ que atualmente regulamenta o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade genérica e por omissão, bem como das ações declaratórias de constitucionalidade, disposição cuja constitucionalidade já foi pelo STF reconhecida, mesmo no período anterior à edição da Emenda Constitucional nº 45/04.

Efeitos vinculantes são igualmente previstos para a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* pelo artigo 10, §3º, da Lei 9.882/99,⁵⁸⁴ que regula seu procedimento.

Complementando esse conjunto normativo, o CPC/2015 introduziu dispositivo que prevê a atribuição de efeitos vinculantes de maneira ampla às “decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (artigo 927, I).

Sobre o ponto, outra questão relevante diz respeito à discussão que se tem travado, no Supremo Tribunal Federal e na doutrina, acerca da extensão dos efeitos vinculantes das decisões proferidas principalmente em sede de controle concentrado de constitucionalidade para além da parte dispositiva, de forma a alcançar também seus *motivos determinantes*.

A *transcendência* dos efeitos tem sido reconhecida em algumas decisões monocráticas⁵⁸⁵ e também em algumas decisões do plenário,⁵⁸⁶ com destaque para o acórdão

⁵⁸³ Art. 28 [...]

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

⁵⁸⁴ Art. 10 [...]

§3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

proferido na Reclamação nº 1.987/DF,⁵⁸⁷ em que o Ministro Gilmar Mendes defendeu que não apenas o dispositivo da decisão, mas também seus *motivos determinantes* irradiariam efeitos vinculantes.⁵⁸⁸

Na mesma linha, nesta reclamação o relator Ministro Maurício Corrêa considerou "inadmissível a desobediência perpetrada contra a exegese constitucional" consagrada em anterior decisão do Supremo, tomada em controle abstrato de constitucionalidade, havendo de se respeitar o "conteúdo essencial" de suas decisões, independentemente de não se tratar de discussão afeta ao mesmo ato normativo declarado inconstitucional na decisão anterior.

Como acentua Marinoni, os *motivos determinantes* da decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade aproximam-se do conceito de *ratio decidendi* desenvolvido no *common law*, na medida em que constituem "premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão", mostrando-se, portanto, "imprescindíveis à decisão que foi tomada".⁵⁸⁹

De outra parte, Erik Wolkart demonstra que o reconhecimento, pelo STF, de efeitos *transcendentes* aos motivos determinantes não tem se limitado ao *controle concentrado de constitucionalidade*, alcançando também julgamentos em recurso extraordinário, do que é exemplo o julgamento do RE 197917/SP⁵⁹⁰ (no qual o STF fixou interpretação ao inciso IV do artigo 29 da CRFB/88, relativo ao número de vereadores dos municípios), cujos "efeitos transcendentais aos fundamentos determinantes do julgamento" foram expressamente reconhecidos pela Corte Suprema na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 3345/DF⁵⁹¹, proposta em face da Resolução nº 21.702/2004 do TSE.⁵⁹²

⁵⁸⁵ Dentre outras: Recl. 4.692 (decisão monocrática proferida pelo Ministro Cezar Peluso em 01/11/2006), Recl. 4.387 (decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello em 22/09/2006) e Recl. 4.416 (decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello em 25/09/2006).

⁵⁸⁶ STF. Pleno. Recl. 2.363/PA. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/10/2003, DJ 01/04/2005, p. 07.

⁵⁸⁷ STF. Pleno. Recl. 1987/DF. Rel. Min. Maurício Corrêa. J. 01/10/2003. DJ 21/05/2004, p. 33.

⁵⁸⁸ Para aprofundamento da análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 1.987/DF, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 269/278, em que é empreendida ampla discussão sobre o tema. Também discutindo com profundidade o julgamento: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito (...)*. *Op. cit.*, pp. 148/154.

⁵⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 291.

⁵⁹⁰ STF. Pleno. RE 197917/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. J. 06/06/2002. DJ 07/05/2004, p. 8.

⁵⁹¹ STF. Pleno. ADI 3345/DF. Rel. Min. Celso de Mello. J. 25/08/2005. DJe-154, divulg. 19/08/2010, public. 20/08/2010.

⁵⁹² WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 217/219. Sobre os efeitos transcendentais reconhecidos ao acórdão

Não obstante as decisões monocráticas e acórdãos do plenário acima referidos, a tendência no Supremo Tribunal Federal parece ser a de não acolher a tese da transcendência dos efeitos vinculantes aos motivos determinantes, exigindo, de maneira geral, uma plena identidade entre o ato declarado inconstitucional na decisão cuja autoridade supostamente foi desrespeitada e aquele objeto da reclamação constitucional.⁵⁹³ O cenário jurisprudencial sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, contudo, não está completamente definido.⁵⁹⁴⁻⁵⁹⁵

Apesar da oscilação e atual indefinição no entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito especificamente à extensão dos efeitos vinculantes também aos fundamentos de suas decisões, parece claro, à luz do que dispõem a Constituição da República e a legislação infraconstitucional (em especial as Leis 9.868/99, 9.882/99 e CPC/2015), bem como do que entende o Supremo Tribunal Federal, que os precedentes resultantes de julgamentos realizados no exercício do controle concentrado de constitucionalidade devem ser considerados *precedentes vinculantes em sentido forte*.

4.2.1.3.2 Precedentes oriundos do controle difuso de constitucionalidade exercido pelo plenário do STF

proferido no RE 197.917/SP cf., ainda, MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes* (...). *Op. cit.*, pp. 151/154.

⁵⁹³ Nesse sentido, dentre outras: STF. Pleno. Recl. 2.475-AgR/MG. Rel. Min. Carlos Velloso. Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio. j. 02/08/2007. DJe-018, divulg. 31/01/2008, public. 01/02/2008; STF. Pleno. Recl. 3.014/SP. Rel. Min. Ayres Britto, j. 10/03/2010. DJe-091, divulg. 20/05/2010, public. 21/05/2010; STF. Pleno. Recl. 6.204 AgR/AL. Rel. Min. Eros Grau. j. 06/05/2010. DJe-096, divulg. 27/05/2010, public. 28/05/2010; STF. Pleno. Recl. 6.319 AgR/SC. Rel. Min. Eros Grau. j. 17/06/2010. DJe-145, divulg. 05/08/2010, public. 06/08/2010; STF. Pleno. Recl. 4.448 AgR/RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. j. 15/06/2008. DJe-147, divulg. 07/08/2008, public. 08/08/2008; STF. Pleno. Recl. 2.990 AgR/RN. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 16/08/2007. DJe-101, divulg. 13/09/2007, public. 14/09/2007; STF. Pleno. Recl. 5.703 AgR/SP. Rel. Min. Carmen Lúcia. j. 16/09/2009. DJe-195, divulg. 15/10/2009, public. 16/10/2009; STF. Pleno. Recl. 9.778 AgR/RJ. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. j. 26/10/2011. DJe-215, divulg. 10/11/2011, public. 11/11/2011. Para uma análise crítica do julgamento da maioria dessas reclamações, bem como de outras acerca da mesma questão, cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 996/1000. Para uma crítica à extensão dos efeitos vinculantes aos motivos determinantes da decisão cf. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* *Op. cit.*, pp. 98/102.

⁵⁹⁴ MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes* (...). *Op. cit.*, pp. 107/108.

⁵⁹⁵ É de se referir que a vinculação aos *motivos determinantes* chegou a ser acolhida na redação final do Substitutivo do Deputado Federal Paulo Teixeira aprovado na Câmara dos Deputados, nos termos do §3º do artigo 521 do projeto do novo Código de Processo Civil ("§3º O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado"). A previsão, contudo, não subsistiu no texto aprovado no Senado Federal e que veio a se converter no Código de Processo Civil de 2015.

Ao modelo de controle concentrado de constitucionalidade contrapõe-se o modelo de controle difuso, de matriz norte-americana, cujo marco inaugural foi o célebre caso *Marbury v. Madison*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803, assentou pela primeira vez o poder-dever atribuído pela Constituição ao Poder Judiciário de negar aplicação a leis contrárias ao texto constitucional.⁵⁹⁶ O controle de constitucionalidade, nesse modelo, é exercido por todos os órgãos jurisdicionais, o que justifica a denominação a ele conferida.

Sua incorporação ao direito brasileiro, com adaptações, foi precoce, eis que a Constituição republicana de 1891 já o previa. Desde então, todas as constituições brasileiras o contemplaram, de forma que entre nós qualquer órgão jurisdicional pode exercer o controle da compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais em relação à Constituição, embora, no caso dos tribunais, tal controle se sujeite à regra da *reserva de plenário*, introduzida pela Constituição da República de 1934 e mantida até os dias atuais.

A principal distinção tradicionalmente reconhecida, no direito brasileiro, entre os controles concentrado e difuso reside nos efeitos atribuídos às respectivas decisões, que, no exercício do controle difuso, seriam mais restritos, limitados às partes do processo (*inter partes*) e não determinantes para julgamentos futuros (não vinculantes), até porque a questão constitucional, nesses casos, não é discutida em caráter principal, mas apenas como um fundamento para o acolhimento ou desacolhimento da pretensão autoral.⁵⁹⁷

Essa visão tradicional, no entanto, está em descompasso com a compreensão atual do STF, manifestada em sua jurisprudência mais recente, de que a atribuição de efeitos

⁵⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Op. cit., pp. 4/5; SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. In: *Revista CEJ*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários / Conselho da Justiça Federal. Ano XII, n. 41, abr./jun. 2008, p. 76; ROMANO NETO, Odilon. *Coisa julgada inconstitucional (...)*. Op. cit., p. 27. Como observado neste último trabalho (*ibidem*, p. 28), é possível buscar os fundamentos do pensamento do *Chief Justice* John Marshall, manifestado na clássica decisão tomada pela Suprema Corte norte-americana em *Marbury v. Madison*, nas ideias defendidas por Alexander Hamilton, que, sob o codinome *Publius*, escreveu uma série de ensaios na época da aprovação da Constituição norte-americana, dentre os quais se destaca o conhecido ensaio nº 78, no qual defendeu que, sob regimes que adotam constituições rígidas, apenas pela atuação independente do Poder Judiciário é possível controlar as limitações que a Constituição impõe à atuação do legislador, e assegurar a supremacia do texto constitucional, assentando-se a ideia de que cabe ao Poder Judiciário decidir acerca da compatibilidade das leis com a Constituição (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers* - nº 78: *The judiciary department* (Hamilton). *New York: New American Library*, 2003, pp. 465/466).

⁵⁹⁷ Para uma análise mais abrangente da compreensão tradicional do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, que extrapolaria os limites deste trabalho, remete-se o leitor ao estudo que desenvolvemos sobre o tema em dissertação de mestrado (ROMANO NETO, Odilon. *Coisa julgada inconstitucional (...)*. Op. cit., pp. 31/33).

vinculantes às suas decisões não está restrita ao controle concentrado, alcançando também, em alguma extensão, as decisões oriundas do controle difuso, às quais se reconhecem efeitos cada vez mais abrangentes, na medida em que a análise das questões constitucionais, também nesta seara, passa a receber contornos em certa medida abstratos.

É o fenômeno que vem sendo denominado *objetivação do controle difuso de constitucionalidade*,⁵⁹⁸ expressão com a qual se pretende designar a aproximação entre controle concentrado e controle difuso, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante à fixação de teses acerca de questões constitucionais e, por consequência, também em relação aos efeitos das decisões do plenário da Corte.

Consoante exposto em nossa dissertação de mestrado,⁵⁹⁹

os primeiros sinais dessa tendência na jurisprudência do Supremo são encontrados já em meados da década de 1990, quando a Corte Constitucional assentou o entendimento de que a regra de reserva de plenário, segundo a qual os tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade de ato normativo pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial (art. 97 da Constituição Federal), não tinha aplicação às situações em que já havia precedente do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.⁶⁰⁰

Essa orientação veio, por fim, a ser incorporada ao direito positivo pela Lei 9.756/98, que introduziu o parágrafo único do artigo 481 ao CPC/73.⁶⁰¹ Consoante observa Luiz Guilherme Marinoni, a introdução desta regra de exceção à cláusula de reserva de plenário já apontava “para a necessidade de vinculação dos tribunais inferiores”⁶⁰² também às decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade.

⁵⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Op. cit., p. 58.

⁵⁹⁹ ROMANO NETO, Odilon. *Coisa julgada inconstitucional (...)*. Op. cit., p. 36.

⁶⁰⁰ Aludimos, na ocasião, ao julgamento proferido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 168149, realizado em 26 de junho de 1995, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no qual tal orientação foi consagrada (STF. 2ª Turma. AI 168.149 AgR/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 04/08/1995, p. 22520). A este julgamento outros se seguiram em igual sentido, como serve de exemplo o julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 190.728, de relatoria para acórdão do Ministro Ilmar Galvão (STF. 1ª Turma. RE 190.728/SC. Rel. para acórdão Min. Ilmar Galvão. DJ 30/05/1997, p. 23193).

⁶⁰¹ Art. 481. [...]

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

⁶⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op. cit., p. 77.

Outras reformas processuais foram operadas, a fim de conferir às decisões do STF também em controle difuso efeitos mais abrangentes do que os tradicionalmente reconhecidos, destacando-se o artigo 557 do CPC/73,⁶⁰³ com a redação atribuída pela Lei 9.756/98, que conferiu ao relator o poder de negar seguimento a recursos, quando em confronto com “jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal” e, principalmente, a Lei 10.259/01 (artigo 14, §§5º a 10 e artigo 15), que regula os Juizados Especiais Federais, que inovou na disciplina do recurso extraordinário, ao autorizar o relator a “conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida”.⁶⁰⁴⁻⁶⁰⁵

Do ponto de vista legislativo, há de se destacar, como ponto culminante dessa tendência à objetivação do controle difuso no STF, a introdução da *repercussão geral* como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004 (*Reforma do Poder Judiciário*), regulamentada, no ponto, pela Lei 11.418/2006.⁶⁰⁶

Em conformidade com a reforma, os recursos extraordinários só serão conhecidos se a questão constitucional neles debatida *ultrapassar os interesses subjetivos da causa, do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico* (artigo 543-A, §1º, do CPC/73), regramento que impôs profunda alteração em seu perfil, na medida em que o recurso extraordinário, mais

⁶⁰³ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.18.

⁶⁰⁴ ROMANO NETO, Odilon. *Coisa julgada inconstitucional (...)*. *Op. cit.*, p. 37.

⁶⁰⁵ Um dos primeiros recursos extraordinários em que se cogitou a aplicação dos inovadores dispositivos da Lei 10.259/01 foi o RE nº 376.852-MC/SC, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, interposto em face de decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Santa Catarina, e que tinha por matéria de fundo a constitucionalidade das leis que fixaram os índices de reajustamento dos benefícios previdenciários entre 1997 e 2001. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes enalteceu a inovação legislativa, que conferia um perfil mais objetivo ao recurso extraordinário, em consonância com o tratamento de institutos similares nos Estados Unidos, Alemanha e Espanha; concretamente, porém, deixou de aplicá-la, ao fundamento de que não havia sido ainda aprovada norma regimental tratando da questão, tal qual exigia a própria Lei 10.259/01 (STF. Pleno. RE 376.852-MC/SC. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 27/03/2003. DJ 13/06/2003, p. 11). O primeiro caso de maior expressão em que o novo regramento veio a ser aplicado pelo STF foi o RE nº 418.918/RJ e respectiva Ação Cautelar nº 272-9/RJ, que impugnavam decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, relativa aos acordos firmados com a Caixa Econômica Federal para recebimento de expurgos inflacionários das contas de FGTS, nos termos da Lei Complementar nº 110/2001. A Ministra Ellen Gracie, na ação cautelar, deferiu a liminar, para determinar a "suspensão na origem, até o advento do pronunciamento da Corte sobre a matéria, de todos os processos ora em tramitação perante os Juizados Especiais e Turmas Recursais da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro", o que veio a ser ratificado por maioria, pelo Plenário, com fundamento nos artigos 14 e 15 da Lei 10.259/01 (STF. Pleno. AC 272-MC/RJ. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 06/10/2004, DJ 25/02/2005, p. 6). Para uma análise detalhada dos aspectos materiais e processuais das decisões proferidas no RE nº 418.918/RJ e na AC nº 272-MC/RJ cf. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Efeito vinculante decorrente de recurso extraordinário: estudo do RE nº 418.918-6/RJ e da medida cautelar nº 272-9. *In: Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: SJRJ, ago. 2006, pp. 19/42.

⁶⁰⁶ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. O incidente de repercussão (...). *Op. cit.*, pp. 96/99.

do que um meio de impugnação recursal, transformou-se em veículo para que o STF dê uma solução final a controvérsias constitucionais de grande significação para a sociedade.

Esse novo perfil do recurso extraordinário tem levado a doutrina a sustentar que as decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em julgamento de recurso extraordinário ao qual tenha sido reconhecida repercussão geral, são necessariamente dotadas de efeitos vinculantes, eis que "questão constitucional dotada de repercussão geral com efeitos não vinculantes constitui contradição em termos", de forma que admitir o contrário "seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda assim, permitir que estas pudessem ser tratadas de formas diferentes pelos diversos tribunais e juízos inferiores".⁶⁰⁷

Esse conjunto de reformas legislativas, resultado de uma tendência que já se delineava na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, efetivamente conferiu às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso um tratamento absolutamente diverso daquele encontrado em uma concepção tradicional, na medida em que, ainda que não se considere terem atribuído expressamente efeitos vinculantes, sem dúvida a elas atribuíram efeitos que vão além das partes diretamente envolvidas no conflito.

Por fim, é necessário referir que essa tendência de atribuição de efeitos vinculantes também às decisões do plenário do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle difuso parece ter se consolidado de maneira definitiva no recente julgamento da Reclamação nº 4.335, ocorrido no dia 21 de março de 2014.⁶⁰⁸

Nessa Reclamação impugnou-se decisão proferida pelo Juízo de Execuções Penais de Rio Branco que, afastando-se do entendimento adotado pelo STF no *habeas corpus* (HC) 82.959,⁶⁰⁹ orientou-se pela constitucionalidade da regra contida no artigo 2º da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que vedava a progressão no regime de cumprimento da pena em crimes hediondos, impondo seu cumprimento integralmente em regime fechado.

⁶⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op. cit., pp. 472/473.

⁶⁰⁸ Para uma crítica negativa a essa decisão cf. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Op. cit., pp. 56/58. Também desenvolvendo crítica veemente ao fenômeno da *objetivação do controle difuso* e, em especial, aos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau na Reclamação nº 4.335 cf. RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Op. cit., pp. 79/86.

⁶⁰⁹ STF. Pleno. HC 82.959/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 01/09/2006, p. 18.

Ao apreciar o HC 82.959, o STF, em julgamento plenário, modificou orientação anterior e entendeu pela inconstitucionalidade do dispositivo legal em questão, ao argumento de que a vedação à progressão de regime violaria o princípio da individualização da pena.

Esse julgamento, proferido em sede de *habeas corpus*, produziria, segundo uma visão tradicional, efeitos restritos às partes no processo (efeitos *inter partes*), não havendo obrigatoriedade de sua observância em casos similares que viessem a ser apreciados em instâncias inferiores do Judiciário, não obstante, por evidente, uma decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal tenha, como é natural, importante efeito persuasivo.

Apesar dessa compreensão da doutrina e jurisprudência tradicionais, que no caso concreto contou com a adesão do Procurador-Geral da República em seu parecer (no sentido do não conhecimento da reclamação), o Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de relator da Reclamação, proferiu decisão liminar, na qual afastou o óbice da vedação à progressão de regime contido no artigo 2º da Lei 8.072/90, determinando ao Juízo das Execuções Penais que examinasse os demais requisitos legais à progressão de regime.

O julgamento desta importante Reclamação, no mérito, iniciou-se em 01 de fevereiro de 2007, com voto do próprio Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que fosse a mesma conhecida e julgada procedente, vindo a ser concluído na sessão de 21 de março de 2014, ao final da qual restou conhecida e julgada procedente, por maioria.⁶¹⁰

Diante deste julgamento paradigmático, parece haver se consolidado na jurisprudência do STF a orientação de que os julgamentos do plenário daquela Corte, tanto em controle concentrado, quanto em controle difuso, têm efeitos vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, sujeitando-se os atos que os contrariarem, além dos meios recursais ordinários, à impugnação por meio de reclamação.

⁶¹⁰ É de se observar que, sobre a matéria de fundo, o Supremo Tribunal Federal já havia editado súmula vinculante no ano de 2009 (Súmula Vinculante nº 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”). Não obstante nos parecesse que a superveniência de tal enunciado de súmula vinculante, antes da conclusão do julgamento da reclamação, traria prejuízo ao mesmo, o STF optou por concluir o julgamento iniciado no ano de 2007, possivelmente no intuito de firmar seu posicionamento no sentido da atribuição de efeitos vinculantes também às suas decisões oriundas do controle difuso de constitucionalidade.

Essa, aliás, é a orientação adotada em certa medida pelo CPC/2015, ao conferir novo tratamento ao instituto da reclamação em seu artigo 988, prevendo que esta é admissível não apenas quando houver inobservância de decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade (inciso III), mas também quando inobservadas decisões proferidas no julgamento de *casos repetitivos* ou em *incidente de assunção de competência* (inciso IV), hipóteses em que, no caso específico do Supremo Tribunal Federal, o julgamento será realizado pelo plenário, nos termos do que dispõe seu regimento interno, em especial no artigo 11, I,⁶¹¹ e no artigo 22, *caput* e parágrafo único, alínea *a*.⁶¹²

Diante da evolução verificada não apenas no direito positivo, mas principalmente na própria compreensão que o próprio STF tem de sua missão constitucional, conclui-se que também os precedentes oriundos do controle difuso de constitucionalidade, quando exercido pelo plenário do STF, devem ter reconhecida a sua eficácia vinculante e, por consequência, ser classificados como *precedentes vinculantes em sentido forte*.

4.2.1.3.2.1. Breves considerações acerca do requisito da repercussão geral

No contexto da *objetivação do controle difuso de constitucionalidade*, relativamente às decisões proferidas pelo plenário do STF, que nos permite qualificá-las como *precedentes vinculantes em sentido forte*,⁶¹³ merece especial consideração o requisito da *repercussão geral*, dada a sua relevância para o desenho de um novo perfil para o recurso extraordinário.

⁶¹¹ Art. 11. A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta:

I - quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento;

⁶¹² Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.

Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:

(...)

b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

⁶¹³ Observe-se que Patrícia Perrone Mello, antes do julgamento definitivo da Reclamação nº 4.335 pelo STF apontava que "as decisões proferidas no âmbito do primeiro [controle incidental] pelo pleno do STF se qualificam como julgados com eficácia impositiva intermediária *a caminho da eficácia normativa*" (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito (...). *Op. cit.*, p. 108). Em estudo mais recente, segue qualificando tais decisões como *precedentes com eficácia intermediária* (*Idem*. Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades. *Op. cit.*, p. 978). Parece-nos, contudo, que, concluído o julgamento de referida reclamação, as decisões do plenário do STF devem ser consideradas *precedentes vinculantes em sentido forte*, havendo se completado na jurisprudência da Corte a *transição* apontada pela autora.

Como sabido, nos termos do artigo 102, III, da CRFB/88, compete ao STF julgar em *recurso extraordinário*, causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição da República, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição da República ou, ainda, julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Em outras palavras, o *recurso extraordinário* é um meio de impugnação que permite ao STF, de um lado, controlar, no que diz respeito à compatibilidade com a Constituição da República, as decisões oriundas dos demais órgãos integrantes da estrutura judiciária, quando não mais impugnáveis por qualquer outro recurso ordinário⁶¹⁴ e, de outro lado, definir o sentido da Constituição, que servirá de guia para a sua aplicação em futuros julgamentos.⁶¹⁵

Qualifica-se, desta feita, o recurso extraordinário como um veículo para o exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo STF, conferindo oportunidade para que este se pronuncie acerca de questão constitucional enfrentada nas instâncias inferiores.

Sob tal perspectiva, de longa data reconhece a doutrina nacional que o *recurso extraordinário* desempenha papel que extrapola as funções ordinariamente reconhecidas aos recursos, quais sejam, as funções de *reforma, invalidação, esclarecimento ou integração de decisão judicial*.⁶¹⁶ Exerce o recurso extraordinário, ao contrário, as funções *políticas* de defesa da Constituição, bem como de uniformização de sua interpretação, as quais naturalmente ultrapassam os interesses das partes diretamente envolvidas no conflito.

⁶¹⁴ O requisito de admissibilidade de esgotamento das vias recursais ordinárias é extraído da expressão "causas decididas em única ou última instância", presente no inciso III do artigo 102 da CRFB/88. A respeito do tema, vale destacar o enunciado nº 281 da súmula do STF, que dispõe ser "inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem recurso ordinário da decisão impugnada". É possível, contudo, a interposição simultânea de recurso extraordinário e de recurso especial, ambos recursos extraordinários em sentido amplo. Para uma crítica à classificação dos recursos em *ordinários* e *extraordinários*, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 115/116.

⁶¹⁵ Sobre o papel do STF enquanto corte de atribuição de sentido à Constituição e *corte de interpretação* ou de *precedentes constitucionais*, cf., dentre outros, MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o "sentido exato da lei" (...). *Op. cit.* e, ainda, MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas* (...). *Op. cit.*

⁶¹⁶ Segundo clássica definição de Barbosa Moreira, recurso é o "remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. *Op. cit.*, p. 265). Suas funções ordinárias, na lição de Arenhart, Marinoni e Mitidiero, relacionam-se à *justiça da decisão* (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil* (...). *Op. cit.*, p. 505).

Não obstante esse particular aspecto de que se reveste o recurso extraordinário, não havia, na Constituição da República de 1988 ou na legislação infraconstitucional, mecanismos que permitissem ao Supremo Tribunal Federal selecionar, dentre o grande universo de recursos extraordinários, aqueles cuja resolução se revestisse de efetivo interesse para a sociedade como um todo, afastando aqueles recursos que, embora dotados de um viés constitucional, veiculassem questões de pouca significação social.⁶¹⁷

Em sentido diverso, no direito comparado, tanto em países de tradição de *common law*, quanto de tradição romano-germânica, não raro se encontram mecanismos pelos quais as Supremas Cortes podem selecionar as causas que julgarão, de forma a concentrar seus esforços em questões cuja resolução se afigure mais relevante para a sociedade.

Assim se dá, a título exemplificativo, nos Estados Unidos, com o *writ of certiorari*, que permite à Suprema Corte eleger, de forma discricionária, as causas julgadas pelas Cortes de Apelação sobre as quais exercerá controle, quando presentes *razões sistêmicas especiais e importantes*,⁶¹⁸ tais como a demonstração de que exista um conflito entre decisões de diferentes cortes de apelação sobre uma mesma questão de direito.⁶¹⁹⁻⁶²⁰

⁶¹⁷ Sob a Constituição de 1967 havia o instituto da *arguição de relevância*, que, embora propondo-se a fim semelhante ao da repercussão geral, tinha um perfil substancialmente diverso, na medida em que são distintos seus fundamentos de validade e sua manifestação procedimental. A análise das diferenças entre a repercussão geral e o antigo instituto da *arguição de relevância* é tema que não se afigura necessário aos propósitos desse trabalho. Sobre o tema, cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial (...)*. *Op. cit.*, pp. 290/294; STRECK, Lenio Luiz. A "repercussão geral das questões constitucionais" e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as "causas irrelevantes". In: AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 132/142 e, ainda, ASSUMPTÃO, Helcio Alves de. Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 294/295.

⁶¹⁸ "The usual route [to the Supreme Court] is under §1254(1) [28 U.S.C.A] a petition for a writ of certiorari. Any party can so petition at any time after the case reaches the court of appeals. Granting a petition means only that the Supreme Court will review the case; but the Court grants a petition only where there are special and important systemic reasons for review. Review by certiorari is thus a matter of discretion, not right." (CLERMONT, Kevin M. *Civil Procedure*. 7th ed. St. Paul, MN: Thomson West, 2004, p. 129).

⁶¹⁹ CLERMONT, Kevin M. *Principles of civil procedure*. 3rd ed. St. Paul, MN: Thomson West, 2005, p. 150. Para uma análise da criação e da evolução do *writ of certiorari* na doutrina brasileira, cf. MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal no Brasil. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 34/37.

⁶²⁰ Mecanismo semelhante está presente na Noruega, eis que, consoante dá notícia Svein Eng, a Corte Suprema (*Høyesterett*) tem um poder discricionário de inadmitir recursos que não se revistam de *general significance* (ENG, Svein. *Precedent in Norway*. *Op. cit.*, p. 192).

Na Alemanha, embora não haja a mesma discricionariedade verificada nos Estados Unidos, os recursos direcionados aos cinco tribunais superiores⁶²¹ podem ser inadmitidos caso a questão jurídica neles discutida não se revista de *fundamental importância* (*grundsätzliche Bedeutung*), entendida esta como aquela presente quando *o caso oferece uma oportunidade de formulação de uma proposição jurídica geral que favorece a unidade da jurisdição para o futuro e é relevante para o posterior desenvolvimento do direito*.⁶²²

Filtro semelhante existe para os recursos dirigidos ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), que exigem, de forma geral, a presença de uma questão de *fundamental importância para o direito constitucional*, embora haja uma multiplicidade de regras detalhando esse procedimento de admissibilidade, cuja análise, contudo, não se faz necessária para o propósito da discussão aqui desenvolvida.⁶²³

Na Argentina, Berizonce dá notícia de que, após um período de ampliação do cabimento do *recurso extraordinario federal*, que conduziu a uma *situação de intolerável sobrecarga e saturação* da Suprema Corte Argentina, foi introduzida em 1990 a possibilidade de a corte, "según su sana discreción", deixar de apreciar os recursos extraordinários "por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia" (artigo 280 do Código de Processo Civil e Comercial da Nação)⁶²⁴, instrumento conhecido como "*certiorari argentino*".⁶²⁵

⁶²¹ Como já observado, na organização judiciária alemã há cinco Justiças, cada qual com seu respectivo tribunal superior: o Tribunal Superior Federal (*Bundesgerichtshof*), o Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), o Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), o Tribunal Social Federal (*Bundessozialgericht*) e o Tribunal Fiscal Federal (*Bundesfinanzhof*) (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, pp. 17/18).

⁶²² Tradução livre do original: "[...] the case offers an opportunity to formulate a general legal thought that furthers the unity of jurisdiction for the future and is relevant for the further development of the law" (*ibidem*, pp. 19/20). Essa atuação dos tribunais alemães para o "desenvolvimento do direito" (*Rechtsfortbildung*) é por vezes apontada pela doutrina como um reconhecimento expresso pela legislação alemã de que a atividade jurisdicional tem uma natureza criativa. Neste sentido: JAEGER, Marc. Notion et politique du revirement: propos introductifs. In: CARPANO, Éric (org.). *Le revirement de jurisprudence en droit européen*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012, p. 37.

⁶²³ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 20.

⁶²⁴ Art. 280. - Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. (Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2015).

⁶²⁵ BERIZONCE, Roberto O. *El proceso civil en transformación*. La Plata: Librería Editora Platense, 2008, pp. 146/147.

No Brasil, o quadro normativo de ausência de mecanismos de seleção de causas pelo STF veio a se modificar com a Emenda Constitucional nº 45/04, que introduziu um novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, a *repercussão geral*.

Com efeito, introduziu a Emenda no artigo 102 da CRFB/88 um parágrafo terceiro, dispondo que "o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei". Estabeleceu-se, portanto, um *mecanismo de filtragem*⁶²⁶ por meio do qual o STF pode se recusar a examinar recursos extraordinários que veiculem questões de interesse restrito à esfera jurídica das partes envolvidas no conflito, dedicando-se ao exame apenas daqueles recursos cuja significação social da questão constitucional, sob o *ponto de vista econômico, político, social ou jurídico ultrapasse os interesses subjetivos* envolvidos na causa.⁶²⁷

Com tal modificação, o perfil do recurso extraordinário sofreu profunda alteração, acentuando-se sua função política já destacada pela doutrina. Mais do que um mecanismo de impugnação de decisões, firma-se o *recurso extraordinário* como instrumento para que o STF fixe o entendimento a respeito de questões constitucionais de grande relevância ou de *grande espectro*⁶²⁸ para a sociedade, *conferindo unidade ao direito no Estado Constitucional*.⁶²⁹⁻⁶³⁰

⁶²⁶ FUX, Luiz. *A reforma do processo civil (...)*. *Op. cit.*, p. 285; CRUZ E TUCCI, José Rogério. A "repercussão geral" como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 432.

⁶²⁷ Art. 543-A, §1º, do CPC/73, introduzido pela Lei nº 11.418/06, que regulamentou o requisito de admissibilidade da repercussão geral. A definição legal de repercussão geral emprega conceitos jurídicos indeterminados, não trazendo elementos que permitam estabelecer, com precisão, quando uma questão constitucional terá relevância e transcendência suficientes para que se considere atendido o requisito de admissibilidade. Dessa forma, caberá à jurisprudência do próprio STF o estabelecimento de critérios mais precisos para o reconhecimento da repercussão geral (FERNANDES, Eric Baracho Dore; FERREIRA, Siddharta Legale. Irrecorrível, mas nem tanto: a revisão de tese na repercussão geral do recurso extraordinário. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. vol. 21, n. 40. Rio de Janeiro: JFRJ, ago. 2014, p. 196). O conceito legal de repercussão geral restou inalterado no CPC/2015, que dele tratou no artigo 1.035, §1º, segundo o qual "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".

⁶²⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A "repercussão geral" como pressuposto de admissibilidade (...). *Op. cit.*, p. 433.

⁶²⁹ Cf. a respeito: MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, em especial pp. 11/23.

⁶³⁰ Um exemplo demonstra como o STF tem levado a limites extremos esse novo papel reconhecido ao recurso extraordinário. No julgamento do recurso extraordinário com agravo nº 728.188/RJ (STF. Pleno. ARE 728.188/RJ. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 18/12/2013. DJe-154, divulg. 08/08/2014, public. 12/08/2014) o STF *fixou tese* favorável ao recorrente, mas julgou em seu desfavor, por razões de segurança jurídica. O recurso foi interposto pelo Ministério Público Eleitoral (MPE), em face de decisão do Tribunal Superior Eleitoral que, aplicando extensivamente o enunciado 11 de sua súmula ("No processo de registro de candidatos, o *partido* que não o impugnou não tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferiu, salvo se se cuidar de matéria constitucional"), negou legitimidade ao MPE para recorrer de decisão que deferiu o registro de candidatura, em

Em outras palavras, passa o recurso extraordinário a ser um instrumento para que o Supremo Tribunal Federal, enquanto *corte suprema*,⁶³¹ confira unidade à compreensão da Constituição, atribuindo-lhe um sentido que servirá de guia, não só para a comunidade jurídica e para as demais instâncias do Poder Judiciário, mas para a sociedade como um todo.

Não será objetivo do presente trabalho, neste ponto, tratar em detalhes desse novo regramento, mas apenas destacar alguns de seus aspectos mais relevantes.

O primeiro aspecto é o de que, em conformidade com o disposto no artigo 102, §3º, da CRFB/88, a verificação da presença da *repercussão geral* é atribuída com exclusividade ao STF, não podendo ser realizada pelos juízos de origem. Além disso, sua admissibilidade se deu, em certa medida, de forma inversa, como se houvesse uma *presunção de repercussão geral* em todo recurso extraordinário,⁶³² eis que a Constituição dispôs, no mesmo dispositivo, que o STF apenas pode *recusar a admissão* de um recurso extraordinário, por ausência de repercussão geral, pelo voto de 2/3 de seus membros.

A Lei 11.418/06, que introduziu no CPC/73 os artigos 543-A e 543-B, regulamentando o requisito de admissibilidade da repercussão geral, transpôs para o plano infraconstitucional tanto a *competência exclusiva* do STF para o reconhecimento da repercussão geral (art. 543-A, *caput*, do CPC/73), quanto a exigência de um quorum mínimo de quatro votos para o seu reconhecimento (art. 543-A, §4º, do CPC/73).⁶³³

A repercussão geral foi introduzida como um *conceito jurídico indeterminado*, qualificando-se como a presença de "questões relevantes do ponto de vista econômico,

razão de não haver o *parquet* impugnado o pedido inicial de registro. O STF entendeu que assistia razão ao MPE, não sendo possível a aplicação extensiva da Súmula nº 11, o que violaria o artigo 127 da CRFB/88, mas, considerando que o candidato já estava empossado há mais de um ano, o provimento do recurso extraordinário violaria a segurança jurídica. Decidiu, então, o Tribunal, acolhendo por maioria a proposta do Ministro Ricardo Lewandowski, negar provimento ao recurso, mas fixar a tese em favor do recorrente a partir da eleição subsequente. Registre-se o parágrafo final do voto do Ministro Relator, que consagra a solução vencedora: "*Por essas razões, nego provimento ao recurso extraordinário, mas fixo a tese da repercussão geral a fim de assentar que a partir das eleições de 2014, inclusive, o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade para recorrer da decisão que julga o pedido de registro de candidatura, ainda que não tenha apresentado impugnação*". Em outras palavras, o STF reconheceu que o recorrente tinha razão, mas negou provimento ao seu recurso, limitando-se a fixar a tese para aplicação futura, desprendendo, assim, a fixação da tese da sorte do recorrente.

⁶³¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas (...)*. *Op. cit.*, p. 55.

⁶³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. *Op. cit.*, p. 54; ASSUMPÇÃO, Helcio Alves de. *Recurso extraordinário (...)*. *Op. cit.*, pp. 294/295.

⁶³³ O Código de Processo Civil de 2015 contém, na mesma linha, disposição expressa a respeito da competência exclusiva do STF para decidir acerca da existência de repercussão geral (artigo 1.035, §2º).

político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa" (art. 543-A, §1º, do CPC/73),⁶³⁴ estabelecendo-se, contudo, que haverá repercussão geral sempre que o recurso extraordinário "impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal" (art. 543-A, §3º, do CPC/73).⁶³⁵ A fórmula constitucional para a caracterização da repercussão geral conjuga, portanto, a *relevância da questão* discutida e a *transcendência* da discussão, que interessa não apenas às partes, mas à sociedade.⁶³⁶

Também releva destacar a possibilidade de participação, nas discussões relativas à verificação da repercussão geral, de *amici curiae*, conforme artigo 543-A, §6º, do CPC/73,⁶³⁷ o que evidencia o perfil abstrato que se pretendeu conferir às discussões, bem como o reconhecimento de que a decisão a ser proferida se reveste de importância para toda a sociedade e não apenas para as partes diretamente envolvidas no litígio.

Por fim, quando a questão constitucional discutida estiver presente em grande número de recursos extraordinários, a indicar a presença de uma questão repetitiva, o artigo 543-B do CPC/73 previu uma sistemática de processamento própria, desenvolvida mediante *seleção de recursos representativos da controvérsia* pelo tribunal de origem, que são encaminhados ao STF, sobrestando-se os demais recursos até pronunciamento da Corte Suprema.⁶³⁸

Negada a presença da repercussão geral, todos os recursos extraordinários sobrestados na origem terão seguimento negado (art. 543-B, §2º, do CPC/73)⁶³⁹ ou, ao contrário, admitida a sua presença e julgado o recurso no mérito, o julgamento pelo STF dará ensejo à declaração de prejuízo ou a juízo de retratação nos órgãos de origem (art. 543-B, §3º, do CPC/73).⁶⁴⁰

⁶³⁴ No mesmo sentido: artigo 1.035, §1º, do Código de Processo Civil de 2015.

⁶³⁵ A regra foi mantida no artigo 1.035, §3º, I, do Código de Processo Civil de 2015. Cabe ressaltar que o Código de 2015 ampliou o regramento anterior, para reconhecer a presença de repercussão geral sempre que a decisão recorrida violar acórdão que "*tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos*" (art. 1.035, §3º, II), de forma a reforçar a tese ora defendida de que um único julgamento do STF, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, deve ser considerado *precedente vinculante em sentido forte*.

⁶³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. *Op. cit.*, p. 40.

⁶³⁷ Regra mantida no artigo 1.035, §4º, do Código de Processo Civil de 2015.

⁶³⁸ Esses mecanismos de seleção de recursos extraordinários repetitivos foram mantidos no CPC/2015, recebendo agora tratamento conjunto com os recursos especiais repetitivos no artigo 1036 e seguintes.

⁶³⁹ Essa regra foi mantida, com ajustes redacionais, no parágrafo único do artigo 1.039 do CPC/2015. Como acentua Marinoni, há nessa regra, em certa medida, uma vinculação das instâncias inferiores ao entendimento do STF no tocante à presença da repercussão geral, o que decorre naturalmente da competência exclusiva desta Corte para sua apreciação (MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. *Op. cit.*, p. 26).

⁶⁴⁰ Regramento mantido, com alterações, no artigo 1.040, I e II, do CPC/2015.

Em outras palavras, se o julgamento do STF for no mesmo sentido do acórdão recorrido, os recursos extraordinários sobrestados na origem serão considerados *prejudicados* (ou como melhor dispôs o artigo 1.040, I, do CPC/2015, *terão seu seguimento negado*); sendo o julgamento do STF em sentido diverso da decisão recorrida, o juízo *a quo* poderá se retratar (com prejuízo ao recurso interposto) ou, diversamente, manter sua decisão, dando trânsito ao recurso extraordinário sobrestado, com remessa ao STF (art. 543-B, §4º, do CPC/73).

Cabe neste momento observar que a regulamentação contida no §4º do artigo 543-B do CPC/73 (mantido, no ponto, no artigo 1.041 do CPC/2015), no que diz respeito à autorização para que o juízo de origem mantenha sua decisão, apesar de contrária ao entendimento adotado pelo STF, não se afigura harmônica com o caráter de *precedentes vinculantes em sentido forte* de que se revestem os julgados da Corte Suprema nesta sede, em conformidade com a compreensão atual das funções do STF, enquanto Corte encarregada de conferir unidade ao direito nacional sob a ótica constitucional.

Com efeito, se o julgamento do Supremo Tribunal Federal é vinculante, não deveria ter permanecido abertura para que o tribunal de origem ainda assim não adequasse seu julgamento ao quanto decidido pelo STF. Possivelmente, o novo Código tenha optado por preservar a liberdade de não retratação do juízo de origem, a fim de dispensar a propositura de reclamação ao STF, na hipótese de resistência do tribunal de origem em se adequar ao seu entendimento, aproveitando-se para tal fim o recurso extraordinário já interposto.

Assim, o recurso extraordinário deve ser reconhecido contemporaneamente não só como um instrumento para que o Supremo Tribunal Federal exerça sua função de guarda da Constituição (função de controle), mas em especial como um importante mecanismo para conferir unidade à Constituição, contribuindo assim para a afirmação dos precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal como *precedentes vinculantes em sentido forte*.

4.2.1.3.3 Julgamento de recurso especial ou extraordinário em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas

Em razão da aprovação do CPC/2015, necessário se faz referir um importante *precedente vinculante em sentido forte* nele contemplado, qual seja, aquele resultante do julgamento de recurso extraordinário ou de recurso especial interposto contra acórdão de tribunal de segundo grau que soluciona o *incidente de resolução de demandas repetitivas*.

Como observado anteriormente, embora o efeito vinculante desse julgamento não encontre fundamento expresso na Constituição da República, inexistente inconstitucionalidade em sua previsão no CPC/2015, na medida em que tem fundamento *implícito* na missão de atribuição de unidade de sentido ao direito conferida pela Constituição ao STF e ao STJ.

Relativamente ao julgamento em sede de recurso extraordinário, é importante observar que, independentemente do tratamento específico a ele conferido pelo novo Código neste ponto, trata-se de decisão inserida no controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, qualificando-se a decisão respectiva como um *precedente vinculante em sentido forte*, tal qual observado na seção 4.2.1.3.2 *supra*.

A inovação do Código de 2015 no ponto específico, como se observará adiante, foi apenas a *previsão expressa* de atribuição de efeitos vinculantes a este julgamento (artigo 987, §2º, do CPC/2015), os quais, contudo, já eram reconhecidos pela jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a aproximação, no âmbito desta corte, entre os controles difuso e concentrado, no tocante aos seus efeitos.⁶⁴¹

Desta forma, a grande inovação neste campo diz respeito à expressa atribuição de efeitos vinculantes também ao julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial interposto no incidente de resolução de demandas repetitivas, que passa então a qualificar-se também como um *precedente vinculante em sentido forte*.

Feitas tais considerações iniciais, passa-se a abordar alguns dos aspectos do novo *incidente* que se mostram relevantes aos propósitos do presente estudo.

⁶⁴¹ Também são inovações do CPC/2015, em relação ao recurso extraordinário interposto em face de acórdão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas, embora não diretamente relacionadas à discussão aqui desenvolvida, a previsão de que, nesta hipótese, o recurso terá *efeito suspensivo*, bem como que a existência de *repercussão geral é presumida* (artigo 987, §1º).

Como amplamente reconhecido, uma das mais destacadas inovações do novo Código é o *incidente de resolução de demandas repetitivas*, regulado em seus artigos 976 a 987, cujas fontes de inspiração foram o procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*)⁶⁴²⁻⁶⁴³ e as decisões de litígios de grupo inglesas (*group litigation order*).⁶⁴⁴⁻⁶⁴⁵

A introdução do incidente teve por objetivo aprimorar o sistema de tutela coletiva, atuando ao lado dos instrumentos já existentes (ação civil pública, ação popular, ação de improbidade administrativa e outros), porém, sob uma técnica diferente, calcada não no instituto da substituição processual, mas na instauração de um incidente vinculado a um ou mais processos em que discutida a questão repetitiva e cuja solução será obrigatoriamente aplicada a todos os processos relativos ao mesmo tema (artigos 985 e 987, §2º, do CPC/2015).

Nas palavras do Ministro e Professor Luiz Fux, que presidiu a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto do novo código, o incidente permite a obtenção de uma decisão que

⁶⁴² FUX, Luiz. O novo processo civil. In: _____. (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23. No mesmo sentido: RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A tendência uniformizadora da jurisprudência no projeto de novo código de processo civil. In: ROQUE, André Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coords.). *O projeto do novo código de processo civil: uma análise crítica*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 187; COTA FILHO, Fernando Rey; GONÇALVES, Anaísa Pasqual Salgado. Considerações acerca do incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: ALVIM, Thereza Arruda et al. (coords.). *O novo código de processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 294. A própria exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil apresentado ao Senado Federal pela Comissão de Juristas incumbida de sua elaboração expressamente referia ter sido o instituto do *Musterverfahren* a principal fonte de inspiração do novel instrumento (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2014).

⁶⁴³ Para uma análise do procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*) e da contribuição que este pode oferecer ao direito brasileiro cf. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo(RePro)*. Ano 32. vol. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2007 e, ainda, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 122/131.

⁶⁴⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas (...)*. *Op. cit.*, pp. 297/299. Para uma análise das decisões de litígio de grupo inglesas (*group litigation order*) cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas (...)*. *Op. cit.*, pp. 49/64 e ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 98/103.

⁶⁴⁵ Consoante noticiam Andrea Barbosa e Diego Cantoario, a técnica de julgamento mediante seleção de causas-piloto tem sido empregada, embora sem regulamentação específica, também pela Corte Europeia de Direitos Humanos, sob a denominação *Pilot-Judgment Procedure* e, no âmbito daquela Corte, "consiste na escolha de um ou mais processos, quando se verificar que inúmeros requerimentos dirigidos à Corte são derivados da mesma causa comum, [...] interpretada exclusivamente como disfunções da legislação interna dos países contratantes, que possam estar causando violações em massa aos direitos dos jurisdicionados" (BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução (...). *Op. cit.*, p. 474).

servirá "de paradigma obrigatório para as inúmeras ações em curso na mesma base territorial da competência do tribunal local encarregado de admitir o incidente".⁶⁴⁶

Em conformidade com o que dispõe o novo Código, o incidente terá lugar nas hipóteses em que houver "efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito", que ofereça "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica" (artigo 976, incisos I e II, do CPC/2015).⁶⁴⁷

Identificada a presença de controvérsia sobre matéria de direito que atenda aos requisitos acima apontados, poderão o juiz, o relator, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública solicitar ao presidente do respectivo tribunal a instauração do incidente (artigo 977 do CPC/2015), que submeterá ao *órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal* a análise e decisão acerca de sua admissibilidade (artigo 978 c/c 981 do CPC/2015), suspendendo-se, em caso positivo, os processos em curso tanto em primeiro, quanto em segundo grau de jurisdição, até que seja decidida a questão de direito controvertida (artigo 982, I, CPC/2015).

A fim de que a decisão a ser proferida no incidente se revista de amplo espectro do ponto de vista *qualitativo*, abordando as diferentes perspectivas de análise da questão jurídica discutida, dispôs o CPC/2015 que de sua instauração e julgamento será dada a "mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça" (artigo 979),⁶⁴⁸ sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público (artigo 976, §2º), admitindo-se, ainda, para a instrução do incidente, a *requisição de informações* a juízos perante os quais tenham curso processos em que discutida a questão jurídica (artigo 982, II), a manifestação de *amici curiae* (artigo 983) e a realização de *audiências públicas*, para que sejam ouvidas "pessoas com experiência e conhecimento na matéria" (artigo 983, §1º).

O objetivo desse conjunto de disposições é possibilitar ao tribunal que julgará o incidente informar-se de todos os aspectos relevantes ao julgamento da questão jurídica controvertida, proferindo decisão com elevado *grau de qualidade* e abordagem dos diferentes argumentos desenvolvidos a favor ou contra o acolhimento da tese.

⁶⁴⁶ FUX, Luiz. O novo processo civil. *Op. cit.*, p. 23.

⁶⁴⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas (...)*. *Op. cit.*, pp. 299/300.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, pp. 300/301.

Admitido o incidente e julgada a questão de direito controvertida, o entendimento adotado será vinculante para os órgãos fracionários do próprio tribunal, bem como para os juízes a ele vinculados, aplicando-se a todos os processos em que discutida idêntica questão de direito no âmbito do tribunal e dos juízos de primeiro grau a ele vinculados, inclusive juizados especiais (artigo 985).⁶⁴⁹

A atribuição de efeitos vinculantes às decisões dos tribunais de segundo grau é questão que mereceria estudo em separado, pois não pode ser justificada na missão atribuída constitucionalmente a estes tribunais, diferentemente do que se passa com a atribuição de tais efeitos às decisões dos tribunais superiores. Não obstante, na medida em que as decisões dos tribunais de segundo grau não são consideradas precedentes no sentido técnico adotado neste trabalho, resta tal discussão fora do campo de investigação aqui desenvolvido.

Havendo a interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente, o código dispõe que, apreciada a questão jurídica pelo STF ou pelo STJ, a tese adotada será aplicada “no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito” (artigo 987, §2º), do que resulta serem vinculantes as decisões tomadas pelo STF e STJ, no julgamento destes recursos, quando interpostos no incidente de resolução de demandas repetitivas.

De forma a assegurar que os juízos perante os quais têm curso processos em que discutida a questão jurídica darão aplicação à decisão proferida no julgamento do incidente, os artigos 985, §1º e 988, IV, do novo Código preveem, ainda, o cabimento de reclamação dirigida ao tribunal competente. O fato de ser controlável por reclamação a observância das decisões proferidas nesta sede pelo STF e pelo STJ apenas reforça o seu caráter vinculante.

Levando-se em consideração, portanto, o tratamento conferido pelo novo Código às decisões proferidas pelo STF e pelo STJ, no julgamento de recursos extraordinários e especiais interpostos em incidentes de resolução de demandas repetitivas, os acórdãos nesta sede proferidos devem ser considerados *precedentes vinculantes em sentido forte*.

⁶⁴⁹ A respeito da extensão do incidente de resolução de demandas repetitivas aos Juizados Especiais cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente

4.2.1.3.4. Julgamento no STJ segundo a sistemática dos recursos especiais repetitivos

Ao Superior Tribunal de Justiça cabe, à luz do que dispõe a Constituição da República, conferir *unidade de sentido ao direito infraconstitucional federal*,⁶⁵⁰ firmando a *interpretação* que norteará julgamentos futuros em que seja discutida a aplicação de um ato normativo infraconstitucional federal. Tal missão é exercida por meio do *recurso especial*, nas hipóteses previstas no artigo 105, III, da CRFB/88.

Como já referido, até o advento da Constituição da República de 1988, tal atribuição era exercida pelo Supremo Tribunal Federal, pela via do recurso extraordinário, que se prestava tanto ao exercício do controle difuso de constitucionalidade, quanto à unificação da interpretação do direito federal infraconstitucional. A Constituição da República de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça e promoveu o desmembramento do antigo recurso extraordinário em *recurso extraordinário* e *recurso especial*, reservando ao último, inserido na competência da nova Corte, o papel de conferir unidade de sentido à lei federal.⁶⁵¹

Não obstante criado com o objetivo de promover uma melhor distribuição de trabalho, minimizando a denominada *crise do Supremo Tribunal Federal*, o novo tribunal superior veria crescer significativamente, ao longo dos anos, a quantidade de processos distribuídos. No ano de 1989, recebeu 6.103 processos; em 1999 a distribuição anual alcançaria 118.977 processos e, finalmente, em 2007 alcançaria impressionantes 313.364 processos, em conformidade com informações disponíveis no Relatório Estatístico do STJ de 2014.⁶⁵²

Por esta razão, com o objetivo de aperfeiçoar o exercício de sua missão constitucional, reduzir o elevado número de processos que chegavam anualmente ao STJ, bem como colaborar para a formação de uma jurisprudência uniforme e estável relativamente a questões jurídicas presentes em múltiplas demandas (*casos repetitivos*) em todas as instâncias do

de resolução de demandas repetitivas e microsistema dos juizados especiais. In: *Revista de Processo (RePro)*. Ano 40. vol. 245. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2015.

⁶⁵⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 367.

⁶⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro (...)*. *Op. cit.*, p. 159; ASSUMPÇÃO, Helcio Alves de. *Recurso extraordinário (...)*. *Op. cit.*, p. 264.

⁶⁵² Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=250>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

Judiciário, editou-se a Lei 11.672/08, que, mediante inserção do artigo 543-C no CPC/73, introduziu procedimento diferenciado para o processamento de *recursos especiais repetitivos*, voltados especificamente à formação de um *precedente uniformizador de jurisprudência*.

Nos termos do *caput* do artigo 543-C, qualifica-se como repetitivo o recurso especial que tenha por fundamento *idêntica questão de direito* àquela encontrável em múltiplos recursos especiais.⁶⁵³

O propósito do presente trabalho, neste ponto, não é abordar todos os aspectos relativos aos *recursos especiais repetitivos*, mas apenas chamar a atenção para alguns pontos do tratamento legal e infralegal a eles conferido que permitem qualificar os acórdãos proferidos no seu julgamento como *precedentes vinculantes em sentido forte*.⁶⁵⁴

Em conformidade com o procedimento criado, sempre que identificada a presença de múltiplos recursos especiais com *idêntica questão de direito*, os tribunais de origem podem fazer uma seleção de recursos especiais representativos da controvérsia (as denominadas "causas-piloto"), para remessa ao STJ, mantendo-se todos os demais recursos especiais sobre a mesma matéria sobrestados no aguardo da decisão a ser proferida pelo STJ (artigo 543-C, §1º).⁶⁵⁵ Caso a identificação das causas repetitivas não seja realizada nos tribunais de origem, os próprios relatores dos recursos especiais no STJ poderão fazê-lo (artigo 543-C, §2º).⁶⁵⁶

Esta seleção deve se orientar pelos critérios estabelecidos na Resolução nº 08/2008, do Superior Tribunal de Justiça, que em seu artigo 1º dispõe que se escolha "pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem a maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial". Inovando no regramento legal da questão, o CPC/2015 dispõe que "somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida"

⁶⁵³ A definição se mantém no artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, sendo apenas de se ressaltar que o novo código buscou conferir tratamento conjunto aos recursos extraordinários e especiais repetitivos.

⁶⁵⁴ Para um aprofundamento do tratamento legal dos recursos especiais repetitivos, cf. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 604/616.

⁶⁵⁵ A regra se mantém no artigo 1.036, §1º, do Código de Processo Civil de 2015. A particularidade do novo regramento é a exigência de que sejam selecionados pelo menos dois recursos representativos da controvérsia.

⁶⁵⁶ A possibilidade de seleção de recursos representativos da controvérsia é mantida no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1.036, §§4º e 5º, com o acréscimo de que tal seleção pode ser feita não apenas em caráter supletivo (ou seja, na ausência de atuação do tribunal de origem), mas em concorrência com a seleção feita pelo tribunal de origem, que não o vincula.

(artigo 1.036, §6º). O propósito dessas regras é proporcionar ao STJ uma visão ampla da questão jurídica central, por meio das diferentes perspectivas e argumentos trazidos pelos acórdãos recorridos e pelas petições de recurso, contribuindo para uma decisão *qualitativamente* melhor no julgamento do recurso repetitivo.

Para que o STJ possa, ainda, formar seu convencimento de maneira mais informada, e considerada a vocação do julgamento à formação de um precedente *comamplos e definitivos efeitos na resolução da questão de direito controvertida*, o relator do recurso especial poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais, a fim de se esclarecer acerca da forma como a controvérsia vem sendo neles decidida (artigo 543-C, §3º),⁶⁵⁷ bem como poderá admitir a manifestação de *amici curiae* (artigo 543-C, §4º),⁶⁵⁸ além de impor o Código a *intervenção obrigatória do Ministério Público* (artigo 543-C, §5º).⁶⁵⁹

O CPC/2015 vai além, autorizando ainda o relator a "requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia" (artigo 1.037, III), bem como a realizar *audiência pública* para ouvir "pessoas com experiência e conhecimento na matéria" (artigo 1.038, II).

De outra parte, também é importante destacar que, *sob o ponto de vista institucional*, se faz presente regra de competência que busca conferir maior abrangência ao julgamento do recurso especial repetitivo, eis que, nos termos do artigo 543-C, §6º (e também do artigo 2º da Resolução nº 08/2008, do STJ), estabeleceu-se que o seu julgamento deva ser feito não pelas Turmas (como ocorre com os recursos especiais em geral), mas pelas *Seções* ou, ainda, pela *Corte Especial*, órgãos de maior abrangência.

Sobrevindo o *pronunciamento definitivo* do STJ sobre a matéria, nos recursos especiais selecionados, dispõe o CPC/73 que os efeitos desse julgamento se projetem automaticamente sobre os recursos especiais sobrestados no juízo *a quo*, de forma que (a) encontrando-se a decisão recorrida em harmonia com o pronunciamento do STJ, os recursos especiais sobrestados terão seu seguimento negado e (b) estando a decisão recorrida em desconformidade com o pronunciamento do STJ, o tribunal *a quo* fará novo exame da

⁶⁵⁷ Regra mantida no artigo 1.038, III, do Código de Processo Civil de 2015.

⁶⁵⁸ Regra mantida no artigo 1.038, I, do Código de Processo Civil de 2015.

⁶⁵⁹ Regra mantida no artigo 1.038, III, do Código de Processo Civil de 2015.

matéria, podendo ou não harmonizar seu entendimento àquele pacificado no STJ (artigo 543-C, §§7º e 8º). Neste último caso, se o tribunal *a quo* reconsiderar sua decisão, o recurso especial interposto, e que até então se encontrava sobrestado, ficará prejudicado; em caso contrário, dispõe o §8º do artigo 543-C que o tribunal procederá ao exame dos requisitos de admissibilidade dos recursos especiais sobrestados, remetendo ao STJ aqueles admitidos.⁶⁶⁰

É de se observar, portanto, que o julgamento pelo STJ de um *recurso especial repetitivo* exerce uma função uniformizadora que projeta seus efeitos sobre todos os recursos especiais versando sobre a matéria decidida, exercendo grande influência na orientação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da sociedade em geral, seja pela ampla instrução que para eles a lei prevê, seja pela abrangência do órgão julgador.

Nesse sentido, a sistemática de processamento dos recursos especiais repetitivos está alinhada à *missão* atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, não sendo, por esta razão, adequada a regra que permite aos tribunais de origem deixarem de exercer juízo de retratação diante do julgamento do STJ. Uma regra de tal natureza só é justificada porque na sistemática do CPC/73 não houve atribuição expressa de efeitos vinculantes aos julgamentos realizados nesta sede, embora estes encontrassem fundamento na Constituição.

O CPC/2015 avançou significativamente neste ponto, ao prever de maneira expressa que os julgamentos proferidos em sede de recursos especiais repetitivos têm efeitos vinculantes (artigo 927, III), inclusive sendo admitida a interposição de reclamação diretamente junto ao Superior Tribunal de Justiça, quando de sua eventual inobservância pelas instâncias ordinárias (artigo 988, IV), disposições que se harmonizam com a Constituição, na medida em que conferem maior efetividade às decisões do STJ nesta sede, em consonância com a missão uniformizadora atribuída pela Constituição a este Tribunal.

Desta forma, ainda que não se possa extrair do regramento do CPC/73 uma clara caracterização dos julgamentos em recurso especial repetitivos como *precedentes vinculantes em sentido forte*, parece-nos que à luz do novo Código tal reconhecimento se faz absolutamente necessário, diante da expressa atribuição de efeitos vinculantes.

⁶⁶⁰ Essa disciplina foi preservada nos artigos 1.040 e 1.041 do Código de Processo Civil de 2015.

Exatamente por tal razão não se harmoniza com essa natureza o disposto no artigo 1.041 do CPC/2015, na medida em que autoriza o tribunal de origem a manter sua decisão anterior, ainda que contrária àquela tomada no recurso repetitivo. A manutenção desta regra, presente no CPC/73, possivelmente tenha se dado com a finalidade de dispensar a propositura de reclamação, na hipótese de resistência do tribunal de origem em exercer um juízo de retratação que, de rigor, seria imperativo diante dos efeitos vinculantes da decisão do recurso especial repetitivo, nos termos do próprio Código.

4.2.1.3.5. Julgamento no TST segundo a sistemática dos recursos de revista repetitivos

Diferentemente do que se passa com o STF e com o STJ, a Constituição da República não define expressamente a competência do TST, remetendo esta tarefa à lei, nos termos de seu artigo 111-A, §1 ("A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho"). Disso não se extrai, contudo, que não seja missão deste Tribunal dar a última palavra, no que diz respeito à atribuição de sentido ao direito, no âmbito específico da competência dessa Justiça Especializada. Essa atribuição decorre, implicitamente, da própria posição ocupada pelo TST na estrutura organizacional da Justiça do Trabalho, estando aliás muito mais arraigada na *cultura jurídica* da Justiça do Trabalho do que na da própria Justiça Comum.

Nesse sentido, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de longa data contempla, na competência do Tribunal Superior do Trabalho, o *recurso de revista* (artigo 896), que cumpre, no âmbito do processo do trabalho, função semelhante à do recurso especial no processo civil comum, na medida em que voltado também a assegurar uma unidade na interpretação do direito federal no âmbito da Justiça do Trabalho.

A Lei 13.015/14 operou relevantes modificações no tratamento do recurso de revista, dentre as quais o seu processamento segundo a sistemática dos recursos repetitivos, decorrente da introdução na CLT dos artigos 896-B e 896-C, que basicamente transpuseram para o processo do trabalho o regramento dos recursos repetitivos presente no CPC/73.

Este novo procedimento é aplicável quando "houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito" (artigo 896-C, *caput*) e tem basicamente a

mesma finalidade de seus congêneres do processo civil comum, qual seja, propiciar a formação de um *precedente uniformizador de jurisprudência*, que venha a conferir unidade de interpretação à questão jurídica controvertida presente em grande número de processos.

De fato, o artigo 896-B da CLT dispõe que "aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei nº 5.896, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos", disposição complementada por seu artigo 896-C, que, dada a semelhança com os recursos especiais e extraordinários repetitivos, permite identificar também nos julgamentos em sede de recurso de revista repetitivos *precedentes vinculantes em sentido forte*.

Do ponto de vista institucional, dispõe a CLT que os recursos de revista repetitivos serão julgados, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, por um órgão de maior abrangência, a Seção Especializada em Dissídios Individuais ou, ainda, o próprio plenário (artigo 896-C, *caput*), o que por si só já confere maior significação ao julgamento, se comparado a decisões oriundas das respectivas turmas do tribunal.

Também há a previsão de suspensão, nos Tribunais Regionais do Trabalho, dos recursos de revista que tratem de matéria idêntica àquela discutida nos recursos representativos da controvérsia, até que haja uma decisão final do Tribunal Superior do Trabalho (artigo 896-C, §3º), que servirá de paradigma para os futuros julgamentos.

A ampliação das atividades de instrução no recurso de revista repetitivo abrange os mesmos instrumentos previstos no processo civil comum, quais sejam, a possibilidade de o relator solicitar informações aos Tribunais Regionais do Trabalho acerca de como estes têm decidido a questão jurídica controvertida, a possibilidade de intervenção de *amici curiae* e a intervenção obrigatória do Ministério Público (artigo 896, §§ 7º, 8º e 9º, da CLT).

Julgado o recurso de revista repetitivo, será retomado o processamento dos recursos sobrestados na origem, os quais terão, nos termos do §11 do artigo 896-C da CLT, seu seguimento negado, caso o acórdão recorrido tenha decidido na mesma linha adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do recurso repetitivo ou, se dela divergente, serão então submetidos a uma nova análise na origem, da qual pode resultar a retratação do

juízo anterior ou, caso não haja retratação, segue-se o exame da admissibilidade do recurso, com posterior envio ao TST para julgamento. (art. 896-C, §12, da CLT).⁶⁶¹

Desta forma, o julgamento do *recurso de revista repetitivo* pelo TST exerce também uma função uniformizadora, projetando seus efeitos sobre todos os recursos de revista ainda não decididos e que tenham por objeto a mesma questão de direito, assumindo assim um *caráter paradigmático*, que se projeta sobre julgamentos futuros no âmbito da Justiça do Trabalho e, também, serve de orientação para a sociedade em geral, o que decorre da ampla instrução que para eles a lei prevê, bem como da maior abrangência do órgão julgador.

Como resultado, cabe aqui a mesma observação feita em relação aos recursos especiais repetitivos, no sentido de que, em razão da amplitude das atividades instrutórias, da maior abrangência do órgão julgador, do regramento dos efeitos que projetam, por força de lei, sobre os demais recursos sobrestados, e do efeito vinculante formal expresso decorrente da aplicação subsidiária do CPC/2015, impõe-se reconhecer que os recursos de revista repetitivos estão também em um nível superior ao dos demais recursos no ordenamento, qualificando-se as respectivas decisões como *precedentes vinculantes em sentido forte*.

4.2.1.4. Precedentes vinculantes em sentido frágil no direito brasileiro

Consideram-se *precedentes vinculantes em sentido frágil*, como já referido, aqueles precedentes que, a despeito de não irradiarem efeitos vinculantes, assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico ou pela cultura jurídica, gozam de particular *status* no sistema jurídico, de forma que sua observância, embora não obrigatória, é esperada, sujeitando-se a severas críticas a decisão que deles se afasta sem uma justificativa razoável.

Sob tal perspectiva, especial importância é conferida pela Constituição da República e pela legislação infraconstitucional às funções desempenhadas pelos tribunais superiores e, em

⁶⁶¹ Pode ser feita aqui a mesma crítica já desenvolvida em relação aos recursos especiais repetitivos, no que diz respeito à possibilidade de não haver retratação diante do julgamento do recurso de revista repetitivo. Tal abertura não se harmoniza com a missão dos tribunais superiores e apenas pode ser compreendida como um mecanismo para evitar ou substituir a propositura de uma reclamação, o que agora é plenamente possível em razão do CPC/2015, cuja aplicação no processo do trabalho é subsidiária.

particular, dentre estes, pelo Superior Tribunal de Justiça, quando no exercício de sua missão de conferir unidade de sentido ao direito infraconstitucional federal. Não por outra razão, verifica-se uma tendência à qualificação do STJ como uma verdadeira *corte de precedentes*, muito mais do que uma simples corte de controle da legalidade das decisões.⁶⁶²

Seguindo essa tendência, o CPC/2015, lastreado na missão atribuída aos tribunais superiores pela Constituição, expressamente reconheceu efeitos vinculantes aos acórdãos proferidos em julgamento de recursos especiais repetitivos (efeitos extensíveis aos recursos de revista repetitivos, por força do artigo 896-B da CLT), bem como naqueles interpostos em face de acórdãos que, em segundo grau, julgam o *incidente de resolução de demandas repetitivas*. Os acórdãos proferidos nessas duas hipóteses são, como já exposto, à luz do novo regramento, *precedentes vinculantes em sentido forte*.

Não obstante, a missão do STJ e demais tribunais superiores não se esgota no julgamento de *casos repetitivos*, para se utilizar a terminologia empregada pelo artigo 928 do CPC/2015. Embora defendendo proposta de atribuição de efeitos vinculantes mais abrangente do que a defendida no presente trabalho, Luiz Guilherme Marinoni, em assertiva com a qual estamos inteiramente de acordo, ressalta que os tribunais superiores não podem ser vistos como tribunais que têm como única ou mesmo como principal missão julgar casos repetitivos; sua missão não se esgota nos mecanismos de coletivização, manifestando-se também no julgamento de outros recursos e ações não submetidos ao mesmo rito.⁶⁶³

Não se ignora, contudo, que essa elevada função, em especial no que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça, nem sempre é exercida de maneira ideal, sendo vários os problemas de que padece a prática judiciária nesta Corte e que conduzem a um indesejável nível de instabilidade em sua jurisprudência. Tais problemas serão objeto de análise no capítulo subsequente do presente estudo.

Exatamente em razão das dificuldades enfrentadas principalmente pelo STJ no exercício de sua missão é que, em uma postura mais conservadora, no estágio atual

⁶⁶² Nesse sentido, dentre outros: MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Op. cit.*; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas (...)*. *Op. cit.*; SILVA, Ricardo Alexandre da. O STJ como corte suprema em matéria infraconstitucional: defesa dos precedentes vinculantes. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

preferimos não incluir dentre os *precedentes vinculantes em sentido forte* os julgamentos que, neste tribunal, bem como nos demais tribunais superiores (com exceção do STF), embora proferidos por colegiados de maior abrangência (plenário, órgão especial e seções), não receberam do ordenamento jurídico especial atenção em termos procedimentais.

Referimo-nos, neste ponto, aos acórdãos proferidos pelos tribunais superiores em julgamento de *embargos de divergência* ou do novo *incidente de assunção de competência*. Pela literalidade dos artigos 927, III e V,⁶⁶⁴ e 988, II e IV,⁶⁶⁵ do novo Código, seria possível, em rigor, qualificá-los como *precedentes vinculantes em sentido forte*, principalmente no que diz respeito ao incidente de assunção de competência.

Não obstante, considerando que não é da tradição jurídica brasileira a atribuição de efeitos vinculantes a tais decisões, bem como dada a própria instabilidade da jurisprudência, principalmente no STJ, uma postura mais conservadora se faz necessária, reconhecendo-se efeitos vinculantes apenas aos acórdãos oriundos de procedimentos aos quais o legislador, no novo Código, notoriamente pretendeu conferir uma eficácia assim tão ampla, introduzindo um procedimento detalhado e preordenado a desenvolver uma verdadeira cultura de produção de precedentes vinculantes, como foi, por exemplo, o tratamento conferido aos *casos repetitivos*.

Nessa linha, chama a atenção o fato de o CPC/2015 não ter previsto expressamente a participação de *amici curiae* e a intervenção obrigatória do Ministério Público nos embargos de divergência e no incidente de assunção de competência, o que parece evidenciar uma menor vocação desses instrumentos à produção de precedentes vinculantes em sentido forte.

Assim, em relação aos acórdãos proferidos em *embargos de divergência* ou em *incidentes de assunção de competência*, preferimos, por ora, ver nas disposições do Código,

⁶⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas (...)*. Op. cit., pp. 22/23.

⁶⁶⁴ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especial repetitivos;

[...]

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁶⁶⁵ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

[...]

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

"normas diretivas de maior otimização das decisões paradigmáticas",⁶⁶⁶ a conferir a esses julgamentos uma *eficácia impositiva intermediária*, sem prejuízo de no futuro, a depender da recepção do novo regramento pela comunidade jurídica, e da própria tomada de consciência, pelos tribunais superiores, de sua relevância paradigmática, transpô-los também para o rol dos *precedentes vinculantes em sentido forte*. Não há como estabelecer vinculação forte em um ambiente no qual o próprio tribunal prolator da decisão não se sente inteiramente comprometido a, em julgamentos supervenientes, observar o que fora anteriormente decidido, afastando-se de seus precedentes sem maior esforço argumentativo.

4.2.1.4.1. Julgamento em sede de embargos de divergência pelo STJ e pelo TST, relativos a acórdãos proferidos em recurso especial e de revista

Tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho são compostos por órgãos fracionários, não raras vezes com competências concorrentes. O STF organiza-se em duas turmas, ao passo que o STJ tem seis turmas, reunidas em três seções, e o TST é integrado por oito turmas e duas seções.

A estrutura organizacional desses tribunais favorece a ocorrência de *divergências internas* de entendimento entre as diferentes turmas que os compõem, relativamente a matérias objeto de recurso extraordinário (STF), especial (STJ) ou de revista (TST), para cuja pacificação o ordenamento jurídico oferece um instrumento específico.

Trata-se dos *embargos de divergência*, recurso previsto no artigo 546 do CPC/73, e cuja finalidade é a *uniformização intra muros*⁶⁶⁷ da jurisprudência do STF e do STJ, relativamente ao julgamento de recurso extraordinário ou de recurso especial.⁶⁶⁸ É igualmente previsto no artigo 894 da CLT, com idêntica finalidade, no que diz respeito a divergências internas verificadas no julgamento de recursos de revista.⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. Op. cit., p. 568.

⁶⁶⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. Op. cit., p. 265.

⁶⁶⁸ O CPC/2015 ampliou o âmbito de cabimento dos embargos de divergência no STF e no STJ, para admiti-lo também para impugnação de acórdão de órgão fracionário que "nos processos de competência originária, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal" (art. 1.043, IV).

⁶⁶⁹ DINIZ, José Janguê Bezerra. *Recursos no processo trabalhista: teoria, prática e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 313/316. Cabe registro de que no TST os embargos de divergência podem também

O recurso foi introduzido em nosso ordenamento jurídico sob a égide do Código de Processo Civil de 1939 (CPC/39), eis que a Lei nº 623/49 incluiu um parágrafo único em seu artigo 833, prevendo a interposição de embargos para impugnação de decisões das turmas do STF, "quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno".⁶⁷⁰

A Lei 2.244/54, por sua vez, estendeu à Justiça do Trabalho o cabimento dos *embargos de divergência*, por meio de modificação no artigo 894 da Consolidação das Leis do Trabalho, dispositivo que, apesar das alterações sofridas ao longo dos anos, permanece em vigor, com regramento similar ao conferido pelo Código de Processo Civil.

Por fim, a Lei 8.038/90 criou os embargos de divergência no âmbito do recém-criado Superior Tribunal de Justiça, conforme previsão em seu artigo 29, ao tempo em que revogou o disposto no artigo 546 do CPC/73, o qual veio a ser restaurado apenas com a edição da Lei 8.950/94. Assim, houve um pequeno período na legislação processual civil (1990 a 1994) em que os embargos de divergência ficaram restritos ao STJ.

As decisões proferidas em embargos de divergência originários de recursos extraordinários e que tenham por objeto divergência entre as turmas do STF quanto a matéria constitucional se inserem no exercício do controle difuso de constitucionalidade, cujo julgamento é afetado ao plenário do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com o que dispõe o artigo 6º, IV, do seu Regimento Interno.⁶⁷¹ Desta forma, as decisões neles proferidas pelo plenário do STF são qualificadas como *precedentes vinculantes em sentido forte*, na esteira do que foi exposto na seção 4.2.1.3.2 supra.

De outra parte, decisões proferidas em embargos de divergência, em sede de recurso extraordinário, que *não* tenham por objeto questão constitucional, mas divergência relativa a questões de interpretação de direito infraconstitucional, como, por exemplo, normas

impugnar acórdãos proferidos em sede de recursos ordinários interpostos em face de acórdãos prolatados pelos Tribunais Regionais do Trabalho em ações de sua competência originária (mandados de segurança, ações rescisórias e outros) (*ibidem*, p. 315). No entanto, para os fins deste trabalho, interessam unicamente os embargos de divergência interpostos em julgamento de *recursos de revista*, dada a função especificamente exercida por este recurso, para a unificação da interpretação da legislação federal na Justiça do Trabalho.

⁶⁷⁰ Importante mais uma vez destacar que, à época, o Supremo Tribunal Federal desempenhava também as atribuições atualmente exercidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁶⁷¹ Art. 6º Também compete ao Plenário: (...) IV - julgar, em grau de embargos, os processos decididos pelo Plenário ou pelas Turmas, nos casos previstos neste regimento;

processuais, haverão de ser considerados, como adiante se observará, *precedentes persuasivos*, haja vista que não são decisões proferidas no exercício do controle difuso de constitucionalidade e, de outra parte, abordam matéria atinente à interpretação da legislação infraconstitucional, temática não inserida na missão constitucional do STF, mas simplesmente por ele decidida da mesma forma que qualquer juízo ordinário o faria.

Dessa forma, no tema ora tratado, da qualificação da decisão dos embargos de divergência como *precedente vinculante em sentido frágil*, são de interesse unicamente os embargos de divergência interpostos em sede de recurso especial e em sede de recurso de revista, sobre os quais se passará, então, a tecer breves considerações.

No âmbito do STJ, os embargos de divergência podem ser interpostos quando proferida, em sede de recurso especial, decisão por uma de suas turmas, divergente de julgado proferido por outra turma, por seção ou pelo órgão especial do próprio STJ, sendo seu procedimento matéria afeta a seu regimento interno (artigo 546 do CPC/73).⁶⁷²

Justamente por se tratar de divergência entre órgãos internos, o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ) atribui a competência para seu julgamento às seções, quando a divergência se der entre turmas de uma mesma seção ou entre decisão de turma e a seção respectiva (artigo 12, parágrafo único, I, c/c artigo 266, 1ª parte, do RISTJ), ou à Corte Especial, se a divergência se estabelecer entre turmas de seções diversas ou entre turma e outra seção ou corte especial (artigo 11, XIII, c/c art. 166, 2ª parte, do RISTJ).

Há a preocupação, portanto, de atribuir seu julgamento a órgão jurisdicional de maior abrangência na estrutura organizacional do STJ, do que decorre naturalmente sua maior aptidão para se firmar como um precedente que expressa o entendimento da Corte, em superação a divergências estabelecidas entre seus órgãos fracionários.

Não há aqui, diferentemente do que se passa com os recursos especiais repetitivos, previsão expressa de participação de *amicus curiae* ou de intervenção obrigatória do Ministério Público, omissões que não parecem justificáveis diante da magnitude de um julgamento que se propõe a expressar o entendimento do STJ, dirimindo divergências entre

⁶⁷² Embora o CPC/2015 tenha avançado em relação ao CPC/73, ao estabelecer um regramento mais detalhado para os embargos de divergência (artigo 1.043), ainda assim deixou ampla margem de regulação pelo regimento interno dos respectivos tribunais superiores (artigo 1.044).

seus órgãos fracionários quanto à interpretação do direito federal infraconstitucional. De toda sorte, ao menos no que diz respeito à intervenção do *amicus curiae*, esta pode ser sempre admitida com fundamento na regra geral do artigo 138 do CPC/2015.

No âmbito do recurso de revista, por sua vez, os *embargos de divergência* podem ser interpostos em face de *decisões proferidas pelas turmas*, quando estas "divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal" (artigo 894, II, da CLT), exigindo-se que a divergência seja *atual*, ou seja, que não tenha sido superada em razão da superveniente edição de enunciados de súmula pelo TST ou pelo STF ou, ainda, em razão da consolidação de *iterativa e notória jurisprudência do TST* (artigo 894, §2º, da CLT).

De modo similar ao que se passa no regramento do Código de Processo Civil, não há na Consolidação das Leis do Trabalho previsão de intervenção obrigatória do Ministério Público ou da possibilidade de participação de *amici curiae*, deficiência também incompatível com a missão exercida pelo recurso de revista na jurisdição laboral.

Apesar dessas deficiências no tratamento dos embargos de divergência, consideradas a finalidade precípua do recurso (unificação da jurisprudência interna do STJ e do TST) e a maior amplitude do órgão encarregado de seu julgamento (Seção ou Corte Especial), o julgamento nele proferido se reveste de particular importância para a missão atribuída ao STJ e ao TST pela Constituição, havendo de se considerar a decisão nele proferida como um *precedente vinculante em sentido frágil*.

4.2.1.4.2. Julgamento em sede de incidente de assunção de competência pelos tribunais superiores

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu um novo instrumento voltado à obtenção de uma uniformidade na jurisprudência, qual seja, o denominado *incidente de assunção de competência*, regulado em seu artigo 947, nos seguintes termos:

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

§1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão que o regimento interno indicar.

§2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§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.

Cabe observar inicialmente que, no que diz respeito especificamente ao *incidente de assunção de competência* suscitado no Supremo Tribunal Federal, quando relativo a recurso ou ação em que debatida questão constitucional, por se tratar de julgamento inserido no controle difuso de constitucionalidade, o acórdão nesta sede proferido tem, em razão do fenômeno da objetivação do controle difuso, efeitos vinculantes, sendo qualificado como *precedente vinculante em sentido forte*, nos termos já abordados.

De outra parte, está fora do campo de investigação aqui desenvolvido o processamento do incidente nos tribunais de segundo grau, seja porque neste trabalho não se consideram precedentes em sentido técnico as decisões por estes proferidas, seja porque a limitação de sua abrangência territorial não permite que o julgamento realizado nesta sede alcance um propósito de atribuição de unidade de sentido ao direito em sua plenitude, havendo a decisão do incidente em um tribunal de segundo grau de conviver com decisões similares e não necessariamente harmônicas no âmbito de outros tribunais de segundo grau.

Interessa neste momento, portanto, tratar do *incidente de assunção de competência* nos demais tribunais superiores, nos quais, por acarretar o deslocamento do julgamento para um colegiado mais amplo, tem grande aptidão para a formação de um *precedente uniformizador de jurisprudência* que expressará o entendimento do tribunal a respeito de questão jurídica controvertida de natureza infraconstitucional. É instrumento absolutamente alinhado à missão atribuída aos tribunais superiores pela Constituição.

Estabelecida tal delimitação quanto ao objeto de investigação, cabe tecer breves comentários ao novo *incidente*, de forma a permitir sua qualificação como um precedente vinculante em sentido frágil, nos termos anteriormente propostos.

O incidente de assunção de competência guarda semelhanças com a *composição de divergência* prevista no artigo 555, §1º, do CPC/73, na medida em que, assim como esta, acarreta o deslocamento do julgamento para um colegiado mais amplo. Neste aspecto, a terminologia adotada pelo CPC/2015 (*assunção de competência*) foi mais apropriada, pois evidencia, de plano, o principal efeito do incidente, que é a atribuição de competência a um colegiado maior, indicado no regimento interno do próprio tribunal (artigo 947, §1º).

Além disso, assim como a *composição de divergência* do CPC/73, o *incidente de assunção de competência* não se limita à fixação da tese acerca da *relevante questão de direito*, mas, ao contrário, autoriza o colegiado mais amplo a julgar o próprio caso.⁶⁷³ Tal qual ocorre na *composição de divergência* do CPC/73, não há aqui uma cisão da competência para julgamento do caso. Ambas as técnicas, portanto, diferenciam-se, neste ponto, do regramento conferido pelo CPC/73 ao *incidente de uniformização de jurisprudência*.

No entanto, há também entre ambos os institutos importantes distinções.

Constata-se, inicialmente, que a abrangência do *incidente de assunção de competência* é significativamente maior, na medida em que, diferentemente da *composição de divergência*, que se limita ao julgamento de recursos de apelação ou agravo, alcança também *outros recursos*, bem como a *remessa necessária* e os processos inseridos na *competência originária* do tribunal. Nesse ponto, o CPC/2015 acolheu tendência jurisprudencial no sentido da ampliação da atual *composição de divergência* também às hipóteses agora expressamente contempladas.

Quanto aos requisitos para sua instauração, exige o novo código, além da *relevância da questão de direito* (presente também na *composição de divergência*), que esta tenha *grande repercussão social* e, além disso, não se apresente repetidamente em múltiplos processos. Esta vedação final não impede, por certo, que a questão seja de relativa incidência, até porque, como ressaltou Cássio Scarpinella Bueno, tratando-se de um incidente voltado à

⁶⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. Op. cit., p. 593.

uniformização da jurisprudência, "a instauração deste incidente pressupõe, ao menos em tese, a possibilidade de existirem de decisões diferentes sobre uma mesma tese jurídica".⁶⁷⁴

O objetivo do novo código parece ser, no ponto, excluir da sua abrangência as *demandas de massa ou repetitivas*, para as quais desenvolveu outros instrumentos, como o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Presentes esses requisitos, o relator, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, proporá que o julgamento seja realizado pelo colegiado mais amplo, que decidirá o recurso, a remessa necessária ou a ação inserida na competência originária do tribunal respectivo, "se reconhecer interesse público na assunção da competência" (§§1º e 2º do artigo 947).⁶⁷⁵

Além disso, prevê o regramento, como terceiro diferencial, que o julgamento proferido em sede de assunção de competência será vinculante para *todos os juízes e órgãos fracionários*, com exceção de eventual procedimento de revisão de tese (artigo 947, §3º). Sobre o ponto, como referido, a disposição deve ser compreendida, servindo-se da expressão de Cassio Scarpinella Bueno, como *norma diretiva para maior otimização dessas decisões*.

É de se observar, contudo, que não houve no regramento do *incidente de assunção de competência* a previsão de participação de *amici curiae* ou ainda a exigência de intervenção obrigatória do Ministério Público. Relativamente ao *amicus curiae*, sua participação pode ser de toda forma admitida, com base na regra geral contida no artigo 138 do novo Código.

O tratamento conferido ao incidente levou a que a doutrina reconhecesse, desde o texto do código projetado, sua maior eficiência em relação à *composição de divergência* do CPC/73.⁶⁷⁶ Daí porque Cassio Scarpinella Bueno afirma que o novo regramento "aprimora (e muito) a regra do §1º do art. 555 do CPC atual".⁶⁷⁷

⁶⁷⁴*Ibidem*, p. 593.

⁶⁷⁵*Ibidem*, p. 593.

⁶⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. *Op. cit.*, p. 176; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A tendência uniformizadora da jurisprudência (...). *Op. cit.*, p. 182.

⁶⁷⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. *Op. cit.*, p. 593.

Com efeito, o tratamento conferido pelo novo código ao *incidente de assunção de competência* o diferencia da *composição de divergência*, conferindo às decisões proferidas no primeiro uma significação maior, no que diz respeito ao seu potencial de veicular um entendimento final do tribunal, permitindo sua qualificação como *precedentes vinculantes em sentido frágil*, quando seu julgamento se dá no âmbito dos tribunais superiores.

4.2.1.5. Precedentes persuasivos no direito brasileiro

No direito brasileiro, tal qual nos países de *civil law* em geral, os *precedentes persuasivos* são a regra. A exceção é a vinculatividade formal ou a especial força impositiva.⁶⁷⁸ Trata-se de categoria residual, sendo considerados persuasivos todos os precedentes aos quais não se reconheça, pelo direito positivo ou por construção jurisprudencial, efeitos vinculantes, ou em relação aos quais não haja, pelo ordenamento ou pela tradição jurídica, especial reprovação em caso de inobservância.

Nesta categoria devem ser incluídos os julgamentos proferidos pelo STF, mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade, no âmbito de suas turmas, haja vista que a tendência de reconhecimento de efeitos vinculantes, como observado, está restrito às decisões do plenário. Apesar do papel desempenhado pelo STF, do qual decorre o reconhecimento de um caráter vinculante às suas decisões, impõe-se reconhecer que as decisões oriundas de suas turmas, apesar de revestidas de grande influência persuasiva, não podem ser consideradas vinculantes, na medida em que não expressam a posição do tribunal a respeito da questão constitucional, mas apenas a posição de um de seus órgãos fracionários, que pode inclusive não se confirmar em um julgamento plenário.⁶⁷⁹

Também devem ser considerados precedentes persuasivos os acórdãos do STF, ainda que proferidos pelo plenário, que não enfrentem questão constitucional, na medida em que,

⁶⁷⁸ É bem verdade, contudo, que a crescente valorização dos precedentes, como observado nos tópicos precedentes deste trabalho, já começa a tornar menos segura a afirmativa, ainda recorrente na doutrina, de que os *precedentes* são, entre nós, em geral persuasivos.

⁶⁷⁹ Embora se concorde com a afirmativa de Marinoni, no sentido de que "não são apenas as decisões proferidas em recursos extraordinários *repetitivos* que obrigam os juízes e tribunais, mas as proferidas *em todo e qualquer* recurso extraordinário" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas (...)*. *Op. cit.*, p. 21)

para matéria infraconstitucional, a última palavra é dada, nos termos da Constituição da República, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos demais tribunais superiores, estes nas respectivas áreas de especialização. As decisões do STF, nesta hipótese, embora possam se revestir de grande peso, em razão da posição hierárquica ocupada pela Corte, não se revestem de efeitos vinculantes ou de particular eficácia impositiva para julgamentos futuros. Têm, sem dúvida, grande influência, mas ainda assim, meramente persuasiva.⁶⁸⁰

No âmbito do STJ, em que pese o especial papel desempenhado pelos recursos especiais e as respeitáveis opiniões em contrário na doutrina nacional,⁶⁸¹ pensamos que os acórdãos proferidos pelas turmas nos recursos especiais, em qualquer de suas três hipóteses de cabimento, são precedentes meramente persuasivos. Os acórdãos proferidos em sede de recurso especial nestes casos são meramente persuasivos, seja porque um acórdão de turma não reflete necessariamente o entendimento predominante no tribunal, seja pela própria instabilidade nos entendimentos adotados, como será abordado no capítulo subsequente.

Acórdãos proferidos pelo STJ em sedes diversas dos recursos especiais repetitivos, do incidente de resolução de demandas repetitivas, dos embargos de divergência ou do incidente de assunção de competência, tais como, por exemplo, em sede de *habeas corpus* ou mandado de segurança, em especial quando não julgados por um colegiado mais amplo, como as seções ou o órgão especial, são igualmente precedentes meramente persuasivos.

Igual compreensão é aplicável aos acórdãos proferidos em recursos de revista julgados pelas diferentes turmas do TST, que, por não expressarem a compreensão do tribunal como um todo a respeito da matéria decidida, não podem ser considerados precedentes vinculantes, quer em sentido forte, quer em sentido frágil. Podem ter, como de fato têm, valor persuasivo, mas a vinculatidade não se lhes pode ser reconhecida, porque não expressam uma visão

(itálicos no original), pensamos ser necessário limitar essa afirmação aos recursos extraordinários decididos pelo plenário, até porque esta tem sido a compreensão que o STF tem atribuído aos próprios julgados.

⁶⁸⁰ GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. In: *Revista dialética de direito processual*. vol. 10. São Paulo: Dialética, jan. 2004, pp. 45/46. Essa parece ter sido, inclusive, a ideia que norteou a redação do inciso IV do artigo 927 do CPC/2015, o qual, embora tratando de enunciados de súmula e não de precedentes, dispôs que serão observados pelos juízes e tribunais os enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal *em matéria constitucional*. Com isso, o novo código indica que, sendo a missão constitucional do STF a definição do sentido do ordenamento à luz da Constituição, os enunciados editados em matéria infraconstitucional (o que era usual no período precedente à Constituição da República de 1988, quando o STF exercia também as atribuições hoje cometidas ao STJ) não são mais obrigatórios, na medida em que a última palavra quanto ao sentido do direito infraconstitucional é do STJ.

⁶⁸¹ Por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. Op. cit.

unitária do direito, podendo inclusive se apresentar em conflito o entendimento das diferentes turmas a respeito de uma mesma questão jurídica.

Ressalte-se, quanto ao ponto, que o artigo 927, V, do Código de Processo Civil de 2015, ao dispor que os juízes e tribunais *observarão* "a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados" de certa forma manifestou o entendimento aqui defendido, no sentido de que acórdãos oriundos de órgãos fracionários de menor amplitude, como as turmas nos tribunais superiores, não necessariamente expressam a posição do tribunal a respeito da questão jurídica decidida, razão pela qual, a despeito do valor persuasivo de que possam se revestir, não podem ser consideradas vinculantes.

Por fim, são também persuasivos os precedentes dos demais tribunais superiores, com exceção daqueles resultantes do julgamento de incidentes de assunção de competência, que se qualificam, como já observado, como *precedentes vinculantes em sentido frágil*. Embora se reconheça que alguma diferenciação pode ser feita quanto aos efeitos que os precedentes dos demais tribunais superiores projetam, tal temática, dada a necessidade de limitação do âmbito de investigação no presente trabalho, não será objeto de abordagem, sem prejuízo de comentários pontuais ao se tratar dos mecanismos de uniformização de jurisprudência.

4.2.2. A *ratio decidendi* no direito brasileiro

Como observado anteriormente (*supra*, seção 3.1.3), a noção de *ratio decidendi* nos países de *common law* está ligada à determinação das teses jurídicas especificamente direcionadas à resolução do caso, sendo considerada *ratio decidendi* apenas a tese jurídica suficiente à sua solução.⁶⁸²⁻⁶⁸³ Excluem-se, assim, do conceito de *ratio decidendi*, nos países de *common law*, as decisões que tenham por objeto unicamente matéria fática, bem como

⁶⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 258.

⁶⁸³ Essa parece ter sido, em parte, a linha que se buscou adotar na redação final do projeto do Código de Processo Civil aprovada na Câmara dos Deputados, nos termos do Substitutivo apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira, haja vista que previu, no inciso I do §4º do artigo 521, que o efeito vinculante regulado no dispositivo não alcançava os fundamentos "prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão", então considerados como *obiter dicta*. Parecia, no entanto, a redação proposta se vincular mais à criticada concepção de *ratio decidendi* como passo *necessário* à obtenção do resultado, do que àquela que a considera apenas um passo *suficiente* à obtenção do resultado. A disposição, de toda forma, não subsistiu no texto aprovado no Senado Federal e que se converteu no CPC/2015.

aquelas que resolvam questões jurídicas que não conduzam diretamente a uma solução do caso sob julgamento, ou seja, que não se revelem *suficientes* à sua resolução (no que se incluem a maior parte das questões de ordem processual, como por exemplo as questões relativas à competência). De outra parte, predomina também nos países de *common law* o entendimento de que cada decisão contém apenas uma única *ratio decidendi*.⁶⁸⁴

Estas noções, construídas pela doutrina do *common law*, não se revelam adequadas à realidade presente no direito jurisprudencial brasileiro, vinculado à tradição do *civil law*.

Com efeito, o direito jurisprudencial brasileiro é marcado pela presença dos *precedentes interpretativos*, ou seja, de precedentes que veiculam a *interpretação* do direito positivo, desde a Constituição até os atos normativos secundários, situação que, embora presente também no *common law*, tem neste uma extensão mais reduzida.

Dessarte, deixar de lado, na construção de um conceito de *ratio decidendi* apropriado à realidade do direito jurisprudencial no Brasil, as teses jurídicas voltadas à resolução de questões relevantes no processo, ainda que não diretamente voltadas a proporcionar uma solução final ao caso concreto (decisões sobre *competência*, por exemplo), seria desconsiderar uma importante contribuição que o Judiciário brasileiro pode oferecer à construção do direito no Brasil, circunstância que vem sendo ressaltada pela doutrina nacional.

Tratando da questão, com muita propriedade leciona Marinoni que

O que se espera de um precedente, ou seja, a sua capacidade de estabilizar a compreensão de questão jurídica e de assegurar segurança jurídica, previsibilidade e igualdade, não pode constituir privilégio das soluções definitivas dadas a cada um dos casos. Em princípio, todas as questões, envolvidas e presentes de uma ou outra maneira nos vários processos jurisdicionais, devem contar com os benefícios da teoria dos precedentes.

As questões preliminares, necessárias para se chegar à análise do mérito ou do próprio caso, dão origem a decisões que obviamente têm plenas condições de oferecer uma *ratio decidendi*, caracterizando-se como precedentes a serem observados no futuro. Assim, por exemplo, a decisão acerca da competência da Corte para decidir determinada matéria, a decisão sobre hipótese de admissibilidade de recurso ou a decisão a respeito de pressuposto para o manejo da ação rescisória, para não se falar de inúmeras outras situações, todas elas carentes de estabilização por meio de precedentes.⁶⁸⁵

⁶⁸⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. *Op. cit.*, p. 253.

⁶⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 260.

Assim, a doutrina nacional vem reconhecendo, em proposição com a qual se concorda, que o conceito de *ratio decidendi*, no direito brasileiro, não se relaciona à resolução de *casos*, tal qual elaborado no *common law*, mas sim à resolução de *questões jurídicas* de ordem constitucional ou infraconstitucional que se apresentem no processo e cuja solução seja universalizável para aplicação em outros casos em que venham a se apresentar, permitindo assim uma constante construção ou reconstrução do sentido do direito.⁶⁸⁶

De outra parte, assiste razão à Thomas da Rosa de Bustamante, em especial quando se busca um conceito de *ratio decidendi* apropriado ao direito brasileiro, ao rejeitar a idéia predominante no *common law* de que cada decisão judicial tem uma única *ratio decidendi*. No direito brasileiro, é mais apropriado defender que cada decisão pode ter tantas *rationes decidendi* quantas forem as *questões jurídicas* nela resolvidas.⁶⁸⁷

Assim, no direito brasileiro, é preciso dar à *ratio decidendi* uma compreensão mais ampla do que aquela a ela atribuída no *common law*, alcançando não só a tese jurídica suficiente à solução do caso concreto ou de sua questão principal, mas também àquelas *questões jurídicas* que, embora não diretamente relacionadas à solução final do caso, tenham relevância para o desenvolvimento do direito, tais como as questões de ordem processual.

4.3. Súmulas no direito brasileiro

Os *enunciados ou verbetes de súmula* ou, simplesmente, *súmulas*,⁶⁸⁸ são enunciados que sintetizam o entendimento de um órgão jurisdicional, ordinariamente um tribunal, a respeito de determinada questão de direito, funcionando como um verdadeiro *instrumento*

⁶⁸⁶ Dentre outros: ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil (...)*. *Op. cit.*, pp. 613/615.

⁶⁸⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, pp. 257/258.

⁶⁸⁸ Embora rigorosamente a palavra *súmula* se refira ao conjunto de enunciados editados por um determinado órgão e não a cada um destes enunciados individualmente considerados, consolidou-se no discurso jurídico seu emprego neste último sentido, o que não se nos afigura impróprio, na medida em que simples figura de linguagem em que se toma a parte pelo todo (*sinédoque*). Sobre a crítica quanto ao uso da expressão *súmula* para designar cada um dos respectivos *enunciados* que a compõem, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A emenda constitucional nº 45 e o processo. In: *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 27/28; ainda desenvolvendo a crítica: *Idem*. Súmula, jurisprudência, precedente (...). *Op. cit.*, p. 303.

para sua exteriorização.⁶⁸⁹ Nas palavras do Código de Processo Civil de 2015, elas correspondem à sua jurisprudência dominante (artigo 926, §1º, CPC/2015).

Nesse aspecto, os enunciados de súmula não são uma decisão judicial, ou mesmo um conjunto de decisões judiciais, mas simples enunciados de algo já decidido e que consolida o entendimento firmado.⁶⁹⁰ Limitam-se a sintetizar o entendimento adotado, facilitando sua difusão. Têm, portanto, um caráter *informativo* e *didático*,⁶⁹¹ informando e orientando a comunidade jurídica e a sociedade em geral acerca da compreensão adotada pelo tribunal.

Caio Taranto, com o objetivo de enfatizar que os enunciados de súmula representam o entendimento sedimentado por um órgão jurisdicional após reiteradas decisões, em grande número de processos, chega a qualificá-las como *precedentes pluriprocessuais*.⁶⁹²

Não obstante, considerando-se que, consoante assentado (*supra*, seção 2.5.1), um precedente é, antes de tudo, uma *decisão judicial*, bem como que os enunciados de súmula não são decisões judiciais, mas a síntese da tese jurídica consagrada em anteriores decisões do órgão que a edita, não se afigura adequada a expressão *precedentes pluriprocessuais*.⁶⁹³

A doutrina nacional costuma afirmar que as súmulas são um fenômeno bastante particular no direito jurisprudencial brasileiro, eis que não encontrariam no direito comparado técnicas com idênticas ou similares características.⁶⁹⁴⁻⁶⁹⁵

⁶⁸⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência (...). *Op. cit.*, p. 18.

⁶⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. *Op. cit.*, p. 166; REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial (...). *Op. cit.*, p. 178. Na mesma linha, embora tratando especificamente das súmulas vinculantes, está a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, segundo o qual "a súmula vinculante não é autopoietica, não lhe basta uma singela *deliberação* do STF em normatizar dada matéria (o que acabaria por converter a Corte num legislador positivo), mas, antes, tal enunciado vinculativo só se legitima na medida em que representa o extrato de um entendimento bastante assentado, 'após reiteradas decisões sobre matéria constitucional' (*caput* do art. 103-A da CF). Portanto, a norma é o *prius* e a súmula vinculante o *posterius*" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 73).

⁶⁹¹ ERICKSEN, Lauro. A estruturação das súmulas e precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. vol. 20, n. 37. Rio de Janeiro: JFRJ, ago. 2013, p. 182.

⁶⁹² TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 212.

⁶⁹³ Como sintetiza Marinoni, as súmulas "são enunciados do tribunal acerca das suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente", são "metalinguagem, pois voltada a enunciar algo que já faz parte da linguagem da decisão judicial" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 214/215). No mesmo sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. "*Brazilian precedentes*". *Op. cit.*

⁶⁹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). *Segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 71. NOGUEIRA, Gustavo Santana. Precedentes vinculantes (...). *Op. cit.*, p. 248.

O instituto mais próximo encontrado no direito comparado seriam as *máximas* (*massime*) editadas pela Corte de Cassação italiana. Existe na estrutura da Corte um órgão denominado *Ufficio del Massimario*, composto por juízes, e cuja função é analisar as decisões da Corte de Cassação e delas extrair um ou mais enunciados, ordinariamente com um tamanho variável entre cinco e dez linhas, com a finalidade de sintetizar as regras de direito que serviram de fundamento ao julgado analisado.⁶⁹⁶

As máximas da Corte de Cassação se aproximam das súmulas brasileiras, na medida em que elaboradas *em termos muito gerais* e usualmente *sem qualquer referência expressa aos fatos do caso*, concentrando-se apenas em seus aspectos jurídicos.⁶⁹⁷

No entanto, apesar da proximidade, importantes aspectos diferenciam as *massime* da Corte de Cassação italiana dos enunciados de súmula brasileiros. De um lado, as *massime* são desprovidas de autoridade, o que não ocorre no Brasil, onde as súmulas, mesmo quando não vinculantes, gozam de grande prestígio, inclusive no ordenamento positivo. Sob outro aspecto, também há uma diferença quanto à sua elaboração, eis que na Corte de Cassação as *massime* não são elaboradas pelos próprios juízes que julgaram o caso.⁶⁹⁸

A introdução das súmulas se deu por obra do Ministro Victor Nunes Leal, que, com o apoio de seus pares no Supremo Tribunal Federal, aprovou, no ano de 1963, a adoção de verbetes que passariam a compor a então denominada *Súmula da Jurisprudência Predominante* daquela Corte.⁶⁹⁹ Foi um instrumento criado com o duplo objetivo de facilitar a difusão da jurisprudência do STF e, ao mesmo tempo, simplificar o julgamento do grande número de casos envolvendo matérias já decididas pela Corte, problema que à época já se fazia presente,⁷⁰⁰ embora em proporção menor do que a existente contemporaneamente.⁷⁰¹

⁶⁹⁵ É comum a referência de que os enunciados de súmula seriam uma herança do direito português, inspirada nos antigos assentos da Casa de Suplicação (GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF (...)*. *Op. cit.*, p. 44).

⁶⁹⁶ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. *Op. cit.*, p. 148.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 148.

⁶⁹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Súmulas, praticidade e justiça (...)*. *Op. cit.*, p. 72.

⁶⁹⁹ A introdução da "Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal" se deu por força de emenda ao regimento interno do STF datada de 28/08/1963 (LEAL, Victor Nunes. *Atualidade do Supremo Tribunal*. In: *Revista Forense*. vol. 208, Ano 61. Rio de Janeiro: Forense, out./nov./dez. 1964, p. 17).

⁷⁰⁰ O Ministro Victor Nunes Leal se referia ao crescente volume de processos no Supremo Tribunal Federal como um *fardo asfixiante* (*ibidem*, p. 15).

⁷⁰¹ ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante. In: *Revista justiça & cidadania*. Edição 106, maio 2009, p. 44.

A técnica de sintetizar em enunciados o entendimento adotado se difundiu, então, para os demais tribunais do país, nas mais diversas instâncias e Justiças, sendo hoje técnica amplamente utilizada e cuja aplicação vem sendo estimulada pelo legislador, que em sucessivas reformas vem dela extraindo consequências jurídicas de variada ordem (negativa de seguimento a recursos, dispensa de reexame necessário, autorização para julgamentos monocráticos nos tribunais, dentre outras), o que tem levado ao reconhecimento das súmulas como um *instrumento aceleratório* e um *instrumento de contenção* de processos.⁷⁰²

Esses enunciados, elaborados com a finalidade de orientar as instâncias inferiores a respeito da compreensão dos tribunais acerca de questões jurídicas por eles decididas, tinham inicialmente um caráter simplesmente persuasivo, mas o processo de fortalecimento desta técnica culminou, com a Emenda Constitucional nº 45/04, na possibilidade de edição, unicamente pelo Supremo Tribunal Federal, de enunciados de súmula vinculantes.

Quando sua observância é obrigatória, sujeitando-se inclusive a reclamação a decisão que as inobserve, diz-se que o enunciado de súmula é *vinculante*.⁷⁰³ De outra parte, quando sua observância não é obrigatória, limitando-se a orientar o caminho a ser seguido pelos demais órgãos judiciários, diz-se que o enunciado de súmula é *persuasivo*.

É também usual encontrar-se em doutrina referência a *súmulas impeditivas de recurso*⁷⁰⁴ ou *obstativas da revisão de decisões*,⁷⁰⁵ quando sua incidência impedir o processamento de recursos ou afastar a obrigatoriedade da remessa necessária. O suporte

⁷⁰² É um instrumento aceleratório, na medida em que a legislação processual possibilita a abreviação do procedimento, quando a matéria controvertida é objeto de súmula de tribunais superiores e é, ao mesmo tempo, um instrumento de contenção, na medida em que desestimulam o ajuizamento de ações que veiculem pretensão contrária ao entendimento consolidado em súmula de tribunal superior (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 172/183).

⁷⁰³ Alguns autores vão além, defendendo a propositura de ação rescisória, com fundamento no artigo 485, V, do CPC/73 (violação da lei), em face de decisão transitada em julgado que tenha violado ou aplicado indevidamente súmula vinculante. Nessa linha, por todos: MAIA, Izabelle Albuquerque Costa. Violação à súmula vinculante e cabimento de ação rescisória. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 243. O argumento central dos que defendem a admissibilidade da ação rescisória é justamente a *obrigatoriedade geral* de que se reveste o enunciado de súmula vinculante, o que de certa forma o aproxima de um ato normativo abstrato, tal qual a lei. O entendimento pela admissibilidade da ação rescisória é em alguma medida reforçado pelo CPC/2015, que admite, em termos mais amplos, a propositura de ação rescisória, quando a decisão transitada em julgado "*violar manifestamente norma jurídica*" (art. 966, V).

⁷⁰⁴ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. A súmula vinculante e a lei nº 11.417/06. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. n. 20. Rio de Janeiro: JFRJ, ago. 2007, p. 85.

⁷⁰⁵ REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial (...). *Op. cit.*, p. 179.

invocado pela doutrina para esta terceira espécie de súmulas seria, em especial, os artigos 518, §1º, e 475, §3º, ambos do Código de Processo Civil de 1973.⁷⁰⁶⁻⁷⁰⁷

No entanto, embora se possa naturalmente falar em súmula *impeditiva de recursos*, com fundamento nos dispositivos legais referidos, o critério aqui não diz respeito à eficácia dos enunciados de súmula, mas sim à sua origem. Com efeito, todas as súmulas - sejam elas vinculantes ou persuasivas - oriundas do STF ou do STJ poderiam ser qualificadas como *impeditivas de recursos*, em conformidade com o regramento atualmente contido no Código de Processo Civil. De outra parte, súmulas oriundas de tribunais de segundo grau de jurisdição nunca seriam impeditivas de recursos, nos termos desses mesmos dispositivos.⁷⁰⁸

O critério que permite distinguir entre *súmulas impeditivas de recursos* e *súmulas não impeditivas de recursos* é, portanto, predominantemente orgânico e secundariamente eficaz, de forma que, para os fins deste trabalho, opta-se por utilizar, para o fim de análise dos enunciados de súmula sob a ótica de sua eficácia, apenas as espécies anteriormente referidas de *súmulas vinculantes* e *súmulas persuasivas*.

4.3.1. Súmulas persuasivas

⁷⁰⁶ Art. 518. [...]

§1º. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...]

§3º. Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

⁷⁰⁷ Como já observado, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe significativa alteração no juízo de admissibilidade do recurso de apelação, que não é mais exercida pelo juízo de primeiro grau, mas unicamente pelo tribunal (artigo 1.010, §3º, do CPC/15). Desta forma, a regra contida no artigo 518, §1º, do CPC/73 não foi reproduzida no novo Código, por incompatibilidade com o novo regime do juízo de admissibilidade do recurso de apelação, não significando, portanto, qualquer diminuição no prestígio de que gozam as súmulas em nossa legislação processual. De outra parte, a dispensa da remessa necessária nas hipóteses em que a sentença houver se baseado em *súmula de tribunal superior* foi mantida no artigo 496, §4º, I, do CPC/15.

⁷⁰⁸ Embora dirigida não aos enunciados de súmula, mas ao que denomina *precedentes obstativos de recursos*, Yuri Guerzet Teixeira faz crítica semelhante à que aqui desenvolvemos em relação à qualificação das súmulas impeditivas de recursos como uma terceira categoria, ao lado das súmulas vinculantes e das persuasivas (TEIXEIRA, Yuri Guerzet. *Precedentes judiciais* (...). *Op. cit.*, pp. 100/101).

Os enunciados de súmula que aqui se denominam *persuasivos*⁷⁰⁹ são aqueles que, por sintetizarem o entendimento de um órgão jurisdicional a respeito de uma dada questão jurídica apreciada em sucessivos julgamentos, representando assim uma sedimentação ou estabilização da tese jurídica predominante, servem à orientação das instâncias inferiores, não sendo capazes, contudo, de predeterminar o resultado dos julgamentos em curso.

Como sugere sua qualificação, são enunciados cuja observância, pelo próprio órgão judicial que os editou ou pelos demais órgãos do Judiciário, não é impositiva, de modo que sua inobservância não enseja, por exemplo, a propositura de reclamação.

A ausência do atributo de obrigatoriedade não significa, no entanto, que sejam desprovidas de valor no sistema jurídico brasileiro, pois, como observa a doutrina, esses enunciados, principalmente quando oriundos de tribunais superiores, são *normalmente seguidos pelos demais tribunais e juízes*,⁷¹⁰ até porque, como observado, as sucessivas reformas da legislação processual têm a elas atribuído crescente importância na construção de mecanismos de aceleração do procedimento, tais como o julgamento monocrático de recursos, o julgamento de improcedência liminar e a dispensa do reexame necessário.

As súmulas persuasivas são a regra no direito jurisprudencial brasileiro, desde a sua introdução entre nós pelo Supremo Tribunal Federal em 1963.⁷¹¹ Assim, com exceção das súmulas vinculantes, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, objeto de comentário no tópico subsequente, todos os demais enunciados de súmula, editados por quaisquer dos tribunais, de segundo grau ou superiores e, inclusive, pelo STF, não são de observância obrigatória, servindo unicamente como um *guia* a nortear a sociedade e as instâncias inferiores acerca do entendimento que se consolidou em um dado tribunal.

⁷⁰⁹ Diferentemente das *súmulas* do STF de observância obrigatória, que recebem da própria Constituição o qualificativo *vinculantes*, as demais súmulas, que não possuem tal eficácia, não recebem na legislação qualquer designação específica, pelo que se encontra na doutrina referência a súmulas *ordinárias, comuns, simples* ou *persuasivas* (FERREIRA, Antonio Carlos. Direito processual civil e súmulas do STJ. *Op. cit.*, p. 20; NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. *Op. cit.*, p. 92). Neste trabalho, nos casos em que se faz referência às súmulas não vinculantes, optou-se pelo emprego do termo *súmula persuasiva*, que realça a função de orientação por estas exercida, a despeito da ausência de obrigatoriedade. A expressão é empregada, dentre outros, por Francisco Rosito (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais (...)*. *Op. cit.*, pp. 432/434).

⁷¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. *Op. cit.*, p. 88.

⁷¹¹ Como observa Rodolfo de Camargo Mancuso, "*disseminou-se o entendimento de que a súmula, tout court, tem caráter só persuasivo*" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos (...)*. *Op. cit.*, p. 179).

Não altera esta conclusão o tratamento conferido à matéria pelo CPC/2015. Muito embora o inciso IV do artigo 927 disponha que os juízes observarão "os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional", não há aqui a atribuição de um efeito vinculante.

Como já observado, o artigo 927 reuniu situações dificilmente subsumíveis a um regramento único do ponto de vista eficaz, devendo cada uma das hipóteses nele previstas ser analisada individualmente à luz da Constituição, a fim de nela buscar um fundamento para a atribuição de um verdadeiro *efeito vinculante* ou apenas, como defende Cássio Scarpinella Bueno, para nelas identificar simples *norma diretiva de maior otimização* de sua aplicação.

No caso específico do inciso IV do artigo 927, não parece ser possível justificar a atribuição de efeitos vinculantes a todos os enunciados de súmula emitidos pelo STF e pelo STJ. De um lado, há de se ressaltar, relativamente ao STF, que a própria Constituição exige um procedimento específico para que os enunciados não vinculantes do STF possam, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, ser considerados vinculantes. O legislador não poderia, portanto, simplesmente desconsiderar a exigência formal contida na Constituição e atribuir efeitos vinculantes genéricos a todos os enunciados da súmula do Supremo Tribunal Federal.

De outra parte, chama a atenção a circunstância de que não está incluído dentre o rol de hipóteses em que cabível a reclamação (artigo 988 do CPC/2015) a inobservância das súmulas do STF e do STJ, com exceção das súmulas vinculantes do STF, hipótese aliás expressamente contemplada pela Constituição. Não nos parece, desta forma, que o Código de Processo Civil de 2015 tenha introduzido em nosso ordenamento qualquer outra hipótese de vinculação a enunciados de súmula, além daquela já prevista no artigo 103-A da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04.

4.3.2. Súmulas vinculantes

Ao lado das súmulas *persuasivas* ou comuns, da tradição do direito brasileiro desde 1963, passou a ser admitida, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, a edição,

exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, de enunciados dotados de efeitos vinculantes, as assim denominadas *súmulas vinculantes*.

São enunciados que, diferentemente dos persuasivos, desempenham um papel que vai além da simples orientação das instâncias inferiores, eis que, como expressamente dispõe a Constituição da República (artigo 103-A, *caput*), terão "efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal", assemelhando-se a um ato normativo abstrato.⁷¹²⁻⁷¹³

A introdução da súmula vinculante foi acompanhada de críticas vigorosas por parcela da doutrina, que nela via um mecanismo inconstitucional, em especial por violar o princípio da separação de poderes (na medida em que de certa forma atribuía ao Poder Judiciário uma função normativa abstrata e geral, à semelhança da atividade legislativa) e da independência judicial (principalmente se considerado que havia proposta, ao final não aprovada, de punição aos juízes que inobservassem os enunciados de súmula vinculante).⁷¹⁴

De outra parte, a própria necessidade da introdução de enunciados de súmula vinculante em nosso sistema jurídico foi questionada, na medida em que se verifica, tanto no plano legislativo, quanto no jurisprudencial, uma tendência consolidada e irreversível de atribuição de efeitos vinculantes às decisões do plenário do Supremo Tribunal Federal, não só no controle concentrado de constitucionalidade, mas também no controle difuso.⁷¹⁵

Parece de fato contraditória a edição de enunciados vinculantes, se as decisões que os precederam e lhes dão suporte, ao que vem entendendo o STF, teriam, elas próprias, efeitos

⁷¹² DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Súmula vinculante: legitimação pelo procedimento e participação do *amicus curiae*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 205/206.

⁷¹³ Por tal razão, Rodolfo de Camargo Mancuso, a seu respeito, leciona que "[...] vista sob esses lindes, não há como negar que a súmula vinculante passa a produzir efeitos análogos ao da norma legal, balizando condutas para o Judiciário, Administração Pública e os próprios jurisdicionados, atuando sob o trinômio 'obrigatoriedade-abstração-generalidade'" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 89).

⁷¹⁴ Para uma análise dos principais argumentos contrários à adoção da súmula vinculante, cf. GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes e independência judicial. In: *Revista dos tribunais*. Ano 86. vol. 739. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 1997, pp. 11/42. Para uma síntese dos argumentos favoráveis e contrários à adoção da súmula vinculante cf., ainda: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial* (...). *Op. cit.*, pp. 210/223; WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro* (...). *Op. cit.*, pp. 172/177.

⁷¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 80.

vinculantes, a desafiar até mesmo a interposição de reclamação, caso inobservadas pelas instâncias inferiores ou pela Administração Pública em casos similares.

A resposta a tal questionamento nos é dada por Luiz Guilherme Marinoni, que vê na súmula vinculante um instrumento importante, a despeito da crescente atribuição de efeitos vinculantes às decisões do STF também no controle difuso, na medida em que se prestam à *individualização da ratio decidendi*, cuja apreensão nem sempre é simples, como se verifica pelo amplo debate que, mesmo nos países de *common law*, existe em relação às técnicas para sua determinação. Além disso, a falta de expressa previsão constitucional ou legal de atribuição de efeitos vinculantes às decisões oriundas do controle difuso confere às súmulas vinculantes a virtude adicional de afastar qualquer questionamento acerca da obrigatoriedade de se observar o entendimento consagrado pelo STF no controle difuso.⁷¹⁶

Neste tópico, não se tem por objetivo esgotar as questões relativas aos enunciados de súmula vinculante, mas apenas evidenciar alguns aspectos procedimentais relevantes à compreensão de seu papel no direito jurisprudencial brasileiro.

O procedimento para sua edição está regulado no artigo 103-A da CRFB/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04, que estabelece como requisitos formais que sua aprovação se dê por voto favorável de pelo menos dois terços dos membros do STF (oito de seus membros) e, ainda, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Dos dois requisitos, maior dificuldade oferece o segundo, que exige seja a edição do enunciado precedida de *reiteradas decisões* sobre matéria constitucional, na medida em que inexistente parâmetro objetivo para determinação do número mínimo de decisões necessário para caracterização da reiteração exigida pela Constituição, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, caso a caso, determinar o momento a partir do qual a discussão de determinada matéria está suficientemente madura a ensejar a edição de enunciado vinculante.⁷¹⁷

⁷¹⁶*Ibidem*, pp. 82/83.

⁷¹⁷ Exatamente neste sentido leciona José Rogério Cruz e Tucci que "a expressão 'reiterados pronunciamentos', dada sua evidente imprecisão, deverá ser interpretada a partir da existência de alguns precedentes uniformes sobre determinada questão. A análise objetiva da Suprema Corte é que irá estabelecer se a validade, a interpretação e os efeitos de uma *quaestio iuris*, de natureza constitucional, já se encontram suficientemente consolidados, a ponto de ser alçada à categoria de precedente sumulado" (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia(...). *Op. cit.*, p. 119).

Outra questão diz respeito ao órgão prolator das *reiteradas decisões* que servirão de fundamento à edição da súmula vinculante, se tais decisões devem ser necessariamente oriundas do plenário do STF ou se suficientes a tal fim decisões oriundas de suas turmas isoladamente. Sobre o ponto, anotamos em dissertação elaborada no mestrado que não há uma exigência constitucional de que as *decisões reiteradas* tenham sido necessariamente proferidas pelo plenário, admitindo-se a edição de enunciado com base em decisões das respectivas turmas, a exemplo do que ocorreu com as súmulas vinculantes nº 11 e 16, que contaram com um único precedente do plenário, sendo os demais oriundos das turmas.⁷¹⁸

Estabelece, ainda, a Constituição da República, no artigo 103-A, requisitos materiais para a edição de súmulas vinculantes. De um lado, seu objeto deve se restringir “à validade, à interpretação e à eficácia de normas determinadas” “sobre matéria constitucional” e, de outro, faz-se necessário que a matéria sumulada configure “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. Desta forma, há uma limitação material à edição de enunciados de súmula vinculante, cujo objeto, ainda que em termos relativamente indeterminados, é definido na própria Constituição.

A Constituição também previu expressamente a *revisão* ou o *cancelamento* dos enunciados de súmula vinculante (artigo 103-A, *caput* e §2º), mediante provocação de qualquer dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade ou, ainda, de ofício pelo próprio STF, em procedimento a ser regulamentado em lei, temas que serão objeto de análise no sexto capítulo (*infra*, seção 6.13.2.1).

Por fim, previu o §3º do artigo 103-A que o ato administrativo ou a decisão judicial que contrariarem enunciado de súmula vinculante poderão ser impugnados por meio de reclamação diretamente junto ao STF, o qual poderá, em reconhecendo tal contrariedade, “anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

⁷¹⁸ De fato, observou-se, em nosso anterior estudo, que “as súmulas vinculantes nº 11 (relativa ao uso de algemas) e nº 16 (garantia de remuneração não inferior ao salário mínimo para os servidores públicos), por exemplo, tiveram cada uma delas um único precedente oriundo do Plenário, sendo que todos os demais precedentes foram oriundos ou da 1ª Turma ou da 2ª Turma, o que evidencia ser entendimento daquela Corte que

O dispositivo constitucional que tratou das súmulas vinculantes foi regulamentado pela Lei 11.417/06, que, em linhas gerais, limitou-se a reproduzir o texto constitucional, até porque o artigo 103-A da Constituição da República conferiu um tratamento minucioso à matéria, de forma que “a norma infraconstitucional não poderia – como de fato não o fez – regular diversamente aquilo que a norma constitucional já fixou com precisão”.⁷¹⁹

Assim, a lei reafirmou a regra constitucional atributiva de competência exclusiva ao STF para edição de enunciados de súmula vinculante (artigos 1º e 2º da Lei 11.417/06), bem como as exigências constitucionais de que sua edição se dê em razão de reiteradas decisões do STF, observado o *quorum* de dois terços para sua aprovação (artigo 2º, *caput* e §3º, da Lei 11.417/06). Reproduziu, ainda, o artigo 2º, §1º, da lei regulamentadora, o disposto na Constituição acerca do objeto dos enunciados de súmula vinculante.⁷²⁰

Apoiando-se no permissivo do §2º do artigo 103-A da Constituição, a lei ampliou o rol dos legitimados a provocar a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, para nele incluir o Defensor Público-Geral da União, os tribunais superiores e os tribunais de segundo grau das Justiças Estadual, Federal, do Trabalho, Militar e Eleitoral, bem como, de forma limitada, os municípios, que poderão propor sua edição, revisão ou cancelamento “incidentalmente ao curso de processo em que seja parte” (artigo 3º da Lei 11.417/06).⁷²¹

Dispôs, ainda, a lei, que os processos de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante deverão ter a *intervenção obrigatória do Ministério Público*, na pessoa do Procurador-Geral da República (artigo 2º, §2º, da Lei 11.417/06), dado o interesse público de que se revestem os procedimentos relativos ao *ciclo devida* dos enunciados de observância obrigatória pelo Judiciário e pela Administração Pública.

Além disso, a participação de *amici curiae* é também expressamente admitida pela lei, em seu artigo 3º, §2º, de forma a ampliar a participação social nas discussões relativas à edição, revisão e cancelamento de enunciados vinculantes. Além disso, de forma a se dar

as *reiteradas decisões* mencionadas no texto constitucional não precisam ser decisões do Plenário do Supremo" (ROMANO NETO, Odilon. *Coisa julgada inconstitucional* (...). *Op. cit.*, p. 156).

⁷¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 257.

⁷²⁰ Art. 2º, §1º. O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

⁷²¹ FUX, Luiz. *A reforma do processo civil* (...). *Op. cit.*, pp. 278/280.

amplo conhecimento à sociedade acerca da proposta de edição de súmula vinculante, previu o regimento interno do Supremo Tribunal Federal sua divulgação por meio de edital publicado não só no diário oficial, mas também no próprio sítio do STF na internet.⁷²²

Tratou também a lei dos efeitos temporais das súmulas vinculantes, dispondo que as mesmas têm efeitos imediatos a partir de sua publicação, ou seja, *ex nunc* (artigo 4º da Lei 11.417/06). Em outras palavras, sua vinculação se projeta para o futuro, devendo as decisões proferidas a partir de sua edição observar o quanto nelas disposto.

Ainda no que diz respeito aos efeitos das súmulas vinculantes, contém a lei expressa autorização para a sua modulação temporal, fixando-se um marco futuro a partir do qual a vinculação se imporá aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, ou, ainda, de restrição da extensão de seu efeito vinculante, exigindo-se, em qualquer das duas situações, a aprovação também por 2/3 dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A regra tem inspiração no artigo 27 da Lei 9.868/99 e no artigo 11 da Lei 9.882/99, que regularam a modulação temporal no controle concentrado de constitucionalidade. Não obstante, como já observou a doutrina, o tratamento do tema, em relação às súmulas vinculantes, apresenta peculiaridade consistente na possibilidade de, além da modulação temporal, haver uma *restrição* quanto à extensão dos próprios efeitos vinculantes do enunciado.⁷²³ A restrição que o STF pode impor aos efeitos vinculantes do enunciado, portanto, não é apenas temporal, podendo alcançar, por exemplo, seus destinatários.⁷²⁴

Esses são, portanto, alguns dos aspectos de especial relevância no tratamento constitucional e infraconstitucional dos enunciados de súmula vinculante, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45/04, e que, ao lado dos tradicionais enunciados persuasivos, formam o particular *plano das súmulas ou dos enunciados de súmula*, de fundamental importância no direito brasileiro, ao lado dos *planos dos precedentes e da jurisprudência*.

⁷²² Art. 354-B. Verificado o atendimento dos requisitos formais, a Secretaria Judiciária publicará edital no sítio do Tribunal e no *Diário da Justiça Eletrônico*, para ciência e manifestação de interessados no prazo de cinco dias, encaminhando a seguir os autos ao Procurador-Geral da República.

⁷²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários (...). *Op. cit.*, p. 274.

4.3.3. Interpretação e aplicação das súmulas

Consoante exposto no segundo capítulo, ao se tratar da interpretação das decisões judiciais (seção 2.9), embora estas sejam o resultado da atividade interpretativa realizada sobre textos normativos, elas são igualmente formalizadas em textos, razão pela qual submetem-se à interpretação, em futuros julgamentos em que invocada a sua incidência.

O mesmo fenômeno se passa com os enunciados de súmula. Estes são elaborados com o objetivo de sintetizar a tese jurídica acolhida em reiterados julgamentos relativos a um mesmo tema, *correspondendo à jurisprudência dominante* dos tribunais que os editam. Buscam enunciar, de maneira clara e sintética, a *ratio decidendi* dos julgados que lhes deram origem, facilitando sua compreensão e seu conhecimento pela comunidade jurídica e pelos jurisdicionados. No entanto, quando é invocada, num caso futuro, a incidência de um enunciado, este acaba por se submeter novamente a uma atividade interpretativa.⁷²⁵

Dessarte, assim como a interpretação e a aplicação futura das decisões judiciais não pode se desvincular das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes nos casos que lhes deram origem, também a interpretação dos enunciados de súmula não pode se desvincular dos julgados que deram ensejo à sua edição.⁷²⁶

A interpretação de um enunciado de súmula e a sua aplicação a casos futuros exigem sejam considerados os julgados a partir dos quais ele foi elaborado e que formam o *contexto em que seu deu a sua edição*.⁷²⁷ Impõe-se considerar as circunstâncias fáticas e jurídicas

⁷²⁴ “Pode o STF, por exemplo, estabelecer que os efeitos vinculantes de certa súmula só atinjam União e Estados Federados e não municípios. Ou só municípios com população acima de determinado número de habitantes. Evidentemente, sempre tendo como pano de fundo o excepcional interesse público” (*ibidem*, p. 274).

⁷²⁵ Consoante leciona Mancuso, “não só a lei, mas também a Súmula, carece de interpretação, seja para se alcançar o seu vero significado, seja para saber se, realmente, o caso concreto a ela se subsume” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 113). Em outra passagem, agora relativa às súmulas vinculantes, leciona que “[...] a aplicação da súmula obrigatória não dispensa o labor interpretativo, senão que até o pressupõe, seja para captar a exata compreensão e extensão do enunciado, seja para dele extrair o princípio que lhe constitui o cerne (a *ratio decidendi*, do Direito anglo-americano), seja, enfim, para *verificar se o caso concreto se enquadra na fórmula sumulada*” (itálicos no original) (*ibidem*, p. 236).

⁷²⁶ Daí porque não se concorda com a afirmativa de Carlos Henrique Soares, no sentido de que “os motivos que levaram a edição das súmulas com efeito vinculante não são relevantes para sua aplicação, tendo em vista seu caráter abstrato e genérico” (SOARES, Carlos Henrique. O precedente judicial e a súmula com efeito vinculante no novo código de processo civil brasileiro. In: ALVIM, Thereza Arruda et al. (coords.). *O novo código de processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 389).

⁷²⁷ FERREIRA, Antonio Carlos. Direito processual civil e súmulas do STJ. *Op. cit.*, p. 23.

presentes nos casos que ensejaram a edição do enunciado de súmula, a fim de verificar se estas mesmas circunstâncias se fazem presentes nos casos em que a sua aplicação é invocada.

Como bem ressalta Thomas da Rosa de Bustamante, embora o enunciado de súmula encerre o resultado de uma discussão acerca de uma determinada questão jurídica, buscando conferir a tal resultado um caráter universal (aquilo que, servindo-se da terminologia de Klaus Günther, denomina *discurso de justificação*), a aplicação deste enunciado não dispensa o intérprete e aplicador do direito do ônus de demonstrar que o caso sob análise tem as mesmas características fáticas daqueles que deram origem ao enunciado (o que denomina, também a partir da terminologia estabelecida por Klaus Günther, *discurso de aplicação*).⁷²⁸

Em outras palavras, a interpretação e a aplicação de um enunciado de súmula a casos futuros não pode se transformar numa atividade automatizada, a dispensar uma confrontação dos casos que deram origem à súmula com o caso em que pretendida sua aplicação, sob o risco de, em assim não se procedendo, ver-se aplicados enunciados de súmulas a casos essencialmente diversos daqueles que deram ensejo à sua edição.

4.4. A jurisprudência no direito brasileiro

⁷²⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça (...). *Op. cit.*, p. 99. E ainda, sintetizando seu pensamento: "A súmula vinculante é o produto de um discurso de justificação de regras gerais, o qual deve ser necessariamente completado por um discurso de aplicação dessas regras" (*ibidem*, p. 104). Para uma exposição mais completa da distinção entre *discurso de justificação* e *discurso de aplicação* no pensamento de Klaus Günther, bem como da crítica desenvolvida acerca da qualificação, em seu pensamento, do discurso jurídico como um simples *discurso de aplicação*, remete-se à profunda análise desenvolvida também por Thomas da Rosa de Bustamante em seu livro em que busca estabelecer uma teoria normativa da argumentação com precedentes judiciais, no qual, embora aceitando a distinção entre as duas modalidades de discurso, manifesta sua adesão à concepção do discurso jurídico como um simples *discurso de aplicação* (*Idem. Teoria do precedente judicial (...). Op. cit.*, pp. 217/240). É importante ressaltar que Thomas da Rosa de Bustamante, embora adotando a mesma terminologia de Klaus Günther (*discurso de justificação* e *discurso de aplicação*), até por aceitar como correta a diferenciação entre as duas modalidades de discurso, a elas atribui um significado diverso na sua relação com o *discurso jurídico* e na operação com precedentes, na medida em que, diferentemente do que propõe Günther, Bustamante não reduz o discurso jurídico a um mero *discurso de aplicação*, como se a *justificação* da norma houvesse sido concluída com o encerramento do processo legislativo, mas entende, em linha diversa, que os *discursos de justificação* e de *aplicação* coexistem no discurso jurídico, eis que este não é voltado unicamente à aplicação de uma norma, mas também à demonstração de sua validade (*justificação*). Também tratando da distinção entre *discurso de justificação* e *discurso de aplicação*, na medida em que reconhece sua relevância na *construção dos métodos contemporâneos de solução das demandas de massa*, bem como desenvolvendo análise acerca desses conceitos em Klaus Günther, cf. ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes judiciais (...). Op. cit.*, pp. 122/127.

O terceiro plano em que se desenvolve o direito jurisprudencial no Brasil é, como observado, o *plano da jurisprudência*, caracterizado pela sedimentação de entendimentos judiciais a partir da reiteração de julgados uniformes acerca de uma mesma questão jurídica, no âmbito de um tribunal ou de uma Justiça. Como exposto no segundo capítulo, a distinção entre precedente e jurisprudência é essencialmente *quantitativa* (*supra*, seção 2.7).

Dentre o rol de questões em torno das quais a doutrina brasileira desenvolve suas discussões no *plano da jurisprudência*, duas apresentam especial interesse para o objeto do presente estudo, de forma que sobre elas se concentrará a atenção.

De um lado, nossa legislação processual, em especial o CPC/73 e, na mesma linha, o CPC/2015 ordinariamente utilizam o termo *jurisprudência* combinado a qualificativos como *dominante*, *predominante* ou *pacífica*, de forma a deles extrair efeitos jurídicos, tais como a possibilidade de julgamento monocrático de recursos, a dispensa do reexame necessário, dentre outros. No próprio tema objeto de investigação principal nesta tese, é de se observar que o artigo 927, §4º, do CPC/2015, impõe a incidência do princípio da proteção da confiança, dentre outros casos, quando da modificação na *jurisprudência pacífica*. Impõe-se, portanto, alguma consideração sobre esses qualificativos.

De outra parte, tem sido uma preocupação constante no direito processual brasileiro, desde suas origens, o desenvolvimento de mecanismos voltados à *uniformização da jurisprudência*, razão pela qual se faz também necessário tecer breves considerações a respeito dos principais mecanismos entre nós desenvolvidos para tal fim.

Quanto a este último aspecto, é importante destacar que muitas das técnicas desenvolvidas no direito brasileiro para a obtenção de uma unidade na jurisprudência se servem, na sua operacionalização prática, de decisões isoladas de tribunais.

Em outras palavras, a partir da operação com decisões isoladas ou *precedentes* (em sentido amplo), buscam várias das técnicas desenvolvidas promover a uniformidade na *jurisprudência*. É o que ocorre, por exemplo, com o recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial, que, não obstante tenha o propósito de alcançar uma uniformidade na interpretação do direito federal nos diferentes tribunais (sendo, neste sentido, um *mecanismo de uniformização de jurisprudência*), serve-se, para alcançar tal objetivo, do confronto entre

decisões isoladas (ou *precedentes em sentido amplo*). Tal conexão entre precedentes e jurisprudência nos mecanismos de uniformização de jurisprudência decorre da circunstância, já referida, de entre ambos haver uma distinção meramente quantitativa.

Sobre esses dois aspectos específicos das discussões desenvolvidas no *plano da jurisprudência* - utilização qualificada do termo *jurisprudência* e *mecanismos de uniformização de jurisprudência* - será direcionada a análise nas seções subsequentes.

4.4.1. Jurisprudência dominante, predominante e pacífica

Conforme anteriormente mencionado, o direito positivo brasileiro sempre atribuiu importância à jurisprudência de nossos tribunais, embora em regra as decisões por eles proferidas sejam desprovidas de eficácia vinculante, a exemplo do que se passa na generalidade dos países vinculados à tradição do *civil law*, tais como Portugal, França, Alemanha e Itália, objeto de análise específica no capítulo terceiro.

De outra parte, embora o conceito de jurisprudência já tenha sido discutido no segundo capítulo, cabe observar que o direito positivo brasileiro, em especial os Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015, em muitas oportunidades utiliza o termo *jurisprudência* de forma qualificada, ao se referir à *jurisprudência dominante*, *predominante* ou *pacífica*, com o fim de extrair de tais qualificações consequências jurídicas de ordem processual, em especial a abreviação do curso do processo, por meio do manejo de técnicas variadas de aceleração procedimental (julgamento monocrático, negativa de seguimento a recursos, dentre outras).

Assim, por exemplo, o CPC/73 emprega o termo jurisprudência de forma qualificada para (a) autorizar o relator a julgar monocraticamente conflitos de competência relativos a questão sobre a qual haja *jurisprudência dominante* do próprio tribunal (art. 120, parágrafo único), (b) autorizar o julgamento monocrático pelo relator de agravos interpostos em face da decisão que inadmite, na origem, recurso extraordinário ou especial, seja para negar-lhes seguimento ou dar-lhes provimento, sempre que houver *jurisprudência dominante* do STF ou do STJ sobre a matéria (art. 544, §4º, *b* e *c*), (c) autorizar o julgamento monocrático de recursos por parte do relator, quando a pretensão recursal for contrária à *jurisprudência*

dominante do respectivo tribunal, do STF ou do STJ ou, ainda, quando a decisão recorrida estiver em confronto com a *jurisprudência dominante* do STF ou do STJ (art. 557, *caput* e §1º, assim como, de forma combinada, o art. 527, I), (d) presumir a existência de repercussão geral no recurso extraordinário que ataque decisão contrária a *jurisprudência dominante* do STF (art. 543-A, §3º) e, ainda, (e) para autorizar o relator do recurso especial a determinar a suspensão de recursos em tramitação nos tribunais de segundo grau a respeito da mesma questão jurídica, quando sobre esta já houver *jurisprudência dominante* do tribunal (art. 543-C, §2º). Além disso, o CPCP/73 fala em *jurisprudência predominante* ao dispor, no artigo 479, parágrafo único, que os tribunais editarão *súmulas de sua jurisprudência predominante*.

O CPC/2015 seguiu o mesmo caminho, também fazendo uso do termo *jurisprudência* de forma qualificada, empregando a expressão *jurisprudência dominante*, (a) ao dispor que os tribunais editarão enunciados de súmula a ela correspondentes (artigo 926, §1º), (b) ao prever que, nos casos de alteração de *jurisprudência dominante* do STF ou do STJ, pode ser utilizada a técnica da modulação dos efeitos temporais no interesse social e no da segurança jurídica (artigo 927, §3º) e, ainda, (c) ao reconhecer a existência de repercussão geral ao recurso que impugne decisão contrária a *jurisprudência dominante* do STF (artigo 1.035).

Além disso, o CPC/2015 emprega a expressão *jurisprudência pacífica*, com particular interesse para o presente estudo, uma vez que veicula regra no sentido de que sua *modificação* deva observar "a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia" (artigo 927, §4º).⁷²⁹

Na medida em que o legislador brasileiro faz uso recorrente das expressões *jurisprudência dominante*, *predominante* ou *pacífica*, delas extraindo consequências sobre a marcha do processo, afigura-se relevante definir os limites conceituais dessas expressões, a fim de que seu emprego se revista de um mínimo rigor científico, capaz de proporcionar segurança na compreensão dos diferentes dispositivos legais que a elas fazem referência.

A tarefa apresenta considerável dificuldade, pois as expressões, como anota Rodolfo de Camargo Mancuso, se inserem no rol de conceitos jurídicos indeterminados, embora seja possível conferir-lhes ao menos alguns contornos razoavelmente definidos.⁷³⁰

⁷²⁹ Rigorosamente, o artigo 927, §4º, do CPC/2015 utiliza a expressão *jurisprudência pacificada*, que no presente trabalho se considera expressão sinônima à *jurisprudência pacífica*.

⁷³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, p. 71.

Para tanto, invoca o autor⁷³¹ o julgamento, no STJ, do agravo regimental no agravo interno 269.928/MG,⁷³² no qual a Ministra Nancy Andrichi tentou, em seu voto, definir o termo *jurisprudência dominante*, propondo que esta seja compreendida como a "que predomina, não tendo de ser necessariamente uníssona", de forma que "ainda que haja decisão unipessoal em que se consubstancie entendimento diverso do esposado, esta não é razão por si só suficiente a retirar o rótulo de 'dominante' à jurisprudência".

Em outras palavras, a jurisprudência, para se caracterizar como *dominante* ou *predominante*, não precisa ser necessariamente *pacífica*, ou seja, admitem-se julgados isolados em sentido divergente, sem que reste descaracterizado o entendimento predominante em determinado tribunal ou Justiça. Nesse aspecto, não é possível traçar uma distinção entre os termos *jurisprudência dominante* (de maior incidência na legislação) e *jurisprudência predominante* (de menor incidência), devendo ambas ser tratadas como sinônimas.⁷³³

Nessa linha, afigura-se valiosa a lição de Fábio Monnerat, para quem a *jurisprudência dominante* se caracteriza pela "existência de vários julgados sobre a mesma matéria em sede de tribunais com uma quantidade considerável de julgados em mais de um sentido, mas onde é possível a constatação de que a um dos entendimentos possui maior aplicação".⁷³⁴

Em outras palavras, a *jurisprudência dominante* ou *predominante* é aquela que se expressa de forma majoritária no âmbito de um tribunal ou de uma Justiça, revelando a compreensão mais aceita a respeito de determinada questão jurídica, embora possa eventualmente haver julgados isolados dissonantes. A demonstração do caráter majoritário ou dominante da jurisprudência, por certo, atrai um ônus argumentativo para aquele que a invoca, que deverá demonstrar o predomínio da linha de entendimento na jurisprudência.

De outra parte, *pacífica* ou *pacificada* é a jurisprudência consolidada em um determinado sentido, de forma que, ou não se encontram julgados em sentido diverso ou, se encontrados, estes não são relevantes no contexto das decisões proferidas a respeito do tema,

⁷³¹ *Ibidem*, pp. 71/72.

⁷³² STJ. 2ª Turma. Ag no AResp 269.928/MG. Rel. Min. Nancy Andrichi. J. 02/03/2000. DJU 27/03/2000.

⁷³³ Tratando as expressões *jurisprudência dominante* e *jurisprudência predominante* como sinônimas: MADEIRA, Daniela Pereira. O novo enfoque dado à jurisprudência e a sociedade moderna. *Op. cit.*, p. 367.

⁷³⁴ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada (...). *Op. cit.*, p. 352.

em especial porque podem ser considerados superados, a partir de uma análise contextualizada e inserida no tempo das decisões do tribunal ou Justiça.⁷³⁵

Assim, parece-nos que *jurisprudência pacífica*, no sentido empregado no CPC/2015 (artigo 927, §4º), é aquela que não encontra contraste em outras decisões do mesmo tribunal ou Justiça ou, pelo menos, que não encontra contraste *atual*, porque eventuais decisões em sentido contrário são antigas, a indicar que representam um entendimento superado e que não mais reflete a compreensão do tribunal ou da Justiça a respeito da questão jurídica analisada.

4.4.2. Mecanismos de uniformização de jurisprudência

A uniformidade de entendimentos jurisprudenciais é medida que prestigia diversos princípios constitucionais, em especial a *igualdade* e a *segurança jurídica*,⁷³⁶ inclusive na sua vertente subjetiva, manifestada por meio da *proteção da confiança*. Exatamente por esta razão, o direito processual brasileiro tem buscado, ao longo de sua evolução, desenvolver mecanismos de variada ordem com o objetivo de uniformizar a jurisprudência dos tribunais, assegurando uma interpretação unívoca do ordenamento jurídico.

Essa busca pela uniformidade se faz presente desde o período colonial, com a tradição lusitana de edição de *assentos obrigatórios*, técnica entre nós utilizada até o advento da República, com a promulgação da Constituição de 1891, quando foi abandonada e logo substituída por outros instrumentos, tais como o *prejulgado* e o *recurso de revista*. Com a evolução do direito processual, outros instrumentos foram desenvolvidos, com diferentes estruturas e aplicações, mas sempre voltados a um mesmo fim, que é a busca da superação de divergências na jurisprudência, cuja existência prolongada traz prejuízos à segurança jurídica, à concretização do princípio da igualdade, além de descrédito ao Poder Judiciário, na medida em que não é assimilável para o jurisdicionado que pessoas em idêntica situação recebam do Estado-juíz respostas diversas e não raro contraditórias, quanto ao direito aplicável no país.

⁷³⁵ *Ibidem*, p. 352.

⁷³⁶ TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. *Op. cit.*, p. 928.

Essa busca pela uniformização encontra no CPC/2015 seu ponto máximo, com a previsão expressa no artigo 926 de que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência" e mantê-la "estável, íntegra e coerente", a fim de que se alcance um elevado nível de *consistência*⁷³⁷ nos entendimentos jurisdicionais.⁷³⁸ Nas seções seguintes serão analisados os principais mecanismos de uniformização de jurisprudência presentes no direito brasileiro.⁷³⁹

4.4.2.1. Incidente de uniformização de jurisprudência

Tanto os tribunais superiores, quanto os de segundo grau de jurisdição (dentre os quais destacam-se, na Justiça Comum, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça

⁷³⁷ DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: _____. et al. (coords.). *Coleção grandes temas do novo cpc: precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 388/389.

⁷³⁸ Daniel Mitidiero defende que o artigo 926 do CPC/2015 implementou verdadeiro *stare decisis* horizontal no direito processual brasileiro, na medida em que impôs aos tribunais o dever de respeitar os próprios precedentes e a própria jurisprudência (MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo (RePro)*. Ano 40. vol. 245. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2015, p. 342). A assertiva nos parece correta, desde que compreendida a expressão "*stare decisis* horizontal" da forma como resulta do trabalho do autor, ou seja, não como uma vinculação absoluta aos próprios precedentes, como a que esteve presente na Inglaterra até o *Practice Statement* de 1966, mas como um dever de continuidade e de não afastamento dos próprios entendimentos, salvo se houver razões justificadas e devidamente fundamentadas para a sua superação.

⁷³⁹ Cabe registrar que os mecanismos de uniformização de jurisprudência não são os únicos instrumentos de que se serve o ordenamento processual para eliminar ou prevenir divergências de entendimentos no âmbito do Poder Judiciário. A *tutela coletiva*, exercida por meio de instrumentos variados, tais como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, de certa forma se presta igualmente a tal fim, na medida em que o regime diferenciado da coisa julgada adotado nesta seara acaba por conferir às decisões efeitos que se projetam sobre um universo amplo de jurisdicionados (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, pp. 171/196; no mesmo sentido: MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada (...). *Op. cit.*, p. 348). Não obstante, a análise da tutela coletiva sob uma perspectiva da uniformização da jurisprudência é tema que foge aos limites do presente trabalho, pelo que não será objeto de abordagem. De outra parte, optamos por não abordar, no presente estudo, o *incidente de declaração de inconstitucionalidade* previsto nos artigos 480 a 482 do CPC/73, nem o recurso de *embargos infringentes* ou o novel procedimento regulado no artigo 942 do CPC/2015, desenvolvido com o objetivo de substituí-lo. Relativamente ao *incidente de declaração de inconstitucionalidade*, embora este seja muitas vezes analisado na doutrina como um mecanismo de uniformização de jurisprudência (assim, por exemplo, cf. MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada (...). *Op. cit.*, pp. 401/402), parece-nos que seu objetivo principal é viabilizar o cumprimento da cláusula de *reserva de plenário* para a declaração de inconstitucionalidade (artigo 97 da Constituição da República); o incidente pode, em alguma medida, servir à unificação da jurisprudência, mas não é este o objetivo de sua introdução no ordenamento processual, razão pela qual não será abordado no presente estudo. No que diz respeito ao recurso de *embargos infringentes* (artigos 530 a 534 do CPC/73) e ao novo procedimento ou *técnica de julgamento* previsto no artigo 942 do CPC/2015, que teve por objetivo substituir o primeiro (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. *Op. cit.*, pp. 589/591), pensamos que não se trata de *mecanismo de uniformização de jurisprudência*, mas sim de recurso ou *técnica de julgamento* aplicáveis quando há, no âmbito interno do órgão fracionário, diversidade de entendimentos entre seus componentes acerca da mesma questão jurídica ou de fato, que se traduz em um julgado *não unânime*. A divergência, nestes últimos dois casos, fica restrita ao âmbito interno do órgão fracionário, mas não se materializa necessariamente em julgados conflitantes, cuja uniformização seja uma exigência do sistema.

dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios⁷⁴⁰) são, em conformidade com o disposto em seus respectivos regimentos internos, integrados por diferentes órgãos fracionários, tais como turmas, câmaras e grupos de câmaras.

Quando, em conformidade com os respectivos regimentos internos, criam-se nesses tribunais órgãos fracionários com competência concorrente, surge um ambiente propício à formação de entendimentos divergentes a respeito de uma mesma questão jurídica, gerando, no âmbito interno do tribunal, julgados conflitantes.

Embora tal divergência possa ser considerada inicialmente saudável, ao permitir o florescimento de diferentes pontos de vista, enriquecendo o debate jurídico,⁷⁴¹ sua permanência prolongada é fator de insegurança que confere ao processo um grau indesejável de aleatoriedade,⁷⁴² eis que seu resultado passa a ser definido não pelos argumentos deduzidos pelas partes, mas pela fortuna de ser a causa julgada por um órgão judicial, e não por outro.⁷⁴³

⁷⁴⁰ É de se ressaltar que inexistem, atualmente, Territórios Federais no Brasil.

⁷⁴¹ Neste sentido leciona Evaristo Aragão que “a diversidade de opiniões a respeito de um mesmo tema, no âmbito do Judiciário, não só é algo inevitável, como *até certo ponto* se revela *salutar*, dela podendo-se tirar proveito, pois os debates ocorridos em cada um dos processos (e o esforço intelectual difuso ali desenvolvido por parte de advogados e juízes) propiciam a paulatina maturação daquele determinado entendimento” (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, pp. 134/135) (itálicos no original). No mesmo sentido: FERREIRA, Antonio Carlos. Direito processual civil e súmulas do STJ. *Op. cit.*, p. 21.

⁷⁴² É antiga a referência, na doutrina brasileira, a este fenômeno, que tem nela recebido diferentes denominações, tais como *loteria judiciária*, *justiça lotérica*, *prática lotérica*, dentre outras. Embora seja difícil precisar a origem da expressão, cabe registrar que a mesma já era empregada no início dos anos 1960 pelo Ministro do STF Victor Nunes Leal, que, em artigo no qual explicava as razões que ensejaram a criação da Súmula da Jurisprudência do STF, expôs que um desses motivos era substituir “a *loteria judiciária das maiorias ocasionais*” (LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. *Op. cit.*, pp. 17/18). Também se referindo a essa aleatoriedade como uma “*prática ‘lotérica’ da jurisprudência brasileira*”: GARCIA, André Luis Bitar de Lima Garcia. A ausência de um sistema de precedentes no NCPC (...). *Op. cit.*, p. 13. Na mesma linha, também empregando a expressão *justiça lotérica*: BASTOS, Antonio Adonias A. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (coords.). *O projeto do novo código de processo civil: estudo em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 23; MENA, Valter Alexandre. A reforma do poder judiciário, suas causas e as propostas para enfrentá-la. In: *Revista Justiça & Cidadania*. Edição 92, mar. 2008, p. 38; ROQUE, André Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais (...). *Op. cit.*, p. 15. Também são de uso corrente as expressões *loteria judiciária* (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 260), *aposta lotérica* (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes* (...). *Op. cit.*, p. 105), *atuação lotérica* (PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes* (...). *Op. cit.*, p. 17) e *loteria jurisprudencial* (CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. A excessiva instabilidade da jurisprudência como causa da ineficiência da jurisdição. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 238).

⁷⁴³ Como bem observou Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a multiplicação de ações individuais com trâmite em diversos juízos, de certa forma tem como consequência que “o direito processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental”. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução coletiva de conflitos. *Op. cit.*, p.59).

Como observou Mancuso, "o dissenso sobre qual seja a melhor inteligência a ser extraída de um texto legal nada tem de excepcional na experiência jurídica, [...] ao contrário, trata-se de ocorrência normal, imanente à própria natureza dialética do discurso jurídico", razão pela qual o dissenso pretoriano não pode ser considerado um *mal em si mesmo*, sendo inevitável que, *até certo ponto*, seja necessário conviver com o fenômeno.⁷⁴⁴

No entanto, ainda na precisa lição do professor paulista, essa divergência jurisprudencial, natural e esperada em um sistema jurídico em que os órgãos jurisdicionais são livres para a formação de seu convencimento e que, justamente por tal razão, não pode ser considerada *um mal em si mesmo*, "neste *pode vir a se converter*, se faltarem critérios lógicos e racionais que permitam contê-la em limites razoáveis", eis que "o descontrolado dissenso pretoriano [...] coloca em xeque a credibilidade do sistema judiciário e a eficácia real de sua produção, decepcionando o jurisdicionado, como *consumidor final* desse serviço estatal".⁷⁴⁵

Não por outra razão, consoante exposto, de longa data a legislação processual no Brasil desenvolveu mecanismos voltados à uniformização de entendimentos dos diversos órgãos fracionários de um mesmo tribunal, desde a incorporação dos *assentos obrigatórios* da tradição lusitana, até sua substituição por outros mecanismos desenvolvidos pela cultura jurídica nacional, tais como o *prejulgado* e o *incidente de uniformização de jurisprudência*.

4.4.2.1.1. Antecedente legislativo: o prejulgado

Com a proclamação da República e o término da utilização, entre nós, dos *assentos obrigatórios* (*supra*, seção 3.2.1), o primeiro instrumento introduzido no direito processual brasileiro com a finalidade de uniformizar a jurisprudência interna dos tribunais, superando a divergência entre seus órgãos fracionários, foi o chamado *prejulgado*, objeto do Decreto nº 16.273, de 20 de dezembro de 1923, que deu nova organização à Justiça do Distrito Federal.

Dispunha o artigo 103 do Decreto em questão que

⁷⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, pp. 157/164.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 166 (itálicos no original).

Quando a lei receber interpretação diversa nas Camaras de Appellação cível ou criminal, ou quando resultar da manifestação dos votos de uma Camara em um caso sub-judice que se terá de declarar uma interpretação diversa, deverá a Camara divergente representar, por seu Presidente, ao Presidente da Côrte, para que este, incontinenti, faça a convocação para a reunião das duas Camaras, conforme a matéria, fôr cível ou criminal.

A decisão assim oriunda das Câmaras reunidas passava a ter força obrigatória para o caso em que proferida e, ainda, apresentava-se como *norma aconselhável para os casos futuros*, salvo se por motivos relevantes houvesse de se renovar o procedimento de uniformização (artigo 103, §1º). Além disso, o resultado do julgamento deveria ser inscrito no chamado *livro dos prejudgados*, para registro e futura consulta (artigo 103, §3º).

O prejudgado era, portanto, um instrumento que permitia a prévia atuação do tribunal, evitando "a disparidade ou contradição de seus julgados, impondo a verdadeira interpretação a ser adotada nas questões submetidas ao veredito de suas Câmaras ou turmas".⁷⁴⁶

Consoante registra José Carlos Barbosa Moreira,⁷⁴⁷ após este diploma legal, outros atos normativos vieram a contemplar o instituto do prejudgado, dentre os quais o Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo (Lei nº 2.421, de 14/01/1930), a Lei Federal nº 319, de 25 de novembro de 1936⁷⁴⁸ e, finalmente, o Código de Processo Civil de 1939, que o regulou em seu artigo 861, nos seguintes termos:

Art. 861. A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.

O prejudgado, consoante lição de Barbosa Moreira, foi criado na mesma oportunidade que o *recurso de revista*. No entanto, esses instrumentos, embora voltados para um mesmo fim (a uniformização da jurisprudência), atuavam de forma diversa, eis que o prejudgado, como o próprio nome indica, busca *prevenir* a ocorrência de divergências na jurisprudência,

⁷⁴⁶ COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 79.

⁷⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. *Op. cit.*, p. 7.

⁷⁴⁸ A unificação do direito processual no Brasil se deu com a Constituição Republicana de 1934, que conferiu à União competência legislativa privativa em matéria processual (artigo 5º, XIX, a), de forma que a Lei Federal nº 319/1936 teve aplicação não apenas ao Distrito Federal e Territórios, mas também aos Estados (CARVALHO, Olympio. A unidade do direito judiciário e os recursos no Supremo Tribunal Federal. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Coleção doutrinas essenciais: processo civil*. vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 47/48).

por meio da prévia fixação de uma tese que seria aplicada ao caso onde a divergência possa surgir. De outra parte, o *recurso de revista* se aplicava a situações em que a divergência jurisprudencial já se via estabelecida, com o intuito de corrigi-la.⁷⁴⁹

No âmbito da legislação processual civil, o *prejulgado* foi substituído pelo *incidente de uniformização de jurisprudência*, a partir do advento do Código de Processo Civil de 1973. Os resultados práticos do instituto do *prejulgado*, conquanto faltem dados estatísticos a respeito, eram reconhecidos pela doutrina como pouco significativos.⁷⁵⁰

4.4.2.1.2. O *prejulgado* trabalhista

Com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/43), o *prejulgado* foi incorporado também à dinâmica da Justiça do Trabalho, embora com um diferencial em relação ao regramento contido no Código de Processo Civil de 1939, eis que, em conformidade com o que dispunha o artigo 902, §1º da CLT,⁷⁵¹ aquele se revestia de caráter vinculante, pelo que se chegou a afirmar que o instituto se revestiu de maior importância no processo do trabalho do que no próprio processo civil, onde teve origem.⁷⁵²

No processo do trabalho, a elaboração de *prejulgados* era limitada ao Tribunal Superior do Trabalho, mas, em contrapartida, sua eficácia era muito mais ampla do que a conferida na legislação processual civil, na medida em que textualmente se dispunha que *os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes de Direito investidos de jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo*, do que resultava o reconhecimento ao mesmo de um *caráter normativo obrigatório e geral*.⁷⁵³

Uma vez estabelecido o *prejulgado*, sua revogação ou reforma dependia de nova apreciação da questão jurídica pelo Tribunal Superior do Trabalho, por meio de seu plenário,

⁷⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. Op. cit., pp. 6/7.

⁷⁵⁰ *Ibidem*, p. 7.

⁷⁵¹ Art. 902. É facultado ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecer *prejulgados*, na forma que prescrever o seu Regimento interno.

§1º Uma vez estabelecido o *prejulgado*, os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes de Direito investidos de jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo.

⁷⁵² RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Vol. IV. 4. ed. rev. acresc. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957, p. 1425.

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 1426.

exigindo-se que a revogação ou modificação, nas hipóteses em que ocorrerem, se façam de maneira expressa, com remissão ao prejudgado revogado ou modificado.⁷⁵⁴

A eficácia vinculante do *prejudgado trabalhista*, introduzida sob a égide da Constituição de 1937, apresentava-se como algo incomum no quadro do direito processual brasileiro desenvolvido após o abandono dos *assentos*, suscitando críticas no âmbito da própria doutrina do direito trabalho, em especial após o advento da Constituição da República de 1946, consoante se colhe de histórica lição de Mozart Victor Russomano:⁷⁵⁵

[...] a sua obrigatoriedade foge aos quadros tradicionais do direito brasileiro, nos quais se costuma entronizar a liberdade de julgamento dos juizes das instâncias inferiores, que devem, sempre, ter a prerrogativa de divergir dos pronunciamentos dos órgãos superiores e supremos da organização judiciária nacional.

A natureza ampla e coativa dos prejudgados trabalhistas, como dissemos, fere essa orientação liberal e sadia. E seu único fundamento doutrinário talvez seja a força legislativa de algumas decisões trabalhistas. O prejudgado, de fato, é uma decisão judicial e de caráter normativo. A sua natureza, portanto, explica a orientação que o legislador adotou. Mas, essa orientação é discutível, se aceitarmos que a Constituição Federal de 1946 restringiu a competência normativa da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 123, parágrafo 2º.

O 3º Congresso Brasileiro de Direito Social, realizado na Bahia, em julho do ano de 1953, em face disso, se manifestou pela inconstitucionalidade do prejudgado trabalhista.

As discussões acerca da constitucionalidade da atribuição de efeitos vinculantes ao *prejudgado trabalhista* chegam finalmente ao STF, por meio da Representação de Inconstitucionalidade nº 946/77,⁷⁵⁶ da relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, na qual, em decisão histórica, reconheceu-se que a eficácia vinculante prevista no artigo 902, §1º, da CLT não havia sido recepcionada pela Constituição Republicana de 1946, cujo artigo 123, §2º,⁷⁵⁷ restringia o poder normativo da Justiça do Trabalho aos dissídios coletivos.

As críticas ao instituto do *prejudgado trabalhista*, aliadas à histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, resultaram na edição da Lei 7.033/82, que acabou por suprimi-lo, sendo de importante interesse histórico, no tema, os Pareceres nº 984 e 985, de 1979,

⁷⁵⁴ Art. 902 [...]

§2. Considera-se revogado ou reformado o prejudgado sempre que o Tribunal Superior do Trabalho, funcionando completo, pronunciar-se, em tese ou em concreto, sobre a hipótese do prejudgado firmando nova interpretação. Em tais casos, o acórdão fará remissão expressa à alteração ou revogação do prejudgado.

⁷⁵⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Op. cit., p. 1427.

⁷⁵⁶ STF. Pleno. Rp 946/DF. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. J. 12/05/1977. DJ 01/07/1977, p. 4459.

⁷⁵⁷ Art. 123. [...]

§2º - A lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.

elaborados pelo Senador Hugo Ramos na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, relativamente ao projeto de lei que resultou na aprovação desta Lei:⁷⁵⁸

Realmente, o processo trabalhista ressentia-se da falta de preceitos legislativos que eliminassem categoricamente o Prejulgado, notadamente, em face da mais recente jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, que entende revogados o artigo 902 e seus parágrafos, da Consolidação das Leis do Trabalho, com o advento da Constituição de 1946, posto que em nosso ordenamento não há hierarquia entre órgãos do Poder Judiciário, quando exercem a função jurisdicional. Destarte, os Juizes e Tribunais inferiores não podem ser compelidos a observar decisões que os Tribunais superiores emitam em casos concretos por mais uniformes que sejam as interpretações firmadas. [...] Em resumo: O Prejulgado fere o princípio da independência dos Poderes.

Portanto, desde o ano de 1982 foi suprimido o instituto do *prejulgado trabalhista*, até então previsto (embora com entendimento do STF quanto à sua não recepção desde a Constituição republicana de 1946) no artigo 902, §1º, da CLT.

4.4.2.1.3. O prejulgado eleitoral

Embora não previsto no processo civil comum pelo CPC/73 e revogado definitivamente no processo do trabalho pela Lei 7.033/82, o instituto do *prejulgado* sobreviveu em nosso sistema jurídico, em razão de previsão contida no artigo 263 do Código Eleitoral, segundo o qual "no julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal". É a figura do *prejulgado eleitoral*.⁷⁵⁹

Consoante se depreende do dispositivo legal, decisões relativas a matéria de direito resolvidas no contexto de um mesmo pleito eleitoral são de observância obrigatória pelo próprio tribunal para os casos subsequentes em que tal questão venha a ser discutida, exceto se por maioria de dois terços o tribunal se orientar em sentido contrário. Nesse sentido, forçoso observar que o *prejulgado eleitoral* tem um perfil diferente daquele de que se revestia

⁷⁵⁸ Dossiê completo do projeto de lei digitalizado disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=80A1EF34C067762C44257B0858BC6F44.proposicoesWeb2?codteor=1172332&filename=Dossie+-PL+2834/1980>. Acesso em: 21 mar. 2015.

⁷⁵⁹ COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. Op. cit., pp. 78/79.

o *prejulgado* na legislação processual civil, funcionando mais como um *precedente horizontalmente vinculante* do que um instrumento de uniformização de jurisprudência.

Não obstante, em razão deste efeito de certa forma vinculante, Tito Costa observa que o *prejulgado* eleitoral "tem a grande virtude de uniformizar o entendimento jurisprudencial no que tange à interpretação das normas legais",⁷⁶⁰ na medida em que aquele a quem o *prejulgado* beneficia poderá invocá-lo no julgamento de causa relativa ao mesmo pleito eleitoral, prevenindo ou corrigindo eventual divergência de entendimento.

A amplitude da vinculação imposta pelo *prejulgado* eleitoral, como observou Sepúlveda Pertence, no voto proferido quando do julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 9.936/RJ,⁷⁶¹ em que se discutiu a constitucionalidade do artigo 263 do Código Eleitoral, é significativamente menor do que aquela decorrente do artigo 902 da CLT (*prejulgado trabalhista*), na medida em que o artigo 263 do Código Eleitoral impõe apenas uma *eficácia vinculante horizontal* e temporalmente restrita ao *mesmo pleito eleitoral* em que formado.

Não obstante, importa registrar que o artigo 263 do Código Eleitoral teve sua inconstitucionalidade reconhecida pelo TSE no julgamento em questão, nos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que, invocando o anterior julgamento do STF relativo ao artigo 902 da CLT, entendeu que também o *prejulgado eleitoral* seria inconstitucional, por violar o "princípio da separação funcional dos poderes" e, em especial, por violar a independência judicial, na medida em que impunha ao Judiciário uma vinculação mais forte do que a própria lei. Oportuna, a esse respeito, a transcrição de excerto do voto do Ministro:

É tão violenta a força vinculante que o *prejulgado* pretende, que ele é maior do que a força obrigatória da lei. Veja V. Exa: se nesta votação, tivermos quatro votos pela inconstitucionalidade de uma lei, podemos deixar de aplicá-la; mas teríamos que ter cinco votos para deixar de aplicar o critério de um precedente que, ao ver da maioria do Tribunal, não interpretou bem a lei.

Desta forma, o TSE, seguindo o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu, no Acórdão nº 12.501/92, que o artigo 263 do Código Eleitoral, ao impor um *quorum* qualificado de 2/3 para a superação do *prejulgado*, mais rigoroso que o próprio *quorum* exigido pela Constituição da República no artigo 97 para a declaração de inconstitucionalidade de lei, seria

⁷⁶⁰*Ibidem*, p. 81.

inconstitucional, razão pela qual o instituto, não obstante a norma que o prevê não tenha sido retirada do mundo jurídico, tem tido sua aplicação afastada por força da supracitada decisão.

4.4.2.1.4. O incidente de uniformização de jurisprudência

Com o advento do CPC/73, o instituto do *prejudicado* foi suprimido e, em seu lugar, introduzido o *incidente de uniformização de jurisprudência* (artigos 476 a 479), o qual guarda, contudo, alguma afinidade com o antigo instituto previsto no CPC/39.⁷⁶²

Em conformidade com o procedimento regulado no CPC/73, qualquer juiz do tribunal, ao proferir seu voto, constatando existir divergência com o entendimento adotado por outro órgão fracionário do mesmo tribunal, pode suscitar o incidente, a fim de que o plenário do tribunal (ou, nos tribunais que o tiverem e nos quais o regimento interno assim o autorize, pelo órgão especial)⁷⁶³ uniformize o entendimento quanto a questão jurídica controvertida.

A verificação da existência da divergência é feita, em um primeiro momento, no âmbito do próprio órgão fracionário ao qual pertence o juiz que suscitou o incidente (artigo 476 do CPC/73). Concluindo o órgão fracionário pela sua ocorrência, lavra-se acórdão nesse sentido, remetendo-se os autos ao presidente do tribunal para designação de sessão de julgamento pelo plenário ou órgão especial (artigo 477 do CPC/73).

Ouvido o chefe do Ministério Público e reconhecida a divergência pelo tribunal, este julga o incidente no mérito, fixando o entendimento a respeito da questão jurídica controvertida (artigo 478 do CPC/73), editando-se súmula e qualificando-se o respectivo julgamento como *precedente na uniformização da jurisprudência* no âmbito do tribunal, eliminando a divergência entre seus órgãos fracionários (artigo 479 do CPC/73).⁷⁶⁴

⁷⁶¹ TSE. RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 9936/RJ. Acórdão nº 12.501, de 14/09/1992. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 11/03/1993, p. 3478.

⁷⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. Op. cit., pp. 2/3; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. Op. cit., p. 131.

⁷⁶³ Embora o artigo 479 do CPC faça referência unicamente ao plenário do tribunal, é de se ressaltar que a Constituição da República, em seu artigo 93, XI, expressamente autoriza a delegação de competências administrativas e jurisdicionais do plenário ao órgão especial.

⁷⁶⁴ O termo *precedente* é empregado no artigo 479 do CPC/73 em um sentido amplo, e não no sentido técnico adotado no presente trabalho.

Na dicção do parágrafo único do artigo 479 do CPC/73, esse entendimento adotado pelo plenário ou órgão especial, materializado em súmula, caracterizará sua *jurisprudência predominante*. Em outras palavras, a decisão proferida em sede de incidente de uniformização de jurisprudência deveria ser, *no âmbito interno do tribunal*, expressão do entendimento predominante e final a respeito da matéria que dele é objeto.

Solucionada a divergência, tem-se o retorno dos autos ao órgão fracionário, que complementarmente o julgamento do plenário ou órgão especial, apreciando as demais questões fáticas ou jurídicas debatidas no recurso, aplicando ao caso concreto o entendimento pacificado no incidente de uniformização.

Há, na hipótese, uma cisão do julgamento em duas etapas, a primeira perante o plenário ou órgão especial, na qual se discute exclusivamente a questão jurídica em relação à qual verificada a divergência, de modo a pacificá-la, e a segunda perante o órgão fracionário competente para apreciação do recurso, que finaliza seu julgamento, aplicando ao caso concreto o entendimento uniformizado a respeito da questão jurídica.⁷⁶⁵

O emprego do incidente de uniformização de jurisprudência foi ampliado também para o processo do trabalho, por força da Lei 9.756/98, que alterou a redação do §3º do artigo 896 da CLT,⁷⁶⁶ de forma a dispor que os Tribunais Regionais do Trabalho deverão *obrigatoriamente* utilizar-se do incidente para a uniformização de sua jurisprudência.

A despeito de contar com um regramento que o vocaciona à uniformização da jurisprudência no âmbito interno dos tribunais, o *incidente de uniformização de jurisprudência* nunca alcançou um patamar satisfatório de efetividade, enquanto instrumento de eliminação de divergências jurisprudenciais.

⁷⁶⁵ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, p. 145.

⁷⁶⁶ A redação atual do §3º do artigo 896 da CLT é dada pela Lei nº 13.015/14: "§3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicação, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)".

A esse respeito, a prática judiciária demonstrou a baixa adesão dos tribunais a esse procedimento. Algumas das razões para o fenômeno são apontadas por Evaristo Aragão Santos: (1) exigência de que a uniformização seja apreciada pela maioria absoluta dos membros do tribunal, o que, no contexto de um Judiciário assoberbado, revela-se exigência de difícil observância; (2) ausência de mecanismos que impusessem ao próprio tribunal e aos juízes de primeiro grau a ele vinculados a observância da decisão proferida no incidente; e (3) ausência de mecanismos de revisão do entendimento adotado, caso este venha a ser considerado, no futuro, insatisfatório.⁷⁶⁷

Com efeito, a solução construída pelo CPC/73 por meio do *incidente de uniformização de jurisprudência* é vista como "uma solução a meio caminho", eis que se pretendia mais do que um julgado de eficácia persuasiva, mas sem que tenha alcançado um grau de vinculação que tornasse obrigatória sua observância, mesmo no âmbito do tribunal que o julgou.⁷⁶⁸

Do que se observa, parece forçoso concluir que, não obstante o esforço do legislador em criar um mecanismo de uniformização de jurisprudência em âmbito regional, a baixa adesão ao mesmo pelos tribunais de segundo grau, aliada à falta de mecanismos de imposição do entendimento adotado aos próprios membros do tribunal e aos juízes de primeiro grau a eles vinculados, revelou-se de pouca efetividade, transformando praticamente em *letra morta* o regramento contido no Código, o que possivelmente justificou seu abandono no CPC/2015, que o substituiu por outros instrumentos, tais como o incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, aos quais se pretende tenham um melhor destino.

4.4.2.2. Composição de divergência

Os resultados insatisfatórios do *incidente de uniformização de jurisprudência* levaram o legislador, em reforma empreendida pela Lei 10.352/01, a introduzir um novo mecanismo

⁷⁶⁷ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, pp. 164/168. Razões semelhantes são apontadas por Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, p. 271).

⁷⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, p. 232.

para a prevenção e pacificação de divergências no âmbito interno dos tribunais,⁷⁶⁹ a chamada *composição de divergência*,⁷⁷⁰ prevista no artigo 555, §1º, do CPC/73, nos seguintes termos:

Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.

§1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

A inspiração para a criação do instrumento veio do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, cujos artigos 12, parágrafo único, inciso II, e 14, inciso II, preveem a possibilidade de remessa às respectivas Seções de processos de competência das Turmas, quando "convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção".⁷⁷¹

Diferentemente do incidente de uniformização de jurisprudência, contudo, a composição de divergência está restrita ao julgamento de apelações e de agravos, considerado o âmbito de aplicação delimitado pelo próprio *caput* do artigo 555 do CPC/73, havendo, no entanto, uma tendência doutrinária a se conferir uma interpretação ampliativa ao instituto, para alcançar também a remessa necessária e ações de competência originária dos tribunais, tais como mandados de segurança e ações rescisórias.⁷⁷²

A composição de divergência consiste no deslocamento da competência para julgamento do recurso de apelação ou de agravo para um órgão de composição mais ampla no tribunal do que a daquele ao qual originalmente distribuídos, quando presente *relevante*

⁷⁶⁹ A justificativa de que era necessária a introdução de um mecanismo de uniformização de jurisprudência para suprir a baixa efetividade do incidente de uniformização de jurisprudência já estava presente na mensagem de encaminhado do anteprojeto de lei pelo Ministro da Justiça ao Presidente da República, no qual se afirma textualmente que o novo instrumento "supera, com grande vantagem técnica e operacional, a do instituto da uniformização de jurisprudência, de limitadíssimo emprego em nossa prática forense" (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1121511&filename=Dossie+-PL+3474/2000>. Acesso em: 27 jun. 2015) (grifos no original).

⁷⁷⁰ O mecanismo também tem recebido em doutrina a denominação de *assunção de competência* (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 232; CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme* (...). *Op. cit.*, pp. 298/300) ou, ainda, de *incidente de uniformização de jurisprudência preventivo* (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *A jurisprudência uniformizada* (...). *Op. cit.*, p. 398).

⁷⁷¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 87/88. Vide, a respeito, ainda, a mensagem de encaminhamento do anteprojeto de lei pelo Ministro da Justiça ao Presidente da República, anteriormente referida, na qual também há expressa referência à inspiração no modelo adotado pelo Regimento Interno do STJ.

questão de direito que faça conveniente prevenir ou compor a divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

Tendo em vista que o deslocamento da competência pode ser feito, na dicção do Código, para *prevenir* ou para *compor* a divergência, resulta que o mecanismo de uniformização pode ter tanto um caráter *preventivo*, quanto *repressivo*. Nesse sentido, é instrumento de espectro mais amplo do que o *incidente de uniformização de jurisprudência*, cuja utilização se reveste de caráter exclusivamente repressivo.⁷⁷³

O relator do recurso, identificando situação em que haja a necessidade de se definir *relevante questão de direito*, a justificar o emprego da composição de divergência, proporá que seu julgamento não seja realizado no órgão fracionário ao qual couber conhecê-lo, mas por colegiado de composição mais ampla, indicado no regimento interno do tribunal, o qual, reconhecendo o *interesse público* na apreciação da questão, julgará o recurso.

Como observa José Rogério Cruz e Tucci,⁷⁷⁴ o incidente apenas pode ser suscitado pelo relator e tem como pressupostos, de um lado, a *possibilidade de divergência ou verificação da existência da mesma* e, de outro lado, a presença de *interesse público* em seu julgamento pelo órgão colegiado mais amplo.

O principal traço distintivo entre o *incidente de uniformização de jurisprudência* e a *composição de divergência* é a ausência de cisão no julgamento do recurso nesta última.⁷⁷⁵ O incidente de uniformização de jurisprudência, como referido anteriormente, leva a uma cisão no julgamento do recurso, cabendo ao plenário ou ao órgão especial a definição da questão jurídica controvertida, de forma a uniformizar o entendimento do tribunal a seu respeito, complementando-se esta primeira etapa com o julgamento das demais questões fáticas e jurídicas pelo órgão fracionário, que aplicaria, na resolução do caso, o entendimento uniformizado pelo plenário ou pelo órgão especial. As duas decisões, do plenário ou órgão especial, de um lado e do órgão fracionário, de outro, se integram e complementam em uma só decisão, como *ato jurídico processual complexo*.

⁷⁷² VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Uma nova "Uniformização de Jurisprudência": comentários ao §1º do art. 555 do CPC. In: *Revista dialética de direito processual*. vol. 10, jan. 2004, p. 43.

⁷⁷³ JULIANI, Cristiano Reis. A nova redação do art. 555, CPC e a uniformização de jurisprudência. In: *Revista direito federal*. Ano 21, n. 72, out./dez. 2002, p. 114.

⁷⁷⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia(...). *Op. cit.*, p. 117.

Na composição de divergência incoorre tal cisão, pois o julgamento do recurso é realizado por um único órgão jurisdicional, que assume a competência para resolver, em sua integralidade, todas as questões fáticas e jurídicas debatidas.⁷⁷⁶

4.4.2.3. Recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial

As hipóteses em que se admite a interposição de recurso especial estão relacionadas na Constituição da República de 1988, no inciso III de seu artigo 105. Para os fins da análise aqui desenvolvida, em que se busca apresentar uma visão panorâmica dos mecanismos de uniformização de jurisprudência no direito brasileiro, é de particular interesse a hipótese prevista na alínea *c* deste inciso, o assim chamado *recurso especial pela divergência* ou, ainda, fundado em *dissídio jurisprudencial*.

Segundo dispõe a Constituição da República, pode ser interposto o recurso especial fundado no dissídio jurisprudencial, quando tribunal de segundo grau “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. Exige-se, portanto, que a decisão recorrida contrarie decisão anteriormente proferida por outro tribunal ou pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, no que se refere à interpretação de lei federal.

Como observado, parcela da doutrina tem proposto uma nova leitura das funções desempenhadas pelo STJ, reconhecendo seu papel de *corte suprema* com a missão precípua de atribuir unidade de sentido ao direito federal infraconstitucional, mediante interpretação e formação de precedentes, para a tutela da igualdade e contribuição para a evolução do direito, colocando-se ao lado do legislador, na complementação do produto da atividade deste.⁷⁷⁷

Uma das consequências que a doutrina vem extraindo dessa leitura é uma nova delimitação das hipóteses de cabimento do recurso especial. Sempre que um tribunal de segundo grau contrariar a interpretação dada pelo STJ a um determinado ato normativo

⁷⁷⁵ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 975.

⁷⁷⁶ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Uma nova "Uniformização de Jurisprudência" (...). *Op. cit.*, p. 43.

⁷⁷⁷ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Op. cit.*; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas* (...). *Op. cit.*; SILVA, Ricardo Alexandre da. *O STJ como corte suprema* (...). *Op. cit.*

federal infraconstitucional seria cabível o recurso especial com fundamento na alínea *a* do inciso III do artigo 105 da CRFB/88, pois ao contrariar decisão do STJ, haveria, em verdade, uma *violação ao direito federal*, tal qual interpretado pelo tribunal ao qual a Constituição atribuiu a missão de dar a última palavra.⁷⁷⁸

Nessa linha, o recurso especial interposto em face de decisão de tribunal de segundo grau que contrarie precedente do STJ teria por fundamento não o *dissídio jurisprudencial* (artigo 105, III, *c*, CRFB/88), mas sim a *violação ao direito federal* ou a *contrariedade ao direito federal proclamado pelo STJ* (artigo 105, III, *a*, CRFB/88), reservando-se a interposição pela alínea *c* (dissídio jurisprudencial) aos dissídios na jurisprudência dos tribunais ordinários, relativamente a questões ainda não decididas pelo STJ.⁷⁷⁹

Quanto a esta questão, concordamos que o Superior Tribunal de Justiça não deve mais ser visto como uma simples *corte de controle* das decisões proferidas pelos tribunais de segundo grau, na medida em que a missão a ele atribuída pela Constituição é muito mais ampla e relevante para a sociedade, cabendo-lhe, como bem tem anotado a doutrina, *definir o sentido do direito federal infraconstitucional, mediante atividade interpretativa*.

Dessa premissa, contudo, não se extrai necessariamente o deslocamento do recurso especial que impugne decisão contrária a anterior julgado do STJ da alínea *c* (dissídio jurisprudencial) para a alínea *a* (contrariedade ao direito federal). No máximo, verifica-se na hipótese uma sobreposição entre os dois fundamentos de cabimento do recurso especial: a decisão seria atacável porque *viola o direito federal* (no sentido que lhe atribuiu o STJ) e porque *diverge de anterior julgado do Superior Tribunal de Justiça*.

Entendemos, portanto, na linha da doutrina tradicional a respeito do tema, que o recurso especial fundado na divergência ou no *dissídio jurisprudencial* pode ser manejado tanto nas hipóteses em que a decisão recorrida contrarie decisão anteriormente proferida por outro tribunal ordinário, quanto naquelas em que contrarie decisão anterior do próprio Superior Tribunal de Justiça, relativamente à interpretação conferida à lei federal.

⁷⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Op. cit.*, pp. 174/175.

⁷⁷⁹ *Ibidem*, pp. 180/182.

Registramos, portanto, que nos filiamos à corrente doutrinária que considera o *recurso especial pela divergência* hipótese autônoma de cabimento do recurso especial, que não se confunde com o recurso especial interposto com fundamento na alínea *a*, lastreado na alegação de violação à lei, e nem exige, para sua caracterização, que haja uma violação à lei.

Embora as duas hipóteses possam coexistir em um dado caso concreto, em que o dissídio jurisprudencial encerra também uma violação à lei, é possível que aquele possa existir independentemente de qualquer violação à lei, decorrendo de simples divergência entre duas interpretações igualmente admissíveis relativamente a um mesmo ato normativo.

Com a devida vênia às opiniões em contrário, defender que a caracterização de um dissídio jurisprudencial pressupõe em todas as hipóteses a ocorrência de violação à lei equivaleria a dizer que a alínea *c* do inciso III do artigo 105 da Constituição da República é de todo supérflua e nada acresce em relação à hipótese prevista na alínea *a*.⁷⁸⁰

Em nível infraconstitucional, a hipótese de cabimento é regulada pelo artigo 541, parágrafo único, do CPC/73, que expressamente se refere à exigência de *dissídio jurisprudencial*, impondo ao recorrente o ônus de provar sua existência “mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte [...]”.

Exige, mais ainda, que em seu recurso o recorrente aponte “as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”, realizando, portanto, o cotejo analítico entre a decisão recorrida e a decisão paradigma, de forma a demonstrar que as situações fáticas tratadas em cada uma das decisões são semelhantes, a demandar a uniformização da interpretação da lei federal por parte do Superior Tribunal de Justiça.

Esse tratamento legal foi incorporado, sem alterações significativas, pelo Código de Processo Civil de 2015, que dele tratou no §1 de seu artigo 1.029, nos seguintes termos:

⁷⁸⁰ Para um aprofundamento da discussão acerca do caráter autônomo do recurso especial fundado na divergência jurisprudencial, cf. FREIRE, Alexandre; DONOSO, Denis; BRUSCHI, Gilberto Gomes. Recurso especial: cabimento e forma de interposição do recurso especial com fundamento no art. 105, III, c, da CF (Divergência jurisprudencial). In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 631/648.

§1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Por fim, em um nível infralegal, a hipótese de cabimento do recurso especial ora sob análise vem regulada no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em especial nos §§1º e 2º do artigo 255, que, no tocante à demonstração da divergência entre decisões, repetem os requisitos formais do artigo 541 do CPC/73 e, adicionalmente, exigem do recorrente "transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados". Não basta, portanto, a simples transcrição das ementas dos acórdãos alegadamente divergentes, exigindo-se a específica indicação da divergência a partir da análise detida de seu inteiro teor.⁷⁸¹

Essa forma de demonstração do dissídio jurisprudencial nada mais é do que uma técnica similar ao *distinguishing* ou *confronto* próprio da cultura dos sistemas de *common law*,⁷⁸² e que será objeto de análise específica adiante, não sendo outra a razão pela qual o CPC/2015, ainda tratando do recurso fundado em dissídio jurisprudencial, dispõe, no §2º do artigo 1.029, que "quando o recurso estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo, com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência de distinção" (grifo nosso).

4.4.2.3.1. Recurso especial eleitoral fundado em dissídio jurisprudencial

Cabe referir que, ao lado do recurso especial inserido na competência do STJ, a Constituição prevê, em seu artigo 121, §4º, II, um recurso em face de decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais, nas hipóteses em que "ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais". Trata-se do *recurso especial eleitoral fundado em dissídio*

⁷⁸¹*Ibidem*, p. 643. No mesmo sentido: GALLOTTI, Maria Isabel. Recurso especial como instrumento de uniformização do direito federal. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 657.

⁷⁸² DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. vol. 3. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 333.

jurisprudencial, inserido na competência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em conformidade com o disposto no artigo 276, I, *b*, do Código Eleitoral.

À semelhança do que se passa com o recurso especial do processo comum, na seara eleitoral, a divergência que autoriza sua interposição pode se estabelecer entre diferentes Tribunais Regionais Eleitorais ou entre um Tribunal Regional Eleitoral e o próprio Tribunal Superior Eleitoral, competindo sempre a este dar, em qualquer caso, a palavra final.⁷⁸³

A legislação eleitoral não tem, contudo, o mesmo nível de detalhamento da legislação processual civil comum, de forma que ao recurso especial em matéria eleitoral há de se aplicar, no que não for incompatível, o disposto no Código de Processo Civil, como regra geral de direito processual.⁷⁸⁴ Tal aplicação subsidiária, embora decorra do próprio sistema, foi expressamente prevista no artigo 1.046, §2º, do CPC/2015 ("Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código").

Nessa linha, no que diz respeito à caracterização do dissídio jurisprudencial, já entendeu o TSE que não é suficiente a simples transcrição de ementas dos acórdãos apontados como paradigmas, sendo necessário demonstrar a *similitude fática* entre os casos confrontados,⁷⁸⁵ por meio de um adequado *cotejo analítico* entre os julgados paradigmas.⁷⁸⁶

Desta forma, o Tribunal Superior Eleitoral exerce, no âmbito da competência desta Justiça Especializada, função semelhante à desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça na Justiça Comum, assegurando a unidade da interpretação da legislação eleitoral e uniformizando a jurisprudência dos diferentes órgãos que compõem a Justiça Eleitoral.

4.4.2.4. Recurso de revista

⁷⁸³ COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. *Op. cit.*, p. 89.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 57.

⁷⁸⁵ TSE. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 27.947/TO. Rel. Min. Marcelo Ribeiro. J. 15/09/2009. DJ 05/10/2009, p. 54.

⁷⁸⁶ TSE. ED-AgR-AI nº 987.783. Rel. Min. José Antônio Dias Toffoli. J. 08/10/2013. DJE 29/10/2013; TSE. AI-REspe nº 230.812. Rel. Min. Henrique Neves da Silva. J. 01/10/2013. DJE 15/10/2013, pp. 31/32; TSE. AgR-AI nº 17154. Rel. Min. José de Castro Meira. J. 20/08/2013. DJE 03/09/2013, p. 75, dentre outros.

Como referido, o Decreto 16.273, de 20 de dezembro de 1923, que conferiu nova organização à Justiça do Distrito Federal, introduziu entre nós o instituto do *prejulgado*, que veio de certa forma preencher uma lacuna decorrente do abandono do instituto português dos *assentos obrigatórios* a partir da Constituição de 1891.

Este decreto também introduziu o *recurso de revista*, dirigido à Corte de Apelação, em reunião conjunta de suas câmaras, cujo objetivo era impugnar decisões proferidas em grau de apelação, tendo por fundamento, dentre outros, a "divergencia entre julgados de Câmaras diversas, com identica jurisdição *ratione materiae*" da qual resultasse "manifesta contradicção na interpretação da lei" (artigo 108, III, *c*, do Decreto 16.273/23). Voltava-se, assim como o *prejulgado*, à uniformização da jurisprudência no âmbito interno do tribunal.

Diferentemente do *prejulgado*, de natureza preventiva, na medida em que operava *antes* da prolação de uma decisão no processo em que era suscitado, o *recurso de revista* operava em situações em que já se via estabelecida uma *divergência de entendimentos judiciais*, com a prolação de decisão de órgão fracionário contrastante com anterior decisão de outro órgão fracionário do mesmo tribunal, tendo por objetivo corrigi-la.⁷⁸⁷

Consoante relata Barbosa Moreira, o *recurso de revista* foi acolhido em diversos diplomas legais supervenientes ao Decreto 16.273/23, sendo finalmente incorporado ao Código de Processo Civil de 1939, em seus artigos 853 a 860,⁷⁸⁸ sob cujo regime teve igualmente por objetivo alcançar uma uniformidade da jurisprudência no âmbito *interno* do tribunal, quando presente divergência atual entre duas ou mais câmaras, turmas ou grupos de câmaras *quanto ao modo de interpretar o direito em tese* (artigo 853).

O Código de Processo Civil de 1973 não incluiu o recurso de revista dentre o rol de recursos cíveis previsto em seu artigo 496. Não obstante, o recurso de revista subsiste no processo trabalhista, conforme previsão do artigo 896 da CLT.⁷⁸⁹

4.4.2.4.1. A revista trabalhista fundada em dissídio jurisprudencial

⁷⁸⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, p. 227.

⁷⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. *Op. cit.*, p. 7.

⁷⁸⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial (...)*. *Op. cit.*, p. 226.

O *recurso de revista* previsto no CPC/39, como referido, não foi incorporado ao rol de recursos previstos no CPC/73, nem ao texto do CPC/2015. Optou o legislador, no processo civil comum, por promover a uniformidade interna da jurisprudência dos tribunais por meio do *incidente de uniformização de jurisprudência* e, mais recentemente, pelos institutos da *composição de divergência* e da *assunção de competência*, todos já analisados.

Não obstante, permanece entre nós o *recurso de revista* na seara do direito processual do trabalho, no qual desempenha diferentes papéis, sendo de particular interesse a finalidade específica de promover a uniformização da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, nas hipóteses previstas no artigo 896, alíneas *a* e *b*,⁷⁹⁰ da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação atribuída pela Lei nº 13.015/2014:

Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

- a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;
- b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória na área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;

Conforme se constata pela leitura do dispositivo legal, o *recurso de revista*, no âmbito do processo do trabalho, tem também a finalidade de contribuir para a uniformização da jurisprudência, mas com um perfil diverso daquele delineado no CPC/39.

No processo civil comum, o recurso de revista buscava a uniformidade da jurisprudência no âmbito interno dos tribunais de segundo grau. Já no processo do trabalho, diferentemente, o recurso de revista, inserido na competência recursal do Tribunal Superior do Trabalho, tem por finalidade superar *divergências entre diferentes Tribunais Regionais do Trabalho ou entre estes e o próprio Tribunal Superior do Trabalho*, no tocante à interpretação de lei federal ou estadual, bem como de outros atos normativos e negociais, assegurando assim a unidade na interpretação do direito no âmbito da Justiça do Trabalho.

É recurso que, na sua atual conformação, desempenha - relativamente às hipóteses de cabimento referidas - função semelhante à atribuída, no âmbito do processo civil comum, ao recurso especial fundado no dissídio jurisprudencial, tanto que a legislação trabalhista, à semelhança do que se dá com o recurso especial, exige que a divergência seja *atual* (artigo 896, §7º, da CLT), bem como impõe ao recorrente o ônus de *demonstrar a ocorrência da divergência jurisprudencial*, "mediante certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, [...] ou ainda pela reprodução de julgado disponível na internet, com indicação da respectiva fonte", exigindo-se, ainda, o *cotejo analítico* entre os julgados conflitantes, com indicação "das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados" (artigo 896, §8º, da CLT).

4.4.2.5. Pedido de uniformização no microsistema dos juizados especiais

Os juizados especiais foram criados com o objetivo de ampliar o acesso à justiça, trazendo para o âmbito do Poder Judiciário a assim chamada *litigiosidade contida*, que acabava alijada da proteção jurisdicional, em razão da relação custo-benefício desfavorável à sua judicialização no sistema processual tradicional.⁷⁹¹

Sua experiência pioneira se deu nos Estados Unidos, com a criação dos Juizados de Pequenas causas (*small claims court*) no Kansas, em 1912, e posteriormente se expandiu para outros Estados americanos⁷⁹² e outros países,⁷⁹³ chegando ao Brasil, sobretudo em razão da influência exercida pelo pensamento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.⁷⁹⁴

⁷⁹⁰ Não é de interesse, para os fins do estudo que aqui se desenvolve, a análise do recurso de revista interposto com fundamento na alínea *c* do artigo 896 da CLT (violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal), razão pela qual não será objeto de análise.

⁷⁹¹ Oscar Chase, referindo John Baldwin, ressalta que "it is generally recognized 'that the costs of pursuing many kinds of civil action in the courts are wholly disproportionate to the amounts of money at stake, and it is now widely accepted that it is intolerable for the costs of civil litigation to exceed the sums of money that are in dispute'" (Em tradução livre: "é geralmente reconhecido 'que os custos de promover diversas espécies de ações civis perante as cortes são inteiramente desproporcionais aos montantes de dinheiro em discussão, e é agora amplamente aceito que é intolerável para os custos do processo civil exceder as somas de dinheiro que estão em disputa") (CHASE, Oscar G. et al. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul, MN: Thomson West, 2007, pp. 288/289). No mesmo sentido: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpressão de 2002, pp. 19/20.

⁷⁹² CHASE, Oscar G. et al. *Civil litigation in comparative context*. *Op. cit.*, pp. 293/294.

⁷⁹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. *Op. cit.*, p. 94 e ss.

⁷⁹⁴ Os juristas defendiam a instituição dos Juizados de Pequenas Causas como uma das soluções para a ampliação do acesso à justiça (*ibidem*, pp. 19/20).

Assim, sua introdução entre nós se deu ainda nos anos 1980, por meio da Lei 7.244/84, sob a denominação de *Juizados Especiais de Pequenas Causas*.⁷⁹⁵ A Constituição da República de 1988, porém, conferiu-lhes *status* constitucional, prevendo-os no artigo 98, I e §1º,⁷⁹⁶ sob um formato substancialmente diverso, ao que se seguiu a edição da Lei 9.099/95, regulando-os no âmbito da Justiça Estadual, da Lei 10.259/01, disciplinando-os na estrutura da Justiça Federal e, finalmente, da Lei 12.153/09, que tratou dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, também no âmbito da Justiça Estadual.

A importância dos juizados especiais tem levado a doutrina a reconhecê-los como um *microsistema* no direito processual brasileiro, cuja expressão é hoje muito significativa, respondendo, em dados relativos ao ano de 2013, por aproximadamente 11% (onze por cento) de todo o acervo processual do Judiciário Nacional.⁷⁹⁷ Comparativamente, este é um acervo superior ao da Justiça do Trabalho (8,3%), da Justiça Eleitoral (0,5%), da Justiça Militar (0,01%) e dos Tribunais Superiores (1,1%) somados.⁷⁹⁸

Diante disso, é natural que tenha havido, por parte do legislador, uma preocupação com a uniformização de entendimentos judiciais também no âmbito dos Juizados Especiais, o que se manifestou, em um primeiro momento, na Lei 10.259/01, que previu mecanismos específicos para a uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Federais.

Com efeito, prevê a Lei 10.259/01 o cabimento de um *pedido de uniformização de interpretação de lei federal*, nas hipóteses em que houver uma divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais na interpretação de lei, relativamente a questões de direito material (artigo 14, *caput*). Quando a divergência se der entre Turmas Recursais de uma

⁷⁹⁵ É de se registrar, porém, que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/79), já se referia a órgãos de investidura temporária direcionados ao julgamento de pequenas causas, no §4º de seu art. 17: "Poderão os Estados instituir, mediante proposta do respectivo Tribunal de Justiça, ou órgão especial, Juízes togados, com investidura limitada no tempo e competência para o julgamento de causas de pequeno valor e crimes a que não seja cominada pena de reclusão, bem como para a substituição dos Juízes vitalícios". Com base nesse permissivo, o Estado do Rio Grande do Sul, pioneiramente, criou no ano de 1982 os denominados *Conselhos de Conciliação* (PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados especiais federais cíveis: questões de processo e de procedimento no contexto do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 32).

⁷⁹⁶ A previsão constitucional dos juizados especiais no âmbito da Justiça Federal se deu a partir da Emenda Constitucional nº 22/99, que incluiu um parágrafo único ao art. 98 da Constituição Federal de 1988, posteriormente renumerado para parágrafo primeiro pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Para uma análise mais detida do regramento contido no artigo 98, I, da Constituição da República cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. *Análise da relação entre o novo incidente de resolução (...)*. *Op. cit.*, pp. 284/289.

⁷⁹⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: CNJ, 2014, p. 39. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2015.

mesma Região, o pedido será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito (artigo 14, §1º), ao passo que, em se tratando de divergência entre decisões de Turmas de diferentes regiões ou, ainda, de divergência entre decisão de Turma Recursal e enunciado de súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, o julgamento se dará por uma Turma de Uniformização nacional (artigo 14, §2º).⁷⁹⁹

Por fim, se a decisão da Turma Nacional de Uniformização contrariar enunciado de súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, é possível à parte interessada requerer junto a este a solução da divergência (artigo 14, §4º), hipótese em que o relator no STJ poderá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a suspensão dos processos em que a controvérsia tenha se estabelecido (artigo 14, §5º).⁸⁰⁰

Essa provocação feita pela parte ao STJ não se confunde com o *recurso especial* pela divergência (artigo 105, III, c, da CRFB/88), embora sua finalidade seja semelhante, qual seja, manter a unidade da interpretação do direito federal. O regimento interno da Turma Nacional de Uniformização⁸⁰¹ a ele se refere como *incidente de uniformização de jurisprudência dirigido ao STJ*, regulando-o de forma sucinta em seu artigo 36.⁸⁰²⁻⁸⁰³

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público Federal deverá ser ouvido nos pedidos de uniformização, sendo ainda possível que "eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo" se manifestem sobre o incidente (art. 14, §7º).

⁷⁹⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁷⁹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução (...). *Op. cit.*, pp. 290/291.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, pp. 291/292.

⁸⁰¹ Aprovado pela Resolução nº 22, de 04 de setembro de 2008, do Conselho da Justiça Federal, com alterações supervenientes. Seu processamento no STJ, em conformidade com a resolução, prevê a requisição de informações à própria Turma Nacional de Uniformização, assim como aos presidentes das Turmas Recursais (artigo 2º, I), a participação de *amici curiae* (artigo 3º, §2º) e a intervenção do Ministério Público (artigo 5º), instaurando-se amplo debate em torno da questão de direito material a ser uniformizada.

⁸⁰² Art. 36. Quando a decisão da Turma Nacional for proferida em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante do STJ, o incidente de uniformização de jurisprudência será suscitado, nos próprios autos, no prazo de dez dias, perante o Presidente da Turma Nacional.

§1º. A parte contrária será intimada para apresentar manifestação em igual prazo, findo o qual os autos serão conclusos ao Presidente da Turma Nacional, que decidirá acerca da admissibilidade.

§2º. Inadmitido o incidente, a parte poderá requerer, nos próprios autos, no prazo de dez dias, que o feito seja remetido ao Superior Tribunal de Justiça.

⁸⁰³ O Superior Tribunal de Justiça também buscou regularizar o incidente nacional de uniformização de jurisprudência por meio da Resolução nº 10, de 21 de novembro de 2007.

É importante ressaltar que o *pedido de uniformização de jurisprudência* nos Juizados Especiais Federais, por expressa disposição do *caput* do artigo 14 da Lei 10.259/01, só pode ter por objeto questões de direito material, não se prestando, portanto, a dirimir divergências relativa à interpretação de norma processual.⁸⁰⁴

A experiência da Justiça Federal com o *pedido de uniformização de jurisprudência* foi posteriormente absorvida na Lei 12.153/09, que regulou os *Juizados Especiais da Fazenda Pública*, integrados à estrutura da Justiça Estadual. De fato, a Lei 12.153/09 aproveitou quase integralmente a disciplina do incidente no âmbito dos Juizados Especiais Federais, com pequenas modificações, conforme se depreende de seus artigos 18 a 20.

Assim como na esfera federal, o pedido de uniformização, nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, está restrito a questões de direito material, dispondo o §1º do artigo 18 que nas hipóteses em que haja divergência entre Turmas Recursais de um mesmo Estado, o pedido de uniformização será julgado em reunião conjunta das turmas em conflito, sob a presidência de um desembargador indicado pelo Tribunal de Justiça. De outra parte, em se tratando de divergência entre Turmas de Estados diferentes, ou entre estas e enunciado de súmula ou jurisprudência do STJ, a apreciação do pedido de uniformização caberá ao próprio STJ.

Destaca-se, portanto, como um dos pontos mais relevantes em que a disciplina do pedido de uniformização se distingue nas duas esferas, a circunstância de que não há, nos Juizados da Fazenda Pública, uma *turma nacional de uniformização*, sendo as divergências de jurisprudência que ultrapassem o âmbito de um Estado resolvidas diretamente pelo STJ.

Outro ponto em que a disciplina dos Juizados Especiais da Fazenda Pública se aparta de seu congêneres federal é a vedação à intervenção de *amici curiae*, ao menos no plano do direito positivo, eis que o dispositivo da Lei 12.153/09 que o previa foi vetado pela Presidência da República. Este veto tem sido criticado por parte da doutrina, que inclusive o considera ineficaz, ante as influências recíprocas⁸⁰⁵ entre as Leis 10.259/01 e 12.153/09.

⁸⁰⁴ Esta limitação imposta pela lei ao objeto dos pedidos de uniformização é uma das três deficiências dos mecanismos de uniformização do microsistema dos juizados especiais que apontamos em artigo escrito em coautoria com o professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução (...). *Op. cit.*, pp. 289/296).

⁸⁰⁵ Nessa linha está o pensamento de Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, para quem "o veto presidencial laborou em evidente equívoco, pois tanto a doutrina como a jurisprudência não consideram a manifestação do *amicus curiae* propriamente como modalidade de intervenção de terceiros. Ademais, tendo em vista o disposto no art. 27

Por fim, cabe registrar que está em tramitação na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 4.723/04,⁸⁰⁶ que busca introduzir nos Juizados Especiais Cíveis um sistema de uniformização de jurisprudência semelhante ao atualmente existente nos Juizados Federais e da Fazenda Pública, mediante acréscimo, na Lei nº 9.099/95, dos artigos 50-A a 50-D.⁸⁰⁷

O projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados em março de 2007, retornando porém a esta Casa Legislativa, em razão da aprovação de substitutivo pelo Senado Federal. O parecer elaborado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, relativamente ao substitutivo aprovado no Senado, aguarda aprovação desde agosto de 2011.

Do quanto se colhe, embora ainda não tenha sido aprovado um incidente processual voltado à uniformização da jurisprudência nos Juizados Especiais Cíveis,⁸⁰⁸ uma visão panorâmica do microsistema dos Juizados Especiais revela que há uma preocupação clara do legislador com a uniformidade da jurisprudência também nos Juizados, o que é reflexo da importância que estes têm adquirido após a Constituição da República de 1988.

4.4.2.6. Breves considerações acerca de outros mecanismos de uniformização de jurisprudência

desta lei e a interpretação sistemática que se impõe na aplicação das normas previstas nas Leis Federais 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009, o veto presidencial ao §4º do art. 14 é despiciendo e ineficaz, devendo ser desconsiderado" (GOMES JUNIOR, Luiz Manuel et al. *Comentários à nova lei dos juizados especiais da fazenda pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 178). Cabe ressaltar, porém, que o veto referido pelo autor é ao §4º do art. 19 da Lei 12.153/09.

⁸⁰⁶ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=693DE621C439926E64EB07EA8C0BFCC8.proposicoesWeb1?codteor=260582&filename=PL+4723/2004>. Acesso em: 05 fev. 2015.

⁸⁰⁷ A análise do regramento contido no projeto de lei nº 4.723/04 é matéria que extrapola os limites do presente estudo. Para aprofundamento da questão cf. MATTOS, Luiz Norton Baptista de. Tópicos da reforma processual: supressão do efeito suspensivo da apelação, julgamento liminar de improcedência do pedido e uniformização da interpretação do direito federal nos juizados especiais estaduais. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. n. 17. Rio de Janeiro: SJRJ, ago. 2006, pp. 96/103.

⁸⁰⁸ A ausência de um mecanismo de uniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis estaduais é também uma das deficiências dos mecanismos de uniformização do microsistema dos juizados especiais que apontamos em artigo escrito em coautoria com o professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução (...). *Op. cit.*, pp. 289/296).

Os mecanismos de uniformização de jurisprudência analisados nas seções anteriores não esgotam o rol de instrumentos de que se serve o direito processual brasileiro para obter alguma uniformidade na jurisprudência.

Como observado inicialmente, parcela da doutrina inclui neste rol o *incidente de declaração de inconstitucionalidade*, previsto nos artigos 480 a 482 do CPC/73, do qual não se tratou neste capítulo, na medida em que, embora possa se prestar reflexamente à uniformização da jurisprudência, não é esta sua finalidade principal, eis que desenvolvido como um mecanismo para dar operacionalidade à cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição da República.

De outra parte, também são comumente apontados em doutrina como mecanismos de uniformização de jurisprudência os recursos de *embargos infringentes* e, ao lado destes, mais recentemente, a nova *técnica de julgamento*⁸⁰⁹ introduzida pelo CPC/2015, em seu artigo 942. Tais instrumentos, entretanto, não são em nosso entender mecanismos para a *uniformização da jurisprudência*, eis que, embora presente a divergência entre os componentes do órgão fracionário, o que se tem são *acórdãos não unânimes* e *acórdãos divergentes*.

Também é necessário referir que os mecanismos de tutela coletiva, tais como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, podem ser analisados sob o enfoque da uniformização da jurisprudência, em especial no que diz respeito ao tratamento diferenciado conferido à coisa julgada. Essa perspectiva de análise, conquanto possível, não foi objeto de abordagem em nosso estudo.

Por fim, cabe referir que também podem ser qualificados como mecanismos de uniformização de jurisprudência o *recurso de embargos de divergência*, o *recurso especial*, o *recurso extraordinário* e o *recurso de revista* processados segundo a *sistemática dos recursos repetitivos* e o novo *incidente de resolução de demandas repetitivas*.

⁸⁰⁹ Marco Antônio dos Santos Rodrigues e Thaís Boia Marçal, com propriedade e ainda em comentário ao texto do código projetado, observam que a regra correspondente ao atual artigo 942 do CPC/2015 não é um recurso, mas "técnica de julgamento" desenvolvida em substituição aos embargos de infringentes, haja vista que lhe falta o traço da *voluntariedade*, essencial à caracterização dos recursos (RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos; MARÇAL, Thaís Boia. Embargos infringentes e o novo CPC: manutenção ou extinção? In: *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano 6. vol. X. Rio de Janeiro: UERJ. jul./dez. 2012, p. 335. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7997/5782>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

Estes são, sem dúvida, mecanismos concebidos para se conferir uniformidade à jurisprudência. Não obstante, o tratamento a eles conferido pelo ordenamento processual os tornou instrumentos que, para além da uniformização da jurisprudência, são preordenados à produção de *precedentes uniformizadores de jurisprudência*, alguns deles qualificáveis como *precedentes vinculantes em sentido forte* e outros como *precedentes vinculantes em sentido fraco*, razão pela qual deles já se tratou nas seções respectivas, não se fazendo necessário repetir aqui os comentários feitos ao se abordar essas categorias de precedentes.

4.5. Considerações finais

A partir desta breve análise do desenvolvimento do direito jurisprudencial no Brasil, é possível constatar que, não obstante sua vinculação aos sistemas jurídicos de direito europeu continental ou *civil law*, em razão da colonização por Portugal, sempre se fez presente a preocupação pela obtenção de uma uniformidade nos entendimentos judiciais.⁸¹⁰

Como país de *civil law*, a lei sempre exerceu e ainda exerce no Brasil o papel de *fonte do direito* por excelência. Tal circunstância, contudo, não foi impeditiva de que se conferisse alguma importância aos precedentes e à jurisprudência, tanto que a evolução do direito processual brasileiro evidencia o contínuo desenvolvimento de novos instrumentos voltados à uniformização de entendimentos judiciais, a revelar que esta uniformidade é uma "aspiração presente na sociedade em geral e na comunidade jurídica em particular".⁸¹¹

De outra parte, para além da simples busca de uniformização de jurisprudência em si mesma, buscou o direito processual brasileiro extrair efeitos cada vez mais extensos dessa jurisprudência uniformizada, que passou a servir como paradigma, por vezes até mesmo obrigatório, para o julgamento de casos futuros e, ainda, como alicerce para o desenvolvimento de técnicas variadas de aceleração do procedimento e de sumarização dos julgamentos (julgamento monocrático pelo relator, julgamento de improcedência liminar, negativa de seguimento de recursos, dentre outros).

⁸¹⁰ Como bem ressalta Rodolfo de Camargo Mancuso: "[...] colhe-se uma *tendência indisfarçável* à uniformização jurisprudencial, iniciada na Península Ibérica, desde as vetustas *fazañas e albedrios*, prosseguindo com os lusitanos *assentos obrigatórios*, aqui aportados no Brasil Império, ainda sob a égide das Ordenações Filipinas, aqueles e estas integrados ao ordenamento pátrio, mercê da Consolidação Ribas" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, p. 237) (itálicos no original).

O direito processual brasileiro seguiu, portanto, uma linha evolutiva de crescente valorização de sua produção judicial, de crescente desenvolvimento de mecanismos voltados à produção de precedentes ou de jurisprudência uniformizada, de forma que é exatamente a partir da consideração dessa linha evolutiva que se pretende identificar as situações em que um entendimento judicial pode ser considerado consolidado, a ponto de se exigir que sua futura e eventual alteração tenha de observar mecanismos de proteção procedimental e substancial da confiança nele depositada pelos jurisdicionados.

De pouca utilidade seria o desenvolvimento de todos os mecanismos de uniformização de jurisprudência e de produção de precedentes acima analisados, se, ao final, a jurisprudência uniformizada pudesse ser livremente modificada, sem qualquer limitação material ou procedimental, ou, pior ainda, se pudesse ser simplesmente ignorada quando de julgamento de casos futuros similares aos já decididos por esses meios.

Pensamos, portanto, que a identificação das hipóteses em que um ato jurisdicional pode ser qualificado como *base da confiança*, para o fim de se invocar a incidência do princípio da proteção da confiança, quando da alteração do entendimento jurídico nele manifestado, há de ser feita a partir do desenho elaborado pelo legislador e de sua interpretação pelos tribunais, quando do desenvolvimento dos mecanismos de uniformização de jurisprudência existentes, eis que voltados - embora em diferentes graus - à atribuição de unidade de sentido ao direito, ponto que será objeto de abordagem no próximo capítulo.

⁸¹¹*Ibidem*, p. 238.

5. OS ATOS JURISDICIONAIS COMO BASE DA CONFIANÇA

5.1. Considerações iniciais

Apesar de a formulação teórica do princípio da proteção da confiança ter se dado no direito administrativo, direcionada a alterações de atos administrativos do poder público,⁸¹² há algum tempo reconhece a doutrina que sua abrangência objetiva não está restrita aos atos da Administração Pública, mas que, ao contrário, sua aplicação é "exigível perante *qualquer acto de qualquer poder* - legislativo, executivo e judicial" (*supra*, seção 1.2.1).⁸¹³

Assim, seja no exercício da atividade administrativa, legislativa ou jurisdicional, os órgãos estatais devem respeito ao princípio da proteção da confiança, eis que este é um *elemento constitutivo do Estado de Direito*.⁸¹⁴

Desta forma, ao se referir à necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança no âmbito da atividade normativa do Estado (em especial da função legislativa), Canotilho adverte que "a mudança ou alteração frequente das leis (de normas jurídicas) pode perturbar a confiança das pessoas, sobretudo quando as mudanças implicam efeitos negativos na esfera jurídica dessas mesmas pessoas".⁸¹⁵

Essa mesma advertência pode ser direcionada à atividade jurisdicional, na medida em que alterações frequentes, abruptas e, por vezes, não suficientemente justificadas, de entendimentos sedimentados em precedentes, em súmulas ou na jurisprudência igualmente abalam a confiança depositada pelos jurisdicionados na manutenção da compreensão judicial acerca do que dispõe o ordenamento jurídico-positivo, ou seja, na *lei interpretada* pelo Judiciário,⁸¹⁶ da qual resulta *uma verdadeira expectativa normativa de comportamento para todos* aqueles que se encontrem em situação similar à anteriormente decidida.⁸¹⁷

⁸¹² CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta (...). *Op. cit.*, p. 28.

⁸¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. *Op. cit.*, p. 257 (itálicos no original).

⁸¹⁴ *Ibidem*, p. 257.

⁸¹⁵ *Ibidem*, p. 259.

⁸¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta (...), p. 30.

⁸¹⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, p. 188.

Mudanças de tal gênero têm, como ressalta Cláudia Cimardi, um *efeito desintegrador* no sistema jurídico,⁸¹⁸ bem como, se não forem acompanhadas de medidas de proteção procedimental e substancial dessa confiança legítima, podem se converter, na feliz expressão de Cândido Dinamarco, em verdadeiras *armadilhas* para o jurisdicionado que orientou sua conduta pelo entendimento anteriormente prevalente.⁸¹⁹

Como bem lecionou Ricardo Lodi Ribeiro,

[...] embora o efeito da decisão judicial seja, em regra, vinculante apenas às partes no processo, a orientação pretoriana, uma vez estabelecida de forma constante e consolidada, acaba por se constituir objeto de confiança para os cidadãos, que passam a adotar a interpretação pretoriana a partir do precedente.⁸²⁰

Neste capítulo, serão discutidos os aspectos que se nos afiguram mais relevantes ao propósito do presente trabalho, no que diz respeito à qualificação dos atos jurisdicionais como base da confiança e, em especial, a partir da visão panorâmica do direito jurisprudencial no Brasil, objeto de exposição no capítulo precedente, buscar-se-á identificar em quais situações um ato jurisdicional pode ser considerado base da confiança no direito brasileiro.

5.2. Definição de base da confiança a partir dos critérios propostos por Humberto Ávila

Como já exposto, a doutrina tem se preocupado em definir requisitos para a aplicação do princípio da proteção da confiança, a fim de evitar que um demasiado grau de abstração no seu manejo conduza à sua banalização, ocasionando insegurança jurídica, em contrariedade às próprias finalidades que inspiraram o desenvolvimento do princípio (*supra*, seção 1.5).

O primeiro desses requisitos, apontado por praticamente todos os doutrinadores que se ocuparam do tema, é a existência de uma *base da confiança*, assim entendida como um

⁸¹⁸ CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme (...)*. *Op. cit.*, pp. 183/191.

⁸¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados. A garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos. In: *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III*. Barueri: Manole, 2005, p. 87.

⁸²⁰ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte (...)*. *Op. cit.*, p. 239. Este é o entendimento também adotado por Eduardo Sodero, segundo o qual a existência de um *critério jurisprudencial* concreto ou sedimentado, “de hecho orienta la conducta de los particulares, quienes basándose en ellos (y no sólo en las

comportamento do poder público (Executivo, Legislativo ou Judiciário) apto a despertar a confiança de seus destinatários, que com fundamento nele passam a conduzir suas atividades.

Como leciona Humberto Ávila, a base da confiança "traduz-se nas normas que serviram de fundamento para a (in)ação individual", podendo "tanto ser geral e abstrata, como uma lei, quanto individual e concreta, como um ato administrativo ou uma decisão judicial".⁸²¹ Pode ainda ser *positiva*, materializando-se em *atos* do poder público (atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais) ou *negativa*, consistente em *omissões* no exercício de atribuições que lhe são inerentes, como nas situações de prolongada tolerância administrativa. Deve ser, em qualquer caso, apta a "*servir de fundamento para o exercício de direitos de liberdade ou de propriedade*",⁸²² fundamentando a atuação de seus destinatários e despertando a legítima expectativa de que essa atuação esteja em conformidade com o direito.

Embora atos praticados por quaisquer dos Poderes do Estado possam, em princípio, qualificar-se como base da confiança, é certo que nem todo ato ou omissão estatal é *necessariamente* apto a servir de fundamento para a atuação dos destinatários, despertando a confiança em sua manutenção. Dessa constatação resulta o problema de identificar quais, dentre os atos e omissões estatais, são os comportamentos que podem ser considerados base da confiança e quais os critérios a serem utilizados para tal identificação.

Definir se um ato ou omissão estatal constitui *base da confiança* não é, como leciona Humberto Ávila, uma questão a ser resolvida por um raciocínio do tipo *tudo ou nada, sim ou não*. Existem diferentes níveis ou graduações na qualificação da base da confiança, erigidos a partir de critérios para a valoração da intensidade da vinculação da atuação do destinatário ao comportamento estatal que se pretende qualificar como base da confiança. Há, assim, "uma escala de intensidade de realização dos elementos configurados da base da confiança".⁸²³

Nessa linha, Humberto Ávila propôs oito critérios a serem considerados em conjunto para a qualificação de um comportamento estatal como base da confiança, quais sejam, grau de vinculação da base, grau de aparência de legitimidade da base, grau de modificabilidade da

normas legislativas) obran en cierto sentido, enprenden ciertos negocios o celebran ciertos contratos" (SODERO, Eduardo. *Sobre el cabio de los precedentes*. *Op. cit.*, pp. 232/233).

⁸²¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* (...). *Op. cit.*, p. 373.

⁸²² *Ibidem*, p. 373 (itálico no original).

⁸²³ *Ibidem*, p. 378.

base, grau de eficácia no tempo da base, grau de realização das finalidades da base, grau de indução da base, grau de individualidade da base e grau de onerosidade da base.⁸²⁴

Os critérios propostos são os que com maior densidade abordam a questão na doutrina brasileira. Deve-se ressaltar, contudo, que sua formulação teve por propósito amplo a determinação da base da confiança em todos os âmbitos da atuação estatal, razão pela qual nem todos nos parecem adequados ou essenciais, quando, ao se analisar especificamente o fenômeno das modificações na jurisprudência, pretende-se determinar se um ato jurisdicional pode ou não ser considerado base da confiança.

Desta forma, apesar de sua vasta aplicabilidade à determinação da *base da confiança*, quando em discussão a modificação de atos administrativos ou legislativos, três dos critérios apresentados não se nos afiguram de todo adequados na temática das modificações na jurisprudência, quais sejam, os critérios relacionados ao *grau de indução da base*, ao *grau de individualidade da base* e ao *grau de onerosidade da base*.

Assim, o critério relativo ao *grau de indução da base* ("quanto maior o grau de indução decorrente da base, maior deve ser a proteção merecida pela confiança com base nela exercida"),⁸²⁵ relacionado à maior ou menor aptidão que o comportamento estatal tem de *estimular* a atuação do destinatário, parece ter maior aplicação no direito material.

Com efeito, a distinção entre *âmbito de ação permitido* e *âmbito de ação estimulado* proposta pelo autor parece ter maior aplicabilidade no direito material, em especial no direito tributário, tal qual defendido por Humberto Ávila, por exemplo, na análise da revogação de benefícios fiscais condicionados, pois nesse campo se pode falar em *verdadeiro estímulo à atuação do destinatário do ato*. Ao tratarmos, porém, das modificações na jurisprudência, não nos parece que o critério agregue maior operacionalidade à identificação da base da confiança, suficientemente delimitada pelos demais critérios propostos pelo autor.

⁸²⁴*Ibidem*, pp. 380/399.

⁸²⁵*Ibidem*, pp. 393/397. Segundo este critério, comportamentos estatais que *estimulam* a atuação do particular devem receber maior atenção, em termos de proteção da confiança, do que aqueles comportamentos estatais que se limitam a criar um âmbito de atuação permitido, no qual o destinatário pode atuar de maneira mais livre.

O *grau de individualidade da base* ("quanto maior for o grau de proximidade do ato, maior deve ser a proteção da confiança nele depositada")⁸²⁶ também não nos parece adequado à orientação da incidência do princípio da proteção da confiança nas modificações na jurisprudência, eis que nestas o foco está voltado à *função paradigmática e definidora de pautas de conduta* exercida pelo Judiciário e não à sua *função tradicional de resolução de conflitos*. A individualidade da base (maior ou menor proximidade do comportamento estatal em relação ao destinatário que nele confia) não parece ser um critério adequado nesta seara, eis que o entendimento consolidado em precedente, súmula ou jurisprudência sempre terá um caráter paradigmático geral, com reduzido grau de individualidade e proximidade.

Por fim, o critério do *grau de onerosidade da base* ("quanto maior for o grau de onerosidade da base, maior deve ser a proteção da confiança nela depositada"),⁸²⁷ ao que nos parece, tem maior relevância para a determinação das *salvaguardas procedimentais ou substanciais* a serem aplicadas quando da modificação da base da confiança e não propriamente para a *identificação desta base*. Assim, embora o critério nos pareça, nestes termos, de grande utilidade, não nos parece essencial à *identificação ou determinação da base da confiança*, razão pela qual também não será especificamente abordado neste momento.

Em síntese, com as ressalvas apresentadas, consideramos que os critérios propostos por Humberto Ávila são os que melhor orientam a identificação de quais atos jurisdicionais podem ser considerados base da confiança, razão pela qual os cinco critérios remanescentes (graus de vinculação da base, de aparência de legitimidade da base, de modificabilidade da base, de eficácia no tempo da base e de realização das finalidades da base) são neste trabalho adotados como referencial teórico, eis que deles nos serviremos para a elaboração de uma proposta de sistematização dos atos jurisdicionais enquanto base da confiança.

Assim, como um primeiro critério, importa aferir o *grau de vinculação da base*, ou seja, o grau de impositividade presente no comportamento estatal relativamente aos seus destinatários. Os atos estatais não têm, todos eles, o mesmo grau de vinculação, de forma que, quanto mais vinculante ou impositivo for o comportamento estatal em relação a seus

⁸²⁶*Ibidem*, pp. 397/398. Segundo este critério, quando mais próximo da esfera individual for o comportamento estatal, maior será a confiança a ser protegida. Assim, por exemplo, uma autorização para exercício de atividade expedida pelo poder público tem maior aptidão em se configurar como base da confiança do que uma lei de caráter geral que regule essa mesma atividade.

destinatários, maior a sua aptidão para se qualificar como base da confiança, porque maior a confiabilidade despertada naqueles que com base nele orientam sua atuação.⁸²⁸

O segundo critério considera o *grau de aparência de legitimidade da base*, ou seja, quanto mais o comportamento estatal se apresente, aos olhos de seus destinatários, como legítimo e correto, maior a sua aptidão para nestes despertar a confiança necessária para com fundamento neles orientar sua atuação. Importa, para este critério, a *credibilidade* de que se reveste o comportamento estatal, que *decorre do sujeito que o pratica* ("quanto maior o escalão da autoridade emanadora do ato e maior o número de sujeitos envolvidos na composição do seu conteúdo, maior é a presunção de que ele seja conforme ao Direito") e *da forma pela qual é praticado* ("quanto maiores a publicidade e a participação democrática na sua elaboração, maior é a presunção de que o ato esteja correto").⁸²⁹

O terceiro critério proposto por Humberto Ávila é o *grau de modificabilidade ou permanência da base*. Quanto maior a pretensão de permanência do comportamento estatal, maior a sua aptidão para constituir base da confiança. Se um ato estatal tem pretensão de definitividade, tem exatamente por isso maior aptidão para orientar o comportamento de seus destinatários. Assim, por exemplo, uma lei com vigência por prazo indeterminado teria maior aptidão para orientar comportamentos do que uma medida provisória, que pode não ser aprovada pelo Congresso Nacional.⁸³⁰

O quarto critério a ser destacado é o *grau de eficácia no tempo da base*, que relaciona o tempo durante o qual o comportamento estatal vem sendo praticado e a confiabilidade resultante dessa duração. A proposta de Humberto Ávila é que a longa permanência ou duração de um comportamento estatal tem grande poder indutor da atuação dos seus destinatários, na medida em que os leva a acreditar que o Estado preservará a linha de atuação até então adotada por longo tempo. A longa permanência do comportamento estatal reforça a percepção de sua legitimidade e de sua continuidade.⁸³¹

⁸²⁷*Ibidem*, pp. 398/399. Segundo este critério, quanto mais onerosos forem os compromissos assumidos pelo destinatário em razão do comportamento estatal, mais digna de proteção é a confiança por este depositada.

⁸²⁸*Ibidem*, pp. 380/381.

⁸²⁹*Ibidem*, pp. 381/383.

⁸³⁰*Ibidem*, pp. 387/389.

⁸³¹*Ibidem*, pp. 389/391.

De outra parte, importa considerar, como quinto e último critério, o *grau de realização das finalidades da base*, ou seja, a aferição da aptidão do comportamento estatal para atingir as finalidades para as quais foi concebido. Quanto mais um comportamento estatal for capaz de cumprir as finalidades que ensejaram sua prática, maior sua aptidão para se configurar como base da confiança.⁸³²

Em síntese, é possível qualificar como base da confiança todo comportamento estatal apto a despertar a confiança de seus destinatários na sua manutenção e que sirva de fundamento para a tomada de decisões e atuação em sociedade, sendo tal aptidão aferida pelo manejo em conjunto dos cinco critérios propostos por Humberto Ávila, quais sejam, o grau de vinculação da base, o grau de aparência de legitimidade da base, o grau de modificabilidade da base, o grau de eficácia no tempo da base e o grau de realização das finalidades da base.

A análise dos desdobramentos desses cinco critérios no tema das modificações na jurisprudência será feita ao tratarmos dos critérios gerais para a qualificação dos atos jurisdicionais como base da confiança (*infra*, seção 5.4.1).

5.3. Os atos jurisdicionais como base da confiança

Como observado, não são apenas os atos legislativos ou administrativos que se prestam a estabelecer pautas de condutas para a sociedade. Também as decisões judiciais, principalmente aquelas oriundas das instâncias mais elevadas do Poder Judiciário, têm forte impacto na forma pela qual os jurisdicionados pautam o seu comportamento e decidem, nas mais variadas situações, qual a conduta a ser adotada, em conformidade com a compreensão prevalente no Judiciário (*supra*, seção 2.8.2).

Como bem ressaltou Antonio do Passo Cabral,

[...] é fora de dúvida que a jurisprudência consolidada condiciona comportamentos, gerando padrões de conduta estáveis, [pois] ao cristalizar-se nos debates pretorianos, o entendimento sólido dos tribunais a respeito de um tema é um relevante dado do

⁸³²*Ibidem*, pp. 392/393.

tráfego jurídico e que frequentemente é utilizado para a tomada de conduta individual.⁸³³

Assim, da mesma forma que o direito legislado, entendimentos consolidados por meio de precedentes, de enunciados de súmula ou de jurisprudência pacífica são considerados pelos profissionais da área jurídica, para fins de orientação acerca de como seus clientes devem proceder na condução de suas atividades. O movimento perceptível de fortalecimento dos precedentes, das súmulas e da jurisprudência no Brasil, inclusive quanto à atribuição de efeitos vinculantes, apenas reforça este papel de balizador de condutas na sociedade, consolidando a aptidão dos atos jurisdicionais em se qualificar como base da confiança.

Exatamente por isso é importante que se tragam alguns subsídios teóricos relacionados à caracterização dos atos jurisdicionais como base da confiança, tanto no direito estrangeiro, quanto no direito nacional, que servirão de fundamento a uma proposta de sistematização da aplicação do princípio da proteção da confiança na seara das modificações na jurisprudência.

5.3.1. Panorama doutrinário no direito estrangeiro

A caracterização dos atos jurisdicionais como base da confiança é tema presente no Judiciário e na doutrina estrangeiros há aproximadamente um século, com o objetivo de desenvolver técnicas voltadas a minimizar o impacto das modificações na jurisprudência, permitindo que esta evolua para se adaptar a novos contextos sociais, sem, contudo, frustrar as legítimas expectativas daqueles que pautaram sua conduta no entendimento anterior.

É certo que a doutrina reconhece inexistir um direito à imutabilidade da jurisprudência, tanto que Cyrille Charbonneau, referindo-se à possibilidade de evolução na jurisprudência da Corte de Cassação francesa, ressalta que "ninguém pode se prevalecer de um direito adquirido a uma jurisprudência congelada, imóvel ou constante".⁸³⁴

⁸³³ CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada (...). *Op. cit.*, p. 33.

⁸³⁴ Tradução livre do original: "[...] nul ne pouvant se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée, immuable ou constante" (CHARBONNEAU, Cyrille. *La contribution de la cour de cassation à l'élaboration de la norme*. Paris: IRJS Éditions, 2011, p. 467).

Para além disso, reconhece a doutrina não ser tal imutabilidade desejável, na medida em que "as modificações na jurisprudência são a manifestação da vida do direito, o sinal de sua adaptação aos fatos, [de modo que] um direito sem modificações na jurisprudência [...] seria no fundo um direito inteiramente esclerosado".⁸³⁵ Não obstante, como anota Canotilho, sob a ótica do jurisdicionado, "sempre se coloca a questão de saber se e como a protecção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais".⁸³⁶

Nessa linha, a doutrina registra que já em 1917 surgiu nos Estados Unidos a ideia de se desenvolver um *direito transitório jurisprudencial*, apresentada pelo professor Georges F. Canfield em conferência havida na Carolina do Sul. A proposta consistia basicamente na mitigação dos efeitos retroativos naturalmente reconhecidos às decisões que alteravam entendimentos consolidados no Judiciário, sendo aceita na doutrina como a gênese da técnica denominada *superação prospectiva (prospective overruling)*, que viria a ser empregada pela primeira vez pela Suprema Corte norte-americana em 1932 no caso *Great Northern Railway Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* Em razão do pioneirismo desse julgado, em um primeiro momento a técnica ficou conhecida como *sunbursting*, ganhando maiores aportes teóricos após o julgamento de *Linkletter v. Walker* no ano de 1965,⁸³⁷ como se observará no sétimo capítulo, ao se tratar especificamente do *prospective overruling*.

Conforme anota a doutrina, subjacente à técnica do *prospective overruling* está o reconhecimento de que é necessário proteger a confiança depositada pelos jurisdicionados na continuidade de entendimentos jurisprudenciais consolidados.⁸³⁸ Em outras palavras, é pressuposto pela técnica de superação prospectiva de precedentes que o entendimento jurisprudencial anterior configura um comportamento estatal apto a orientar a conduta dos jurisdicionados e da sociedade em geral, qualificando-se como *base da confiança*.

Na França, por sua vez, a doutrina registra discussões a respeito da necessidade de se preservar as legítimas expectativas dos jurisdicionados frente às modificações na jurisprudência (*revirement de jurisprudence*) desde o final dos anos 1950, com especial relevo

⁸³⁵ Tradução livre do original: "Les revirements de jurisprudence sont la manifestation de la vie du droit, le signe de son adaptation aux faits. Un droit sans revirement de jurisprudence [...] serait au fond un droit entièrement sclérosé" (MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence (...)*. *Op. cit.*, p. 14).

⁸³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. *Op. Cit.*, p. 265.

⁸³⁷ MEERBEECK, Jérémie Van. *De la certitude à la confiance*. *Op. cit.*, pp. 419/420.

à influência do direito comunitário europeu que, sob a perspectiva da confiança legítima, tem manifestado rejeição a aplicação retroativa de regras novas.⁸³⁹

Como bem acentuou o relatório apresentado pelo grupo de trabalho constituído pela Corte de Cassação francesa para tratar do problema das modificações na jurisprudência, embora essas sejam necessárias à evolução do direito, seus efeitos negativos precisam ser devidamente compostos, em especial no que se refere à imprevisibilidade e injustiça decorrentes da aplicação retroativa de uma regra jurisprudencial até então desconhecida de seus destinatários, que se orientavam pelo entendimento anterior, impondo-lhes custos não previstos, com prejuízo ao desenvolvimento de suas atividades em sociedade.⁸⁴⁰

Exatamente para fazer frente aos efeitos negativos acima expostos, a conclusão do grupo de trabalho foi no sentido da necessidade de se adotar, ainda que limitadamente à Corte de Cassação, a técnica de modulação temporal das modificações na jurisprudência. O reconhecimento deste poder de modulação temporal à Corte de Cassação agregaria à função de assegurar a unidade da interpretação da lei por ela exercida a função de assegurar também a unidade de sua aplicação no tempo.⁸⁴¹

Ao que parece, a proposta do grupo de trabalho, em síntese, parte do reconhecimento de que os jurisdicionados veem nas decisões judiciais - sobretudo naquelas oriundas da Corte de Cassação - atos instituidores de pautas de conduta que servem à planificação de suas atividades, nelas depositando legítimas expectativas de continuidade, por tal razão reconhecidas como base da confiança, a ponto de, sobrevindo uma modificação, impor-se o reconhecimento de um poder de modulação apto a proteger tal confiança.

Apesar dessas contribuições da doutrina francesa, em especial do grupo de trabalho constituído pela Corte de Cassação, o *prospective overruling* ou superação prospectiva não é uma técnica que conte com significativa adesão nas cortes francesas,⁸⁴² embora a doutrina aponte que a Corte de Cassação, a despeito da ausência de previsão legal, vem dela fazendo

⁸³⁸*Ibidem*, p. 420.

⁸³⁹ MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence (...)*. *Op. cit.*, p. 5.

⁸⁴⁰*Ibidem*, pp. 14/16.

⁸⁴¹*Ibidem*, p. 39.

⁸⁴² TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. *Op. cit.*, pp. 133/134.

uso excepcional, com *derrogação pontual (dérogation ponctuelle)* da regra de que as alterações na jurisprudência são aplicáveis retroativamente.⁸⁴³

Na Alemanha, por sua vez, consoante aponta a doutrina, a prática de modificações na jurisprudência não é frequente, embora tenha apresentado um incremento em relação a décadas passadas, e menos frequente ainda é a atribuição de efeitos prospectivos a essas modificações, de forma que Robert Alexy e Ralf Dreier esclarecem que esta prática é muito excepcional nas cortes alemãs,⁸⁴⁴ embora este possa ser considerado um tema clássico nas discussões acerca dos efeitos das modificações de jurisprudência nesse país.⁸⁴⁵⁻⁸⁴⁶

Apesar do pouco prestígio alcançado pela técnica do *prospective overruling* na Alemanha, isso não significa que se considere naquele país que os atos do Judiciário não possam servir como base da confiança, tanto que, como observa Frédérique Ferrand, o Tribunal Superior Federal alemão chegou a anunciar, no ano de 1982, que⁸⁴⁷

[...] especialmente quando da interpretação de leis muito antigas por uma jurisprudência constante, a proteção da confiança e o valor da segurança jurídica devem ser fortemente levados em consideração e exigem em princípio uma manutenção da evolução jurídica tal qual realizada. Uma jurisprudência estável deve entretanto ser excepcionalmente considerada como abandonada quando assim se imponha por razões decisivas ou mesmo imperativas.

⁸⁴³ CHARBONNEAU, Cyrille. *La contribution de la cour de cassation (...)*. *Op. cit.*, pp. 479/484.

⁸⁴⁴ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, pp. 56/58. O relatório elaborado pelo grupo de trabalho coordenado por Nicolas Molfessis aponta dois julgados do *Bundesgerichtshof* (Tribunal Superior Federal) em que houve a modulação dos efeitos temporais da modificação de sua jurisprudência, o primeiro deles ocorrido em 1978, relativamente aos requisitos para acesso ao tribunal, e o segundo em 1987, relativa a uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho (MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirement de jurisprudence (...)*. *Op. cit.*, p. 26).

⁸⁴⁵ FERRAND, Frédérique. La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand. In: MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence: rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*. Paris: Litec, 2005, pp. 81/83.

⁸⁴⁶ Valter Shuenquener de Araújo, comentando a doutrina alemã a respeito do tema, leciona que o entendimento predominante é o de que os atos jurisdicionais podem ser considerados base da confiança e que, portanto, nas hipóteses de modificações na jurisprudência, é invocável o princípio da proteção da confiança. Não obstante, registra a existência de opiniões em contrário, fundamentadas principalmente no argumento de que a superação de um entendimento indica que este se encontrava equivocado, que era uma má-compreensão do direito e que, portanto, não se poderia com base nela invocar a proteção da confiança (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança (...). *Op. cit.*, p. 174).

⁸⁴⁷ No original: "La Cour fédérale de Justice elle-même (*Bundesgerichtshof*, homologue de la Cour de cassation française) a, par l'intermédiaire de l'une de ses plus hautes formations (la Grande chambre civile, *Grosser Zivilsenat*), énoncé en 1982 que 'notamment lors de l'interprétation des lois assez anciennes par une jurisprudence constante, la protection de la confiance et la valeur de sécurité juridique doivent être fortement prises en compte et exigent en principe un maintien de l'évolution juridique telle que réalisée. Une jurisprudence stable doit toutefois être exceptionnellement considérée comme abandonnée lorsque cela s'impose pour des

Talvez por essa razão seja mais frequente na prática alemã a técnica da sinalização, mediante enunciação dos votos dissidentes nos julgamentos e respectivas maiorias obtidas em cada julgamento, de uma possível modificação na jurisprudência, de maneira a permitir que a sociedade possa se preparar para a possível mudança.⁸⁴⁸ A situação, ao que parece, se assemelha ao que eventualmente ocorre na prática judiciária italiana, em que não se pratica a superação prospectiva de precedentes, mas em que as cortes, notadamente por meio de *obiter dicta*, por vezes dão sinais de que uma mudança de entendimento se avizinha.⁸⁴⁹⁻⁸⁵⁰

Essas breves considerações evidenciam que na doutrina e na jurisprudência estrangeiras se faz presente algum nível de preocupação com a frustração de legítimas expectativas depositadas em entendimentos consolidados no Judiciário, os quais são, ainda que por vezes de maneira não expressa, considerados aptos a fundamentar a aplicação do princípio da proteção da confiança, por se qualificarem como *base da confiança*.

5.3.2. Compreensão do tema no direito comunitário europeu

O direito comunitário europeu reconhece de maneira expressa à jurisprudência comunitária o caráter de fonte do direito, aceitando que a interpretação dos tratados comunitários pela Corte de Justiça da União Europeia é vinculante para os Estados-Membros e se sobrepõe aos ordenamentos jurídicos nacionais.⁸⁵¹

Essa afirmativa decorre do *princípio do primado do direito comunitário sobre o direito interno*, constante da legislação comunitária,⁸⁵² reconhecido pela doutrina⁸⁵³ e aceito

raisons décisives ou même impératives" (FERRAND, Frédérique. *La rétroactivité des revirement de jurisprudence (...)*. *Op. cit.*, p. 84).

⁸⁴⁸*Ibidem*, p. 86.

⁸⁴⁹ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. *Op. cit.*, p. 179.

⁸⁵⁰ Também na França há registro de utilização de *obiter dicta* pela Corte de Cassação como uma forma de enunciar futuras modificações na jurisprudência (CHARBONNEAU, Cyrille. *La contribution de la cour de cassation (...)*. *Op. cit.*, pp. 167/168).

⁸⁵¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. *Op. cit.*, p. 438.

⁸⁵² Assim prevê, por exemplo, Declaração anexa à ata final da conferência intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa (que reformou o Tratado da União Europeia), assinado em 13 de dezembro de 2007:

"[...]

17. Declaração sobre o primado do direito comunitário

pela CJUE, que em diferentes oportunidades assentou a *doutrina da primazia do direito comunitário* (*doctrine de la primauté du droit communautaire*), ao entendimento que os tratados que levaram à constituição da Comunidade Econômica Europeia (atual União Europeia) criaram uma ordem jurídica própria que se impõe às ordens jurídicas nacionais.⁸⁵⁴

Em um contexto como esse, de amplo prestígio da jurisprudência comunitária, alçada à categoria de fonte formal do direito e com prevalência sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, no tocante à interpretação da legislação comunitária, exsurge de forma natural a compreensão de que os atos jurisdicionais devem ser considerados base da confiança.

Exatamente por isso se tem afirmado que os Tribunais Comunitários têm buscado "identificar e limitar as hipóteses de violação à segurança jurídica lato sensu, e entre estas, à previsibilidade do direito ou à confiança legítima. Todas as fontes de regras retroativas, sejam legais ou jurisprudenciais, são aqui visadas".⁸⁵⁵

Daí porque a doutrina reconhece, de modo praticamente unânime, que, em um plano geral da regulação dos efeitos das decisões judiciais (e não especificamente no que diz respeito às modificações na jurisprudência), embora a regra geral no direito comunitário seja o seu efeito retroativo,⁸⁵⁶ excepcionalmente a CJUE tem utilizado a técnica da modulação

A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência."

Disponível em: <http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf>. Acesso em: 12 maio 2015.

⁸⁵³ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 61; AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. *Op. cit.*, p. 100; TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, pp. 138/139.

⁸⁵⁴ DONY, Marianne. *Droit de l'Union européenne*. *Op. cit.*, pp. 276/277.

⁸⁵⁵ Tradução livre do original: "La Cour européenne des droits de l'homme comme la Cour de justice des Communautés européennes entendent encadrer et limiter les hypothèses d'atteintes à la sécurité juridique *lato sensu*, et parmi celles-ci, à la prévisibilité du droit ou à la confiance légitime. Toutes les sources de règles rétroactives, qu'elles soient légales ou jurisprudentielles, sont ici visées." (MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence* (...). *Op. cit.*, p. 5).

⁸⁵⁶ "La CJUE, par sa jurisprudence consolidée, a établi que les règles interprétées doivent être appliquées par les juges même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt, étant donné que l'interprétation donnée révèle la signification que les dispositions interprétées ont eu dès leur origine temporel" (JAEGGER, Marc. *Notion et politique du revirement* (...). *Op. cit.*, p. 31).

temporal,⁸⁵⁷ tal qual se deu no célebre caso *Defrenne v. Sabena* (C-43/75),⁸⁵⁸ relativo ao princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores do sexo masculino e feminino.

Nesse julgado, a Corte de Justiça da União Europeia reconheceu que à luz da legislação comunitária homens e mulheres que desempenhem idêntico trabalho devem ser igualmente remunerados. Não obstante, tendo em vista "as consequências de carácter económico que poderiam resultar" do reconhecimento desse direito à igualdade de remuneração, dado o "elevado número de pessoas interessadas", cujas demandas "poderiam acarretar efeitos muito graves para a situação financeira dessas empresas, a ponto de levar algumas à falência", decidiu a CJUE pela limitação temporal dos efeitos de sua decisão. Como bem expôs no item 74 do acórdão, "existem considerações imperiosas de segurança jurídica respeitantes ao conjunto dos interesses em jogo, quer públicos quer privados, que impedem, em princípio, pôr em causa as remunerações relativas a períodos pretéritos". Assim, houve por bem admitir que apenas pudessem pleitear remunerações pretéritas com base na decisão os "trabalhadores que anteriormente tenham introduzido um recurso judicial ou deduzido reclamação equivalente".⁸⁵⁹

Embora essa orientação tenha se consolidado em casos em que discutida a modulação de efeitos de decisões judiciais da Corte de Justiça da União Europeia não relacionados especificamente às modificações na jurisprudência,⁸⁶⁰ não nos parece demasiado estender tal entendimento também às hipóteses em que presentes estas últimas.

Um exemplo muito significativo dessa orientação foi o acórdão proferido em 21 de outubro de 2013 pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Del Río Prada c/*

⁸⁵⁷ Por todos: CHARBIT, Nicolas. La limitation de l'effet rétroactif des arrêts par le juge communautaire. In: MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence: rapport remis à monsieur le Premier Président Guy Canivet*. Paris: Litec, 2005, pp. 73/80.

⁸⁵⁸ Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88931&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=42545>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

⁸⁵⁹ Para um comentário mais detido do caso *Defrenne v. Sabine* cf. MEERBEECK, Jérémie Van. *De la certitude à la confiance (...)*. *Op. cit.*, pp. 83/84.

⁸⁶⁰ Alguns dos casos em que tal orientação se firmou são colacionados por Nicolas Charbit: casos *Defrenne v. Sabena* (C-43/75), *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* (C-262/88), *Administration des douanes et droits indirects v. Léopold Legros e outros* (C-163/90), *F. G. Roders BV e outros v. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen* (C-367/93), dentre outros (CHARBIT, Nicolas. La limitation de l'effet rétroactif (...). *Op. cit.*, pp. 73/76).

Espagne.⁸⁶¹ Ainda que não especificamente relacionado ao tema da proteção da confiança, o julgado em questão considera que uma modificação na jurisprudência não pode ser aplicada retroativamente em detrimento de um réu em processo criminal.

No caso submetido à Corte Europeia, Inés del Río Prada acusava a Espanha de haver violado o artigo 7º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao aplicar de forma retroativa um novo entendimento jurisprudencial fixado pelo Tribunal Superior Espanhol, relativo à forma de cálculo de benefícios na fase de execução penal. Condenada pela prática de diversos crimes, por meio de acórdãos proferidos entre o final dos anos 1980 e início dos anos 2000, Inés del Río Prada estava, no ano de 2008, próxima de obter o livramento condicional. No entanto, em razão de uma modificação na jurisprudência do Tribunal Superior Espanhol havida no ano de 2006, relativamente à forma de cálculo de benefícios na fase de execução criminal, seu tempo de encarceramento foi ampliado em quase nove anos.

Analisando a situação ocorrida, a Corte Europeia de Direitos Humanos assentou que a vedação de aplicação retroativa da lei penal prevista no artigo 7º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em especial na parte final de seu primeiro inciso,⁸⁶² engloba "o direito de origem tanto legislativa quanto jurisprudencial",⁸⁶³ que devem, ambos, revestir-se dos atributos de acessibilidade e de previsibilidade, de forma que a aplicação de uma nova interpretação jurisprudencial não previsível ao réu violaria o artigo 7º da Convenção.

Reconhece, portanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos que a regra jurisprudencial, uma vez consolidada, confere previsibilidade no tocante às consequências (ainda que de ordem criminal) decorrentes da prática de infrações penais, razão pela qual sua alteração superveniente à prática das condutas sancionadas viola a regra da vedação da anterioridade da lei penal.

⁸⁶¹ Inteiro teor do acórdão disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-127680#{"languageisocode":\["FRA"\],"appno":\["42750/09"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-127680"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-127680#{)>. Acesso em: 12 jul. 2015.

⁸⁶² Art. 7º. 1. Ninguém pode ser condenado por uma ação ou omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infração, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida. (grifo nosso)

⁸⁶³ No original: "91. La notion de 'droit' ('law') utilisée à l'article 7 correspond à celle de 'loi' qui figure dans d'autres articles de la Convention; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité [...]".

Ainda que a questão não diga respeito diretamente à temática da proteção da confiança, é certo que a Corte Europeia reconheceu que o entendimento jurisprudencial consolidado constitui um elemento relevante na tomada de conduta individual, inclusive no tocante às suas repercussões criminais, não podendo, por tal razão, aplicar-se retroativamente, agravando a situação daquele que praticou atos delituosos sob a égide de entendimento jurisprudencial que lhe era mais favorável.

5.3.3. Panorama doutrinário no direito brasileiro

A doutrina brasileira recente vem acolhendo amplamente a ideia de que os atos jurisdicionais, assim como os atos administrativos e legislativos, podem constituir *base da confiança* apta a desencadear, na hipótese de sua modificação, consequências jurídicas, em especial em razão da incidência do princípio da proteção da confiança.

Essa orientação resulta da constatação de que "na visão do indivíduo, pouco importa se a alteração normativa que pode surpreendê-los virá por uma nova lei, ato administrativo ou por uma guinada no entendimento jurisprudencial".⁸⁶⁴ Para o jurisdicionado, o *impacto* de uma modificação na jurisprudência é em tudo *equivalente* àquele causado por uma modificação na lei.⁸⁶⁵ Todos esses atos do poder público, se caracterizáveis como indutores de comportamento, podem igualmente frustrar legítimas expectativas a partir deles criadas.

A necessidade de proteção da confiança é reconhecida, em especial, quando há a consolidação de entendimentos jurídicos por meio de precedentes ou de uma firme orientação jurisprudencial, sobretudo se oriundos dos tribunais superiores,⁸⁶⁶ eis que a estes em particular reservou a Constituição a missão de unificar a interpretação do ordenamento jurídico.

⁸⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada (...). *Op. cit.*, p. 38.

⁸⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados (...). *Op. cit.*, p. 102.

⁸⁶⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança (...). *Op. cit.*, p. 179; QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, p. 133.

O direito interpretado pelo Judiciário, em especial por seus órgãos de cúpula, tem uma importante função orientadora de comportamentos, na medida em que os diversos atores sociais o levam em consideração, ao decidir acerca das condutas a serem adotadas.

Na sociedade de informação contemporânea, em que as decisões judiciais, sobretudo aquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, são objeto de ampla divulgação e discussão,⁸⁶⁷ não apenas em veículos especializados, mas também nos meios de comunicação de massa, esse papel indutor é um dado que não pode ser ignorado.⁸⁶⁸

A defesa da qualificação dos atos jurisdicionais como base da confiança é feita, dentre outros, por Valter Shuenquener de Araújo, que ressalta o fato de que a própria atividade de orientação feita por advogados ou pareceristas a seus clientes não tem por base unicamente o que está disposto no ordenamento, mas também considera a compreensão do Judiciário a respeito de como a lei deva ser aplicada. Desta forma, a compreensão firmada no Judiciário passa a pautar as condutas em sociedade, tal qual a própria lei.⁸⁶⁹

Justamente em razão do reconhecimento dessa aptidão que os atos jurisdicionais têm de frustrar expectativas legítimas é que o autor defende a aplicação prospectiva de novos entendimentos jurisprudenciais decorrentes de modificações na jurisprudência.⁸⁷⁰

Como lecionou com muita propriedade Misabel Derzi, o Judiciário, no exercício de sua missão, aplica o direito positivo, mas também a partir deste cria o direito, escolhendo, dentre as variadas possibilidades interpretativas do texto legal, aquela que constituirá a norma jurídica individual. A partir do momento em que essa escolha se consolida no Judiciário, pela manifestação de seus órgãos de cúpula, cria-se para todo o universo de jurisdicionados que se encontrem na mesma situação uma expectativa normativa em relação ao direito aplicável ao

⁸⁶⁷ Basta recordar que no Brasil as sessões de julgamento do STF são transmitidas ao vivo pela emissora "TV Justiça", criada pela Lei 10.461/02, em iniciativa que, até onde se tem conhecimento, não encontra paralelo em outros sistemas judiciais.

⁸⁶⁸ Não é por outra razão que Luiz Guilherme Marinoni leciona que "se, no instante da prática dos atos, havia confiança justificada no precedente, uma vez que a Corte Suprema não tinha sinalizado para a perda da sua autoridade ou não havia clara crítica na academia quanto a sua fragilidade, a invalidação de atos que nele se fundaram constitui uma "surpresa injusta", inconcebível num sistema em que se tem consciência de que o precedente registra o sentido do direito e orienta a sociedade sobre como proceder" (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes* (...). *Op. cit.*, p. 112). Em sentido semelhante: CABRAL, Antonio do Passo. *Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada* (...). *Op. cit.*, pp. 38/40.

⁸⁶⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, p. 174.

⁸⁷⁰ *Ibidem*, p. 175.

seu próprio caso, de forma que alterações supervenientes nesse entendimento devem levar em consideração a confiança que os jurisdicionados depositaram na permanência deste entendimento, com base no qual conduziram suas próprias escolhas e condutas individuais.⁸⁷¹

5.4. Identificação das hipóteses em que um ato jurisdicional pode ser qualificado como base da confiança no direito brasileiro

Embora os atos jurisdicionais possam, conforme observado, constituir base da confiança, há de se ressaltar que *não são todos os atos jurisdicionais* que podem ser assim considerados, de modo a exigir, quando de sua alteração, a incidência do princípio da proteção da confiança, mediante utilização de mecanismos de proteção procedimental e substancial, conforme analisado no primeiro capítulo do presente estudo.

Se é certo, por um lado, que decisões judiciais de quaisquer instâncias têm o potencial de gerar, sobre terceiros que se encontrem na mesma situação, uma expectativa de obtenção de idêntico resultado, por outro lado é possível afirmar que tal expectativa não se apresenta com igual intensidade em todos os casos, sujeitando-se a uma gradação aferível pelos critérios propostos por Humberto Ávila, de forma que *apenas em algumas situações* adquirirá um nível suficiente a ensejar sua proteção pelo princípio da proteção da confiança. Não é por outra razão que Misabel Derzi, ao tratar desse aspecto, ressalta que "há graus diferentes de obrigatoriedade em relação às expectativas normativas criadas pelas sentenças".⁸⁷²

Nesta linha, a definição concreta das hipóteses em que um ato jurisdicional pode ser qualificado como base da confiança é algo que só pode ser realizado à luz do direito positivo e da cultura jurídica de cada país, na medida em que estes estabelecem qual o grau de definitividade e de obrigatoriedade de que se revestem as decisões judiciais, no contexto da atividade jurisdicional de cada país.

⁸⁷¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. Op. cit., pp. 188/189. Na feliz síntese da professora mineira, "as modificações da jurisprudência não podem configurar surpreendentes 'reviravoltas' judiciais, sem que o juiz atenuie os efeitos da mudança, protegendo a confiança e a boa-fé daqueles que tinham pautado seu comportamento de acordo com os comandos judiciais (jurisprudência) superados" (*ibidem*, p. XXVI).

⁸⁷²*Ibidem*, p. 248.

Não nos parece possível, neste ponto, transplantar modelos construídos à luz de outros ordenamentos, pois a extensão dessa obrigatoriedade e dessa definitividade não é necessariamente a mesma no Brasil e em outros países, assim como a estrutura judiciária também guarda, em cada país, peculiaridades estabelecidas pelos respectivos ordenamentos. Essa a razão pela qual, no capítulo anterior, houve a preocupação em se apresentar, ainda que de forma panorâmica, um retrato do direito jurisprudencial praticado no Brasil.

Não se quer com isso afirmar, por evidente, que não seja possível desenvolver algumas ideias de cunho mais abrangente, aplicáveis na generalidade dos ordenamentos jurídicos. Nesta linha se insere a orientação comumente encontrada na doutrina de identificar a base da confiança em entendimentos jurisprudenciais consolidados nos tribunais superiores, principalmente em julgamentos tomados em sua composição plenária,⁸⁷³ tal qual ilustra a lição da professora Misabel Derzi:⁸⁷⁴

[...] algumas expectativas normativas são comandos que recomendam observação nos casos futuros iguais, mas não obrigam, nem tampouco vinculam a todos, com proibição de desvio. Nessa categoria, encontram-se as decisões de primeira instância e dos tribunais inferiores, que não têm competência para estabelecer, em caráter final, uma expectativa legítima obrigatória. Em seguida, podemos alinhar outras sentenças - prolatadas em última instância, pelo Tribunal Superior, por meio de seu órgão uniformizador dos entendimentos judiciais - a criar expectativas legítimas, de observância obrigatória, direcionando a conduta de todos e servindo como critério - precedente - de definição do lícito/ilícito. Finalmente, tais decisões judiciais, verdadeiras expectativas normativas legítimas, podem ainda estar qualificadas pela vinculatividade, ou seja, além de obrigatórias, impõem-se com a correspondente proibição de desvio.

No entanto, a transposição dessas ideias, que se podem dizer em alguma medida universalmente aplicáveis, para um plano concreto de definição de hipóteses em que os atos jurisdicionais podem ser considerados base da confiança, dependerá sempre de sua correlação com as regras e princípios integrantes da ordem jurídica especificamente considerada.

Desta forma, pretende-se, a partir da visão panorâmica do direito jurisprudencial no Brasil desenvolvida no capítulo anterior, apontar as hipóteses em que, à luz do direito positivo e da cultura jurídica brasileira, um ato jurisdicional pode ser considerado base da confiança.

⁸⁷³ QUINTELA, Guilherme Camargo. *Segurança jurídica e proteção da confiança*. Op. cit., p. 133.

⁸⁷⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). Op. cit., p. 248.

Para tanto, serão inicialmente apresentados os critérios gerais que nortearão a análise, ao que se seguirá uma crítica ao que nos parece uma inadequada transposição, do direito material para o âmbito das modificações na jurisprudência, dos limites à abrangência subjetiva do princípio da proteção da confiança e, por consequência, de sua respectiva base para, então, apresentarmos uma proposta de sistematização dos atos jurisdicionais como base da confiança no direito brasileiro.

5.4.1. Exposição geral dos critérios adotados para a sistematização dos atos jurisdicionais como base da confiança no direito brasileiro

Como demonstrou Humberto Ávila, a identificação da base da confiança não se faz em um juízo de *tudo ou nada*, mas em diferentes graus, aferíveis pela conjugação de critérios que permitem valorar o nível de dependência entre a conduta estatal (que se pretende qualificar como base da confiança) e aquela com fundamento nesta adotada pelos destinatários.

Dentre o rol de critérios expostos por Humberto Ávila, adotam-se como referencial teórico neste trabalho os cinco que nos pareceram mais adequados para nortear uma sistematização dos atos jurisdicionais como base da confiança no direito brasileiro, quais sejam, aqueles relacionados aos seus graus de *vinculatividade*, *aparência de legitimidade*, *modificabilidade*, *eficácia no tempo* e *realização das finalidades* (*supra*, seção 5.2).⁸⁷⁵

Assim, no que diz respeito ao seu *grau de vinculatividade*, é possível definir como critério geral que quanto maior o grau de obrigatoriedade de que se reveste um ato jurisdicional para o universo de jurisdicionados, maior é a sua aptidão para constituir base da confiança.⁸⁷⁶ Se há uma obrigatoriedade geral de observância do ato jurisdicional, pode-se dizer que mais do que simples confiança no ato, há *obediência* ao quanto nele disposto.

Esse critério nos leva a estabelecer um escalonamento segundo o qual, servindo-nos da classificação adotada no quarto capítulo, os precedentes vinculantes em sentido forte são os atos do Poder Judiciário que apresentam maior aptidão para se qualificar como base da

⁸⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* (...). *Op. cit.*, pp. 489/490.

⁸⁷⁶ *Ibidem*, p. 490.

confiança, seguindo-se os precedentes vinculantes em sentido frágil e, por fim, com a menor aptidão, os precedentes meramente persuasivos. Também os enunciados de súmula vinculantes têm, sob este aspecto, grande aptidão em se qualificar como base da confiança.

Assim, por exemplo, uma decisão proferida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade (cujos efeitos são vinculantes) tem maior aptidão em se qualificar como base da confiança do que uma decisão de um tribunal superior desprovida de idênticos efeitos.

De outra parte, sob o critério do *grau de aparência de legitimidade*, apresentam-se tanto mais dignos de confiança os atos jurisdicionais, quanto maior sua *aparência de correção ou legitimidade* aos olhos dos jurisdicionados. Nesse sentido, os atos jurisdicionais praticados pelos órgãos de cúpula do Judiciário (STF e tribunais superiores) têm maior aptidão para se qualificar como base da confiança do que decisões oriundas de órgãos de primeiro ou segundo graus de jurisdição, na medida em que os primeiros constituem tribunais aos quais a Constituição atribuiu competência para dar a palavra final acerca do sentido do direito.

No âmbito interno dos tribunais, por sua vez, quanto maior o colegiado que proferiu a decisão, maior sua *aparência de legitimidade*, eis que maior sua representatividade em relação à compreensão do tribunal acerca do tema decidido. Assim, uma decisão do plenário tem maior aptidão em se configurar como base da confiança do que uma decisão do órgão especial, que por sua vez é mais representativa do que as decisões das seções e, estas, que as das turmas, que por fim são mais representativas do que decisões monocráticas dos relatores.

O critério do *grau de aparência de legitimidade* empresta maior confiabilidade, portanto, às decisões dos tribunais superiores e, no âmbito destes, às decisões de seus colegiados de maior abrangência (plenário, órgão especial e seções), na medida em que é maior a pretensão de que se revestem tais atos, dentro do sistema, em se apresentar como uma resposta correta e final acerca de determinada questão jurídica controvertida.

No que diz respeito ao *grau de modificabilidade*, tem-se que quanto menor a probabilidade de que um ato jurisdicional venha a ser modificado por uma decisão superveniente, maior a confiança que se deposita na sua manutenção, pois seu caráter de definitividade é maior. Assim, uma decisão de primeiro grau tem menor aptidão para pautar o comportamento daqueles que não são parte no processo, na medida em que o entendimento

nela contido apresenta alto grau de modificabilidade por decisões de instâncias superiores. Já as decisões dos tribunais de segundo grau se revestem de maior aptidão e, por fim, a aptidão máxima para se constituir base da confiança, segundo tal critério, é dos atos jurisdicionais praticados pelos órgãos jurisdicionais aos quais a Constituição atribuiu competência para dar a última palavra quanto à matéria decidida, ou seja, pelos tribunais superiores.

O critério da *eficácia no tempo* considera que entendimentos jurisdicionais consolidados há mais tempo são mais estáveis, de forma que uma modificação se afigura menos provável, sendo por tal razão mais dignos de confiança. Uma jurisprudência muito antiga e constantemente reafirmada tem maior aptidão em se configurar como base da confiança do que um entendimento que começa a se firmar e pode ou não se estabelecer no médio ou longo prazo como um posicionamento consolidado no Poder Judiciário, podendo até mesmo vir a se apresentar como um entendimento isolado. Como afirmou Humberto Ávila, "o tempo, aqui, 'cria' ou 'reforça' a confiança do particular na base normativa".⁸⁷⁷

Por fim, o critério do *grau de realização das finalidades* aponta para a aptidão de um ato jurisdicional para alcançar as finalidades pretendidas com a sua prolação. Assim, quanto maior a aptidão do ato jurisdicional para cumprir uma *finalidade paradigmática*, maior a sua aptidão em se qualificar como base da confiança.

Nesse ponto, de particular importância é a consideração dos mecanismos de uniformização de jurisprudência existentes no sistema jurídico brasileiro, na medida em que os mecanismos que conseguem com melhor eficiência alcançar uma jurisprudência uniformizada, produzindo os denominados *precedentes uniformizadores de jurisprudência*, têm maior aptidão em produzir atos jurisdicionais qualificáveis como base da confiança, do que outros mecanismos que, por razões de variada ordem, não conseguem se impor como mecanismos aptos a alcançar este fim, como é o caso, por exemplo, do *incidente de uniformização de jurisprudência*, que a despeito de ser um mecanismo preordenado à obtenção de uma jurisprudência uniforme, nunca gozou de prestígio, sequer no âmbito interno dos próprios tribunais, tendo, por tal razão e segundo o critério ora analisado, pouca aptidão em produzir decisões qualificáveis como base da confiança.

⁸⁷⁷*Ibidem*, p. 390. Ressalta-se aqui, como será melhor abordado no tópico subsequente, que não se considera neste trabalho que apenas o particular possa invocar a proteção da confiança em casos de modificações na jurisprudência.

A análise conjunta desses critérios nos leva a concluir que os atos jurisdicionais com maior aptidão em se qualificar como base da confiança são aqueles emanados de colegiados de maior amplitude dos tribunais superiores, dotados de efeitos vinculantes ou ao menos de um grau intermediário de impositividade, notadamente quando contam com considerável tempo de permanência ou, ainda, quando oriundos de mecanismos de uniformização de jurisprudência com elevada aptidão para alcançar os fins propostos, mediante produção de *precedentes uniformizadores de jurisprudência*.

Esse conjunto de atributos, como será observado ao se tratar individualmente de cada um dos atos que consideramos base da confiança no direito brasileiro, é encontrado nos atos jurisdicionais qualificados como precedentes vinculantes em sentido forte (*supra*, seções 4.2.1.3 a 4.2.1.3.5) e como precedentes vinculantes em sentido frágil (*supra*, seções 4.2.1.4 a 4.2.1.4.2) e, ainda, naqueles que, embora não se qualifiquem como tais, se manifestam de tal forma coesa nos tribunais superiores, porque consolidados em *enunciados de súmula* (*supra*, seções 4.3 a 4.3.2), ou em *jurisprudência pacífica* desses tribunais (*supra*, seção 4.4.1).

5.4.2. Crítica à transposição dos limites subjetivos à incidência do princípio da proteção da confiança do direito material para o âmbito das modificações na jurisprudência

Assente que os atos jurisdicionais podem constituir base da confiança, a depender do grau de preenchimento dos critérios referidos acima, cabe indagar quem pode invocar a incidência do princípio da proteção da confiança, nas hipóteses em que uma alteração em entendimentos judiciais consolidados venha a frustrar expectativas que sob a sua égide se formaram. Em outras palavras, cabe definir quais os limites subjetivos da incidência do princípio da proteção da confiança nas modificações na jurisprudência.

Consoante já exposto (*supra*, seção 1.2.2), no âmbito do direito material (em especial administrativo e tributário), a doutrina tem defendido amplamente que apenas agentes privados podem invocar a proteção da confiança diante de alterações de conduta estatal.

Apóia-se tal compreensão na circunstância de ser o próprio Estado o indutor dos comportamentos, eis que ele próprio pratica o ato caracterizável como *base da confiança*, bem

como ele próprio pratica o ato em sentido contrário a esta base, tendo, desta sorte, integral controle sobre os atos que geram e que violam a confiança, pelo que não haveria sentido em se falar em proteção da confiança em favor do Estado. Inexistiria surpresa para o Estado, se o risco e a frustração são gerados pela sua própria atuação soberana.⁸⁷⁸

Esta limitação, contudo, mesmo no âmbito do direito material, não é tida como absoluta.

Cabe lembrar, a respeito, a já referida ressalva feita por Misabel Derzi, no sentido de que excepcionalmente tem sido admitida a invocação do princípio da proteção da confiança para a preservação de posições jurídicas de uma pessoa jurídica de direito público em face de outra pessoa jurídica de direito público, nas situações em que haja entre estas uma assimetria, em especial quando relacionadas a "reduções de subvenções, com base em lei retroativa".⁸⁷⁹

Um exemplo muito significativo de aplicação do princípio da proteção da confiança para a proteção de pessoas jurídicas de direito público é dado pela Corte de Justiça da União Europeia, no *Caso Legros* (C-163/90),⁸⁸⁰ envolvendo, de um lado, a Administração Aduaneira francesa e, de outro, contribuintes residentes em Departamentos Ultramarinos franceses (DOM) que importaram veículos automotores com pagamento de valores deles exigidos pela primeira em razão de referida importação (cobrança a título de *octroi de mer*).

Em conformidade com legislação francesa dos anos 1940 e 1980, as importações feitas por residentes nos Departamentos Ultramarinos franceses (DOM), quer fossem os produtos originários de países integrantes ou não integrantes da União Europeia ou, mesmo, da própria França continental, sujeitam-se ao pagamento de valores a título de *octroi de mer*, cuja destinação é o desenvolvimento das comunidades locais dos Departamentos Ultramarinos.⁸⁸¹

⁸⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* (...). *Op. cit.*, pp. 554/555.

⁸⁷⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, p. 396. No mesmo sentido, Guilherme Camargos Quintela dá notícia de que "há exemplos fornecidos pelas jurisprudências alemã e suíça acerca de casos em que órgãos públicos se voltaram contra decepções perante o Estado Federal ou a Federação (uma dotação prometida e, posteriormente cancelada, v.g.), a denotar, entretanto, uma relação de proteção da confiança entre pessoas públicas, e não de uma pessoa pública relativamente a uma privada" (QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, p. 135).

⁸⁸⁰ Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97260&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=181017>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

⁸⁸¹ Parágrafo 4º do acórdão.

A discussão travada se deu justamente em torno da legitimidade de tal cobrança frente à legislação comunitária, haja vista que os importadores entendiam que ela configurava uma barreira à livre circulação de bens no âmbito da União Europeia.⁸⁸²

Apreciando a questão, a CJUE entendeu que os Departamentos Ultramarinos integram, à luz da Constituição francesa, o território francês e, como tal, estão abrangidos pelo território aduaneiro comunitário, em que assegurada a livre circulação de mercadorias.⁸⁸³ Desta forma, a exigência de valores em razão da circulação de bens oriundos de países da União Europeia, independentemente da denominação que se dê à cobrança, violaria a legislação comunitária.⁸⁸⁴

A decisão da Corte, portanto, foi no sentido da irregularidade da cobrança. Não obstante, de grande relevância para a análise que aqui se empreende são os efeitos temporais atribuídos à referida decisão.

A CJUE entendeu que havia um ambiente de incerteza quanto à situação jurídica dos Departamentos Ultramarinos em relação à União Europeia, dada a especificidade de seu regime jurídico, bem como que a própria natureza jurídica do *octroi de mer* não era totalmente clara para os órgãos comunitários, o que se refletiu no próprio comportamento das instituições comunitárias (em especial da Comissão Europeia) ao longo dos anos.⁸⁸⁵

Tal circunstância, somada ao grande impacto financeiro que resultaria de inúmeros pedidos de restituição, justificavam que, a título excepcional, a CJUE, com base no *princípio da segurança jurídica*,⁸⁸⁶ limitasse temporalmente os efeitos do acórdão, na medida em que "esses elementos levaram a República Francesa e as colectividades locais dos DOM franceses a entender razoavelmente que a legislação nacional na matéria era conforme ao direito comunitário".⁸⁸⁷ Como conclusão, estabeleceu que a decisão não poderia ser invocada por aqueles que pagaram o imposto antes da data do acórdão, "a não ser pelos requerentes que antes dessa data tenham interposto recurso judicial ou deduzido impugnação equivalente".⁸⁸⁸

⁸⁸² Parágrafo 5º do acórdão.

⁸⁸³ Parágrafo 7º do acórdão.

⁸⁸⁴ Parágrafos 16 a 18 do acórdão.

⁸⁸⁵ Parágrafo 31 do acórdão.

⁸⁸⁶ Parágrafos 30 e 34 do acórdão.

⁸⁸⁷ Parágrafo 33 do acórdão.

⁸⁸⁸ Parágrafo 35 do acórdão.

É de se ressaltar que, não obstante o acórdão faça referência ao princípio da segurança jurídica, o que se buscou prestigiar foi, de fato, a *confiança* depositada pela Administração Aduaneira francesa na conformidade da cobrança frente a legislação comunitária, em razão do comportamento adotado pelas instituições comunitárias, que a ela não se contrapuseram.⁸⁸⁹

O acórdão em questão, embora não relacionado diretamente a uma modificação na jurisprudência, nos permite com esta traçar um paralelo, pois o que se tem no caso relatado é um conflito entre particulares (importadores) e o Estado (França) a ser decidido por um terceiro (no caso concreto, um ente supranacional, a União Europeia) em cujo comportamento o Estado confiou, reconhecendo-se a possibilidade de proteger tal confiança.

Quando se analisa a aplicação do princípio da proteção da confiança aos atos jurisdicionais, em especial no que diz respeito às mudanças de orientação em jurisprudência consolidada, parece-nos que tal orientação, construída a partir do *Caso Legros*, é plenamente aplicável, de forma que se impõem alguns temperamentos ao entendimento predominante na doutrina quanto à limitação subjetiva da aplicação do princípio unicamente aos particulares.

Tal posição é defendida, entre nós, como já observado, por Ravi Peixoto, para as situações em que um ente estatal se apresente *em posição de inferioridade em relação a outro* ou, ainda, quando o ente estatal se encontre em uma relação de direito privado, em *situação de coordenação com um particular* (em uma locação, por exemplo) ou em um dos polos de uma relação processual, situação em que também não há uma relação de dominância.⁸⁹⁰

Com efeito, no que diz respeito às modificações na jurisprudência, é necessário ponderar que, embora a função jurisdicional seja desempenhada pelo próprio Estado, o Poder Judiciário, a quem incumbe em primeiro plano o seu exercício, é independente, qualificando-se o Estado-Juiz como um terceiro imparcial também nas demandas entre Estado e particulares ou entre pessoas jurídicas de direito público umas em face das outras.

⁸⁸⁹Nesse sentido, Nicolas Charbi, comentando o acórdão, observa que "este comportamento da instituição comunitária foi reconhecido como apto a despertar uma confiança legítima dos poderes públicos franceses na validade do octroi de mer em relação ao direito comunitário" (Tradução livre do original: "Ce comportement de l'institution communautaire a été reconnu faire naître une confiance légitime des pouvoirs publics français dans la validité de l'octroi de mer au regard du droit communautaire") (CHARBIT, Nicolas. La limitation de l'effet rétroactif (...). *Op. cit.*, p. 75).

⁸⁹⁰ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, pp. 110/114.

Ainda que a separação entre Estado-Juiz e Estado-Administração seja uma ficção jurídica desenvolvida para garantia da imparcialidade e independência no exercício da função jurisdicional, parece-nos inafastável a conclusão de que o Estado-Administração, sob o ponto de vista jurídico, não se confunde com o Estado-Juiz e, menos ainda, tem controle sobre os atos por este praticados. Entender de forma diversa seria negar valor às garantias constitucionais de que se reveste o exercício da função jurisdicional.

Desta forma, a conclusão pela inaplicabilidade do princípio da proteção da confiança em favor do Estado nos parece, assim, absolutamente correta quando relacionada à proteção do Estado em face de alterações de condutas administrativas, mas não nos parece ser aplicável, na mesma extensão, em relação aos atos jurisdicionais, por não haver o que se falar, neste último caso, em dominância do Estado sobre o cidadão na relação jurídico-processual.

Uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros revela que a utilização do princípio da proteção da confiança para a proteção de posições jurídicas titularizadas pelo Estado, ou por seus agentes políticos nesta condição, relativamente aos atos jurisdicionais, é em alguma medida admitida.

Assim, por exemplo, no julgamento do MS 32.033/DF,⁸⁹¹ impetrado por um senador com o objetivo de ver barrada a tramitação de projeto de lei relativo à transferência de recursos do fundo partidário e ao horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, ao argumento de que o mesmo afrontaria decisão do STF na ADI 4430, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, afirmou em vários momentos que o projeto de lei em questão ofenderia *a confiança que os parlamentares depositaram na prevalência da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.430*, admitindo de maneira expressa a incidência do princípio da proteção da confiança para proteção de posição jurídica titularizada pelo parlamentar enquanto agente político e não enquanto particular.

A questão não chegou a ser debatida neste julgamento, na medida em que prevaleceu o entendimento pela inviabilidade de se estabelecer um controle prévio de constitucionalidade pela via do mandado de segurança, denegando-se, portanto, a segurança pleiteada pelo parlamentar. De toda forma, restou aí delineada a ideia de que o princípio da proteção da

⁸⁹¹ STF. Pleno. MS 32033/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. j. 20/06/2013. DJe-033, divulg. 17/02/2014, public. 18/02/2014.

confiança pode ter uma abrangência subjetivamente mais ampla do que aquela que tradicionalmente lhe é atribuída nas searas do direito administrativo e tributário.

Dessarte, com relação ao ponto, pensamos que a limitação, predominante no direito administrativo e tributário, no sentido de que o princípio da proteção da confiança apenas tutela as expectativas legítimas dos particulares, foi construída a partir de uma relação jurídica entre Estado e cidadão na qual o primeiro tem amplo domínio, impondo ao particular a sua vontade; há, nessa relação administrativa ou tributária, um predomínio na posição jurídica do Estado, sendo em tal medida adequada a limitação subjetiva ao emprego do princípio.

No entanto, não nos parece adequada a simples transposição de tal limitação para o âmbito das modificações na jurisprudência, em que tal situação de predomínio inexistente ou é, no mínimo, fortemente mitigada, ante o próprio princípio da igualdade no tratamento das partes, a autorizar que o princípio da proteção da confiança, atendidos aos demais requisitos para a sua incidência, possa ser invocado também pelo Estado.

5.4.3. Proposta de sistematização dos atos jurisdicionais como base da confiança no direito brasileiro

A conjugação dos critérios expostos na seção 5.4.1 conduz à conclusão de que devem ser considerados base da confiança os atos jurisdicionais com *graus mais elevados de vinculação, maior aparência de legitimidade, menor grau de modificabilidade, maior duração no tempo e maior aptidão ao cumprimento de suas finalidades*.

Nessa linha, devem ser considerados base da confiança, primeiramente, os *precedentes vinculantes em sentido forte*, na medida em que são, dentre os atos jurisdicionais analisados, aqueles dotados de maior força vinculante, decorrente de explícita norma constitucional ou, ainda, extraída do tratamento sistemático conferido pela Constituição aos tribunais superiores, conforme interpretada pelo STF e traduzida pelo legislador infraconstitucional. São também precedentes que se formam, no âmbito dos tribunais superiores, em colegiados de maior expressão (plenário, órgão especial e seções), revestindo-se, portanto, de grande *aparência de legitimidade*. Como são proferidos por instâncias finais, seu *grau de modificabilidade* é baixo,

na medida em que não se sujeitam a revisão por qualquer órgão jurisdicional superior, ressalvada eventual modificação na jurisprudência do próprio tribunal em que se formou.

Devem ser igualmente considerados base da confiança os *precedentes vinculantes em sentido frágil* elencados no capítulo quarto, na medida em que, embora tenham apenas uma *força vinculante intermediária*, são também formados por colegiados de maior expressão de tribunais de cúpula nas respectivas áreas de atuação, apresentando elevado *grau de aparência de legitimidade* e ainda, uma estabilidade que lhes confere um *reduzido grau de modificabilidade*. Além disso, tendo sido proferidos por órgãos que darão a última palavra a respeito da questão jurídica controvertida, têm elevado *grau de realização de sua finalidade* de conferir unidade de sentido ao direito, uniformizando sua interpretação e sua aplicação.

São também base da confiança os enunciados de súmula dos tribunais superiores, vinculantes ou meramente persuasivos, na medida em que, relativamente aos primeiros, há um elevado *grau de vinculação* que, apesar de ausente nos segundos, é compensado por seu elevado grau de aparência de legitimidade, sua reduzida modificabilidade e seu elevado grau de realização das finalidades de unificação da interpretação e aplicação do direito.

Por fim, deve ser considerada base da confiança a *jurisprudência pacífica* dos tribunais superiores, ou seja, aquela cadeia de decisões relativas a um mesmo tema que se apresenta de forma incontestada ao longo do tempo e que, por tal razão, não obstante seu baixo grau de vinculatividade, ostenta *elevado grau de aparência de legitimidade, elevado grau de eficácia no tempo e elevado grau de realização de suas finalidades*.

5.4.3.1. Precedentes oriundos do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF

Consoante exposto no capítulo anterior (*supra*, seção 4.2.1.3.1), as decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade projetam efeitos *erga omnes* e vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, sendo possível, ainda, em caso de descumprimento do decidido, buscar diretamente junto ao STF, pela via da reclamação, a correção ou cassação do ato administrativo ou judicial desviante.

Os precedentes oriundos da jurisdição constitucional pela via concentrada são, portanto, classificáveis, dentre as categorias propostas por Thomas da Rosa de Bustamante, adotadas neste trabalho como referencial teórico,⁸⁹² como *precedentes vinculantes em sentido forte*, na medida em que sua observância é obrigatória e, além disso, controlável não só pela via recursal ordinária e extraordinária, mas também pela via da reclamação.⁸⁹³

São precedentes que, além desse *elevado grau de vinculação*, apresentam, por serem proferidos pelo plenário do STF, graus máximos de *aparência de legitimidade* e de *cumprimento de sua finalidade* de atribuição de unidade de sentido à Constituição e à legislação infraconstitucional interpretada à luz da Constituição, não sendo sujeitos à modificação, exceto eventualmente pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Justamente em razão desse rol de atributos de que se revestem estas decisões, é possível afirmar que as mesmas geram no universo de jurisdicionados a legítima expectativa de ver aplicado à sua situação individual o mesmo entendimento jurídico acerca da questão constitucional decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Nas palavras de Misabel Derzi, "as sentenças declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no controle em abstrato/concentrado, que se expandem *erga omnes*, são expectativas normativas judiciais de observância obrigatória".⁸⁹⁴ Assim, parece-nos inegável que as decisões do STF, nesta sede, devem ser consideradas, no direito jurisprudencial brasileiro, base da confiança.

5.4.3.2. Precedentes oriundos do controle difuso de constitucionalidade exercido pelo plenário do STF

Conforme exposto no quarto capítulo, o controle difuso de constitucionalidade, no que diz respeito às decisões proferidas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, vem passando

⁸⁹² Ressalte-se, mais uma vez, que, embora se utilize a proposta classificatória apresentada por Thomas da Rosa de Bustamante como um dos referenciais teóricos deste trabalho, não incluímos, em cada uma das espécies classificatórias, os mesmos atos jurisdicionais que o autor.

⁸⁹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 325.

⁸⁹⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, p. 272.

por um processo de ampliação de seus efeitos, tanto no plano legislativo, quanto no plano jurisprudencial, encontrando sua máxima expressão no julgamento da Reclamação nº 4.335 pelo STF, em razão do fenômeno da *objetivação do controle difuso de constitucionalidade*.

Com a introdução, pela Emenda Constitucional nº 45/04, de um novo requisito de admissibilidade para os recursos extraordinários, qual seja, a existência de "repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso" (artigo 102, §3º, da CRFB/88), permitindo que por esta via o STF se ocupe apenas daquelas questões cujo julgamento, *do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses em discussão no processo* (artigo 543-A, §1º, do CPCP/73), esse fenômeno de *objetivação* foi claramente acentuado.

Com efeito, para além de um simples mecanismo de filtragem, a repercussão geral provocou uma radical modificação no perfil e nas funções desempenhadas pelo recurso extraordinário, conferindo-lhe, na linha do que já vinha gradualmente reconhecendo a jurisprudência do STF, um caráter predominantemente *objetivo* e apenas subsidiariamente *subjetivo*.⁸⁹⁵ Em outras palavras, mais do que solucionar o conflito de interesses objeto da relação jurídico-processual concreta, o recurso extraordinário passa a desempenhar a função de produzir uma decisão que servirá de *precedente* a ser aplicado a todos os demais processos, em quaisquer instâncias em que a questão constitucional nela definida seja discutida.

A finalidade precípua do recurso extraordinário, a partir dessas modificações, passa a ser a produção de um *precedente constitucional*, sendo esta a razão pela qual defendemos que sua observância seja obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. A mesma conclusão pode ser alcançada para todas as demais decisões em que o plenário do STF desempenhe o controle difuso de constitucionalidade (*habeas corpus*, mandados de segurança e outros), na linha do já referido julgamento da Reclamação nº 4.335.

Não obstante, ainda que se discorde da atribuição de efeitos vinculantes a essas decisões⁸⁹⁶ e, conseqüentemente, de sua inserção no rol dos *precedentes vinculantes em*

⁸⁹⁵ Como observou Caio Márcio Guterres Taranto, "o parágrafo primeiro do artigo 543-A positiva a objetivação que o Pretório Excelso deverá estabelecer ao recurso extraordinário" (TARANTO, Caio Márcio Guterres. O incidente de repercussão geral (...). *Op. cit.*, p. 97).

⁸⁹⁶ Tal qual o faz, duramente, parcela da doutrina. Por todos, cf. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* *Op. cit.*, pp. 56/58. Uma tal discordância, contudo, teria ao que nos parece, o condão de inserir tais precedentes na categoria de *precedentes vinculantes em sentido frágil* ou, como propõe Patrícia Perrone Campos Mello, *precedentes com eficácia impositiva intermediária*

sentido forte, parece claro que estas decisões, em especial no que diz respeito ao recurso extraordinário, têm por uma de suas principais finalidades a formação de um *precedenteem matéria constitucional*, assentando em definitivo - pelo guardião último da Constituição da República - a solução da *questão constitucional controvertida*, gozando igualmente de elevado grau de aparência de legitimidade e de cumprimento de suas finalidades, bem como de um reduzido grau de modificabilidade, por não haver nenhum órgão superior ao STF.

Assim, é inegável que, independentemente da aceitação da atribuição de efeitos vinculantes a tais decisões, sua importância e transcendência no sistema jurídico é um dado que não pode ser ignorado, pelo que têm aptidão para constituir *base da confiança* e ensejar a incidência do princípio da proteção da confiança no caso de superveniente alteração.

5.4.3.3. Precedentes uniformizadores de jurisprudência

Consoante exposto anteriormente, a formação dos precedentes no direito brasileiro tem adotado um caminho diverso do trilhado pelos países de *common law*, eis que, entre nós, o sistema de precedentes vem sendo introduzido predominantemente por reformas processuais e não pela consolidação de uma verdadeira cultura de precedentes. No *common law*, decisões são vistas como precedentes em razão de um longo processo de amadurecimento cultural; no Brasil, diversamente, caminha-se para o desenvolvimento de mecanismos preordenados à elaboração de decisões vistas e aceitas como precedentes (*supra*, seção 4.2).

Assim, ao lado dos tradicionais *embargos de divergência*, as reformas processuais das últimas duas décadas têm se preocupado em desenvolver mecanismos voltados à produção de *precedentes*, com o objetivo de pacificar divergências jurisprudenciais, ou seja, de *precedentes uniformizadores de jurisprudência*, intencionalmente produzidos para exercer uma *função paradigmática* e de orientação das instâncias ordinárias do Poder Judiciário.

(MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito (...). *Op. cit.*, p. 62/66), do que não decorreria alteração na conclusão a que aqui se chega, no tocante à caracterização dessas decisões como base da confiança, eis que atribuímos tal caráter também a esta última categoria de precedentes.

É o que se deu, em particular, com a introdução da sistemática dos recursos especiais repetitivos e do requisito de admissibilidade da repercussão geral para os recursos extraordinários, ao que se seguiu a introdução de sistemática de processamento dos recursos de revista repetitivos e, em um momento mais recente, com a incorporação ao nosso ordenamento, pelo CPC/2015, do novo incidente de resolução de demandas repetitivas e também, com ressalvas que serão feitas adiante, do incidente de assunção de competência.

Consideradas as finalidades que orientaram a criação desses novos mecanismos processuais, em sede infraconstitucional e constitucional, há de se reconhecer aos precedentes neles formados a aptidão para se qualificar como *base da confiança*, justificando a aplicação do princípio da proteção da confiança, quando de sua eventual superação.

Como ressalta Antonio do Passo Cabral,⁸⁹⁷

[...] em decisões de espectro subjetivo mais amplo, de definição de conteúdo normativo geral (incidente de recursos repetitivos, repercussão geral etc), pode-se compreender que a pretensão de correção do tribunal, somada à abrangência do pronunciamento e à sua grande publicidade, possam fazer com que tais decisões sejam aptas a gerar confiança legítima, e que as conclusões tomadas pelo Judiciário, se não formalmente sejam fontes do direito, poderão sim ser tomadas como modelos de conduta futura.

Entendemos, assim, que os precedentes oriundos do julgamento de recursos extraordinários, especiais e de revista repetitivos, assim como aqueles oriundos de julgamento de recursos especiais e extraordinários interpostos em incidente de resolução de demandas repetitivas e, ainda, os recursos julgados nos tribunais superiores sob a forma do incidente de assunção de competência ou de embargos de divergência devem ser considerados *base da confiança*. Sobre eles serão desenvolvidos breves comentários nas seções que se seguem.

5.4.3.3.1. Acórdãos oriundos de recursos extraordinários, especiais e de revista julgados sob a sistemática dos recursos repetitivos

O STF é o *guardião último* da Constituição, desempenhando tal função por meio do controle concentrado e, também, pela via do controle difuso de constitucionalidade, sendo os

precedentes formados em julgamentos nessas duas vias caracterizados como *base da confiança*, nos termos anteriormente expostos (*supra*, seções 5.4.3.1 e 5.4.3.2).

Nesse sentido, o julgamento de *recursos extraordinários repetitivos*, enquanto atividade inserida no controle difuso de constitucionalidade, não apresenta especial traço distintivo, sendo também caracterizável como *base da confiança*, pelo seu *elevado grau de vinculação*, pelo *elevado grau de aparência de legitimidade* (eis que a decisão é proferida pelo plenário do órgão incumbido pela Constituição de dar a última palavra), pelo *baixo grau de modificabilidade* e pelo *elevado grau de realização de suas finalidades*.

Apenas se incluem os acórdãos proferidos em *recurso extraordinário repetitivo* de maneira destacada, para evidenciar que, além dos atributos próprios do controle difuso de constitucionalidade, eles são também caracterizáveis como *precedentes uniformizadores de jurisprudência*, com a finalidade específica de uniformizar a interpretação da Constituição, o que reforça seu papel paradigmático e de orientação à sociedade.

Já ao STJ foi atribuída, pela Constituição da República, a missão de uniformizar a interpretação do direito federal, em nível infraconstitucional.⁸⁹⁸ Igual missão é atribuída ao Tribunal Superior do Trabalho, no que diz respeito à matéria inserida em sua especial competência. É deles a última palavra nos respectivos campos de atuação.

Nesse sentido, a sistemática de julgamento de recursos especiais e de revista repetitivos teve por objetivo não apenas reduzir o elevado número de recursos que chegam anualmente a esses tribunais,⁸⁹⁹ mas principalmente potencializar o exercício de sua missão constitucional, enquanto mecanismos especificamente voltados à produção de *precedentes uniformizadores de jurisprudência*, que servirão de paradigma nos julgamentos supervenientes sobre as matérias neles resolvidas, tendo exatamente por tal razão um forte potencial orientador de comportamentos na sociedade.

⁸⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta (...). *Op. cit.*, p. 30.

⁸⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional (fundamentos dos precedentes obrigatórios no projeto de CPC). In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 673.

⁸⁹⁹ Helder Moroni Câmara noticia que o STJ, no ano de 1989, recebeu 6.103 recursos especiais, número ampliado ano a ano, chegando a quase 340 mil processos em 2011 (CÂMARA, Helder Moroni. Ampliação do efeito vinculante das decisões do STJ como corolário do princípio da legalidade e meio hábil a propiciar celeridade e efetividade processual. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 167).

Trata-se, com efeito, de procedimentos especificamente voltados à formação de *precedentes uniformizadores de jurisprudência* pelo STF, pelo STJ e pelo TST a respeito das questões jurídicas por estas vias decididas.

A técnica não enseja a prolação de inúmeros acórdãos acerca de um mesmo tema, cuja reiteração faz supor estável e dominante a orientação neles contida. Basta uma única decisão, eis que a sistemática favorece que a decisão seja alcançada a partir da análise de ampla variedade de argumentos e teses jurídicas relativas àquela mesma questão, por meio da seleção de recursos representativos da controvérsia.

Nenhum significado teria, no entanto, a introdução de tal técnica, se as decisões produzidas não tivessem reconhecida uma função paradigmática, servindo de orientação às instâncias inferiores e, ainda, à toda a comunidade jurídica e aos jurisdicionados, que passarão a conduzir suas atividades em conformidade com a interpretação do direito nelas fixada pelos órgãos encarregados pela Constituição de dar a palavra final.

Assim, parece claro que as decisões oriundas de julgamentos em recursos repetitivos devem ser consideradas *base da confiança* para, em conjunto com o preenchimento de outros requisitos, ensejar a incidência do princípio da proteção da confiança, nas hipóteses em que o entendimento neles firmado venha a ser supervenientemente alterado.

Tal conclusão se impõe mesmo que não admitida a proposição inicial de que os precedentes nesta sede tenham efeitos vinculantes, pois, diante do tratamento conferido pela legislação, no tocante à forma de processamento, à amplitude das atividades instrutórias que podem ser desenvolvidas, bem como pela abrangência do órgão julgador e dos próprios efeitos que projetam, por força de lei, sobre os demais recursos sobrestados, há de se reconhecer que os recursos repetitivos estão em um nível superior ao dos demais recursos no ordenamento, a permitir a qualificação das respectivas decisões como *base da confiança*, independentemente de seu reconhecimento como *precedentes vinculantes em sentido forte*.

Essa conclusão é reforçada, no regime do novo Código de Processo Civil, por um conjunto de disposições que conferem particular relevância aos julgamentos havidos em sede de *recursos repetitivos*, tais como aqueles que autorizam, com base neles, a concessão da

tutela da evidência (art. 311, II, CPC/15), o julgamento de improcedência liminar (art. 332, II, CPC/15) e a dispensa do reexame necessário (art. 496, §4º, II, CPC/15).⁹⁰⁰

5.4.3.3.2. Acórdãos oriundos de recursos extraordinário ou especial em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas

Como observado no quarto capítulo, o CPC/2015 trouxe, como uma de suas mais destacadas inovações, o *incidente de resolução de demandas repetitivas*, cujo objetivo é a obtenção de um precedente apto a uniformizar a compreensão de uma questão jurídica controvertida, operando-se tal uniformização, em um primeiro momento, no âmbito regional, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais e, num segundo momento, em âmbito nacional, mediante julgamento de recursos especiais e extraordinários interpostos em face das decisões proferidas no incidente pelos tribunais de segundo grau.

Neste ponto, são de interesse apenas os acórdãos proferidos pelo STF e pelo STJ, pois apenas eles, por refletirem o entendimento dos tribunais cuja missão é dar a última palavra sobre questões constitucionais e infraconstitucionais, por intermédio de seus colegiados de maior abrangência, têm aptidão para se qualificar como base da confiança.

Os acórdãos proferidos pelos tribunais de segundo grau nesta sede têm, a rigor, efeitos vinculantes, em conformidade com o que expressamente dispõe o CPC/2015. Não obstante e independentemente da discussão acerca da constitucionalidade desse efeito vinculante, impõe-se reconhecer que esses acórdãos têm *elevado grau de modificabilidade* e, em razão de sua abrangência territorial limitada, *menor aptidão para a realização de suas finalidades*, tendo em vista que a uniformização alcançada é, pela própria natureza, de menor abrangência.

Apenas os acórdãos proferidos pelo STF e pelo STJ conjugam, a um só tempo, um *elevado grau de vinculação* (seus efeitos, pelo CPC/2015, são formalmente vinculantes), um *elevado grau de aparência de legitimidade* (seu julgamento é realizado pelos tribunais encarregados pela Constituição de dar a última palavra e, no âmbito desses tribunais, por

⁹⁰⁰ Analisando tais dispositivos, ainda em relação ao Código Projetado: CÂMARA, Helder Moroni. Ampliação do efeito vinculante das decisões do STJ. *Op. cit.*, pp. 173/175.

colegiados de maior abrangência), um *reduzido grau de modificabilidade* (a decisão respectiva não se sujeita a confirmação por um órgão revisor hierarquicamente superior) e um *elevado grau de realização de suas finalidades* (dado seu grande potencial em se firmar como um precedente uniformizador de jurisprudência, estabilizando a controvérsia a respeito da questão jurídica que tem por objeto). Esse conjunto de atributos conferem a esses acórdãos especial aptidão para serem reconhecidos no direito brasileiro como *base da confiança*.

5.4.3.3. Acórdãos oriundos de embargos de divergência e de incidentes de assunção de competência nos tribunais superiores

Como observado anteriormente, os embargos de divergência e o incidente de assunção de competência são instrumentos cuja finalidade principal é a uniformização da jurisprudência no âmbito interno dos tribunais.

Os embargos de divergência são um recurso cabível diante de divergência entre órgãos fracionários do STF, do STJ ou do TST. O incidente de assunção de competência, consoante indica o próprio nome, provoca o deslocamento da competência para a apreciação de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária, tanto nos tribunais de segundo grau, quanto nos tribunais superiores, para um colegiado de maior abrangência que, em conformidade com o regimento, poderá ser o plenário, o órgão especial ou a seção.

Os acórdãos proferidos em embargos de divergência, bem como os proferidos nos tribunais superiores, em incidente de assunção de competência são *precedentes vinculantes em sentido frágil*, revestindo-se, desta sorte, de um *grau de vinculatividade intermediário*.⁹⁰¹

De outra parte, por meio desses dois instrumentos, busca-se um entendimento uniforme entre os órgãos fracionários do tribunal respectivo, a fim de que o acórdão deles resultante seja visto como expressão da compreensão do tribunal a respeito da questão jurídica controvertida, manifestada por um colegiado de maior expressão, o que lhe confere *elevado grau de aparência de legitimidade*.

⁹⁰¹ Excetuam-se aqui, como já exposto, os acórdãos proferidos em julgamento de embargos de divergência ou de assunção de competência no STF, qualificáveis como *precedentes vinculantes em sentido forte*.

Qualificam-se, portanto, os acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência e de incidente de assunção de competência, no âmbito dos tribunais superiores, como precedentes uniformizadores de jurisprudência, na medida em que propiciam a consolidação de um entendimento que superará ou previnirá diferentes entendimentos no âmbito interno do tribunal e expressará a posição final da Corte à qual a Constituição atribuiu a missão de dar a palavra final a respeito de uma determinada questão jurídica, revestindo-se, assim, de *reduzido grau de modificabilidade e elevado grau de cumprimento de suas finalidades* uniformizadoras no âmbito do tribunal em que proferidas.

Nessa medida, parece-nos fora de dúvida que os acórdãos proferidos nesta sede ocupam, por sua natureza unificadora, uma posição destacada no direito jurisprudencial brasileiro, configurando decisão em princípio final a respeito da questão jurídica neles enfrentada, revestindo-se de atributos que, pela ação combinada dos critérios analisados, conduzem à sua qualificação como base da confiança.

São decisões com vocação para servir de paradigma tanto aos órgãos fracionários do próprio tribunal, quanto para as instâncias ordinárias do Poder Judiciário,⁹⁰² assim como de orientação para a comunidade jurídica e jurisdicionados acerca da compreensão prevalente a respeito de determinado tema, servindo de base à condução de atividades na sociedade.

5.4.3.4. Súmulas do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores

Os enunciados de súmula ou, simplesmente, *súmulas* são, como observado no capítulo anterior, enunciados que buscam sintetizar ou condensar a compreensão adotada pelo tribunal, relativamente a uma dada questão jurídica por este decidida. Sua observância pelos órgãos do Poder Judiciário em regra não é obrigatória, daí porque denominadas *súmulas persuasivas*, muito embora o ordenamento positivo venha gradativamente lhes conferindo maior importância, pelo desenvolvimento de *mecanismos de aceleração do procedimento*.

⁹⁰² MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada (...). *Op. cit.*, p. 394.

Não obstante, como também registrado no capítulo quarto, desde a Emenda Constitucional nº 45/04 o STF (e apenas ele) está autorizado a editar enunciados de súmula cuja observância se impõe a todos os demais órgãos do Poder Judiciário e também à Administração Pública, sujeitando-se o ato jurisdicional ou administrativo que os desrespeite à cassação pela via da reclamação. São os denominados *enunciados de súmula vinculante*.

Relativamente aos últimos, parece segura a conclusão de que entendimentos jurisprudenciais cristalizados em enunciados desta espécie constituem base da confiança, servindo como padrões de conduta observados pela sociedade em geral.

Tal conclusão se lastreia na constatação de que os enunciados de súmula vinculante têm um *elevado grau de vinculatividade* (imposto pela Constituição), um *elevado grau de aparência de legitimidade* (editados pelo plenário do órgão de cúpula do Judiciário nacional), um *baixo grau de modificabilidade* (modificação ou cancelamento sujeita-se a procedimento específico e rigoroso regulado na Constituição), um *elevado grau de duração no tempo* (nenhum dos 53 enunciados editados até o final do mês de junho de 2015 sofreu alteração ou foi cancelado) e um *elevado grau de realização de suas finalidades*.

De outra parte, embora não revestidas de um caráter de obrigatoriedade geral, parecem que, da mesma forma, as súmulas persuasivas editadas pelo STF (em matéria constitucional), pelo STJ (em matéria infraconstitucional) e pelos demais tribunais superiores (em matéria infraconstitucional nas respectivas áreas de competência), na medida em que sintetizam o entendimento consagrado nos órgãos jurisdicionais aos quais a Constituição atribuiu competência para dar a última palavra sobre questões de direito em matéria constitucional ou infraconstitucional, devem ser consideradas base da confiança.⁹⁰³

Embora seu *grau de vinculação seja consideravelmente menor* do que o reconhecido aos enunciados de súmula vinculante, é inegável que também têm a capacidade de expressar a posição final do tribunal que os edita, atributo que lhes confere *elevado grau de aparência de legitimidade* e, ainda, um *reduzido grau de modificabilidade* aliado a um *elevado grau de duração no tempo*, na medida em que a prática judiciária revela que ordinariamente os

⁹⁰³ Aplica-se às súmulas a lição de Misabel Derzi relativa às decisões dos tribunais superiores: "[...] obrigam os tribunais inferiores, dentro de certos limites - conforme dispõe o Direito positivo brasileiro - e geram, igualmente, expectativas normativas de conduta para terceiros que não são parte no processo, todas as decisões de uma Corte Superior, e final, do ponto de vista da competência específica do Tribunal para a matéria e que a

enunciados sumulares do STF e dos tribunais superiores gozam de considerável estabilidade, afigurando-se sua revogação ou modificação episódios de reduzida incidência.

Com efeito, analisando-se, por exemplo, as informações disponíveis no sítio do STJ na internet, verifica-se que até o final do mês de junho de 2015 haviam sido editados 541 enunciados, dos quais apenas 15 haviam sido formalmente cancelados e 5 formalmente modificados,⁹⁰⁴ do que resulta que, do total de enunciados editados pelo STJ, apenas 3,70% foram cancelados ou revogados. No STF o quadro é ainda de maior estabilidade, eis que, centrada a análise nos enunciados editados após o advento da Constituição da República de 1988, constata-se que nenhum desses enunciados sofreu alteração ou cancelamento.⁹⁰⁵

Como se verifica, o conjunto de atributos de que se revestem os enunciados de súmula do STF e dos demais tribunais superiores, vinculantes ou persuasivos, permite concluir que eles se prestam a orientar a sociedade acerca do entendimento sedimentado nesses tribunais, servindo assim de parâmetro para a condução das atividades na sociedade, gerando nos jurisdicionados a legítima expectativa de que não venham a ser abruptamente modificados.

5.4.3.5. Jurisprudência pacífica dos tribunais superiores

Como referido anteriormente, acórdãos proferidos por órgãos fracionários de menor abrangência nos tribunais superiores, em especial por suas turmas, são incapazes de isoladamente refletir o entendimento prevalente no tribunal, sendo, por isso, considerados precedentes persuasivos. Podem influir em julgamentos futuros, mas não os vinculam, até

tenha pacificado" (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, p. 273).

⁹⁰⁴ Os enunciados de súmula cancelados são os de número 91, 142, 152, 157, 174, 183, 217, 230, 256, 263, 276, 348, 357, 366 e 470. Já os enunciados cuja redação sofreu modificação foram os de número 111, 203, 212, 309 e 323.

Informações disponíveis em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM>.
Acesso em: 26 jul. 2015.

⁹⁰⁵ A limitação da pesquisa aos enunciados supervenientes à CRFB/88 se deu em razão da constatação de que os enunciados anteriores eram por vezes cancelados por incompatibilidade com o novo texto constitucional, afigurando-se seu cancelamento não uma evidência de modificação na jurisprudência, mas simples alteração do quadro normativo que tornou o enunciado obsoleto. Também é de se registrar que o STF, após a introdução da súmula vinculante, não mais editou enunciados meramente persuasivos.

porque podem se apresentar - e não raro se apresentam - em contrariedade a outros julgados proferidos por outros órgãos fracionários do mesmo tribunal.

Essa abrangência limitada, da qual decorrem um *reduzido grau de vinculatividade* e uma *menor aparência de legitimidade*, quando comparados aos acórdãos proferidos por colegiados mais amplos, não permite que decisões proferidas pelas turmas nos tribunais superiores sejam isoladamente consideradas *base da confiança*. Em outras palavras, um acórdão isolado de qualquer das turmas do STJ que julgue um recurso especial, por exemplo, não tem atributos suficientes para se firmar como base da confiança, pautando comportamentos na sociedade. É, sem dúvida, um dado relevante a ser considerado pelos jurisdicionados ao realizar suas atividades em sociedade, mas não é suficientemente estável a ponto de configurar-se um lastro seguro para orientar por si só esse processo de decisão.

Apesar dessa inaptidão que tal acórdão tenha, isoladamente, de se firmar como base da confiança, é possível que o entendimento nele adotado venha a se reproduzir em vários outros julgados, do mesmo ou de outros órgãos fracionários do tribunal, praticamente em todas as oportunidades em que este se veja confrontado com a questão jurídica, que dele recebe, em todas essas oportunidades ou na esmagadora maioria delas, a mesma resposta.

Em situações como esta, em que se configura uma *reiteração de decisões uniformes acerca de um mesmo tema*, está-se diante da formação de *jurisprudência* a seu respeito no âmbito do tribunal, a qual, a depender da frequência e da continuidade com que se apresenta, pode ser qualificada como *dominante*, ou mesmo *pacífica* (*supra*, seção 4.4.1).

A *jurisprudência dominante*, expressão tradicional no direito processual brasileiro, é caracterizada pela presença de um número significativo de julgados em uma mesma direção; verifica-se no tribunal ou na Justiça a presença de julgados em diferentes sentidos, dos quais um deles, contudo, desponta como majoritário. Há, aqui, um certo grau de indeterminação do conceito, e a qualificação de um entendimento como dominante nem sempre é simples, exigindo muitas vezes um pesado ônus argumentativo de quem o invoca.

De outra parte, *pacífica* é a jurisprudência que se revela uníssona a respeito de uma questão jurídica, seja porque não há decisões em sentido diverso a contrastar o entendimento

consolidado, seja porque eventuais decisões divergentes se apresentam claramente isoladas no contexto das decisões do tribunal, sequer configurando verdadeiro dissenso.

Estabelecidos tais conceitos, parece-nos que apenas a *jurisprudência pacífica* e, ainda assim, sedimentada nos tribunais superiores pode ser considerada base da confiança, pois apenas neste caso se pode considerar existir de fato a *consolidação de um entendimento judicial* apto a pautar condutas na sociedade e a despertar nos jurisdicionados verdadeira confiança na adequação de suas escolhas ao que dispõe o direito tal qual definitivamente interpretado pelos tribunais aos quais a Constituição reconheceu o poder de definir, como última palavra, o sentido do ordenamento jurídico mediante interpretação.

A jurisprudência dos tribunais de segundo grau, por sua limitada abrangência territorial, não pode ser considerada base da confiança, em especial por seu *elevado grau de modificabilidade*, diante de nossa estrutura recursal. Não se pode confiar naquilo que ainda não se estabilizou em caráter final.

De outra parte, se há ainda julgados em número relevante em sentido contrário ao entendimento predominante, não se pode falar ainda em consolidação. A jurisprudência dominante, embora projete importantes efeitos jurídicos no desenvolvimento do processo - em especial no que diz respeito aos mecanismos de aceleração - não tem condições de se firmar como base da confiança, na medida em que convive com julgados em sentido contrário que, embora minoritários, não se podem dizer irrelevantes.

Apenas diante de uma verdadeira *pacificação* do entendimento no tribunal se pode falar em *base da confiança*. Nesse aspecto, andou bem o CPC/2015 ao limitar, no §4º do artigo 927, a incidência do princípio da proteção da confiança às hipóteses de modificação de *jurisprudência pacificada*, embora se verifique em tal dispositivo uma certa incompatibilidade com o disposto no §3º do mesmo artigo, que permite a modulação temporal nas modificações de *jurisprudência dominante* e não simplesmente *pacificada*.

Embora falte o atributo da vinculatividade tanto à jurisprudência dominante, quanto à jurisprudência pacificada, parece-nos que, ao menos em relação à última, a falta de vinculatividade é compensada pelos demais atributos, na medida em que a reiteração praticamente ininterrupta de decisões não contrastadas em um mesmo sentido é capaz de

despertar nos jurisdicionados a convicção plena de que este entendimento é o que *aparenta ser correto*, de forma que não se espera sua modificação, até por já se apresentar no tempo com considerável duração, alcançando sua finalidade de atribuição de unidade de sentido ao direito, quando exercida pelo tribunal que tem a última palavra sobre a questão.

5.4.3.6. Breves considerações acerca da exclusão dos entendimentos jurisprudenciais consolidados em âmbito regional ou local do rol de atos jurisdicionais qualificáveis como base da confiança

O Poder Judiciário é organizado, na generalidade dos países, em diferentes instâncias, segundo uma *estrutura piramidal*.⁹⁰⁶ No Brasil, os diferentes ramos da Justiça, tanto da Justiça Comum (Federal e Estadual), quanto das Justiças Especializadas (Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho e Justiça Militar) se organizam em duas instâncias ordinárias (primeiro e segundo grau) e uma instância extraordinária (integrada pelo tribunal superior respectivo), todas submetidas a um tribunal de superposição, o Supremo Tribunal Federal.⁹⁰⁷

Diante de tal contexto, faz-se necessário analisar a adequação ou mesmo a possibilidade de se qualificar entendimentos firmados por órgãos jurisdicionais de âmbito

⁹⁰⁶ A observação, feita por Paulo Mendes de Oliveira, relativamente ao Judiciário brasileiro, pode ser estendida à organização do Poder Judiciário na generalidade dos ordenamentos jurídicos (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente* (...). *Op. cit.*, p. 174).

⁹⁰⁷ Em anterior estudo, fizemos breve descrição da organização do Poder Judiciário no Brasil, expondo que "[...] A estrutura organizacional do Poder Judiciário brasileiro é bastante complexa, integrando-a uma ampla gama de órgãos jurisdicionais que se articulam em um sistema de Justiças (conjunto de órgãos aos quais a Constituição atribuiu genericamente o mesmo rol de competências) que se organizam em instâncias (ou graus de jurisdição), sob a égide e condução geral de um tribunal de superposição, o Supremo Tribunal Federal. Dessarte, numa visão extremamente simplificadora, pode-se dizer que a Constituição Federal prevê a existência, no âmbito da União, de Justiças especializadas, quais sejam, a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho e a Justiça Militar, além de uma Justiça Federal comum, ao lado das quais coexistem, no âmbito de cada Estado da Federação, Justiças Estaduais comum e, eventualmente, também Militar. Cada uma dessas macroestruturas ou Justiças é integrada por órgãos de primeiro grau de jurisdição (juízos estaduais, federais, eleitorais, do trabalho ou militares), por órgãos de segundo grau de jurisdição (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Militares), além de Tribunais Superiores com eles diretamente articulados (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar). Todas essas Justiças, por sua vez, vinculam-se ao tribunal de superposição máximo e guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal" (ROMANO NETO, Odilon. Competência da Justiça Federal fundada em tratados internacionais. In: *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano 4, vol. V. Rio de Janeiro: UERJ, jan./jun. 2010, p. 455. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015).

local ou regional (juízos de primeiro grau e tribunais de segundo grau) como base da confiança nos limites territoriais sobre os quais exercem suas atribuições.

Entre nós, embora reconhecendo maior aptidão às decisões dos tribunais superiores para gerar expectativas legítimas nos jurisdicionados, importantes vozes defendem que também os entendimentos judiciais consolidados em âmbito local ou regional podem constituir base da confiança. Nesse sentido entende Antonio do Passo Cabral, para quem

[...] é evidentemente possível que a criação de padrões decisórios estáveis decorra de uma atividade do juízo de 1ª instância. Imaginemos um caso em que, numa determinada comarca ou subseção judiciária, durante muito tempo o juízo se manifeste em um determinado sentido; é razoável pensar que não só os advogados, membros do Ministério Público, serventuários, enfim, aqueles que trabalhem diretamente com o juízo, mas também os cidadãos, os jurisdicionados, recebam esta reiteração como o sinal de um padrão de resposta do Poder Judiciário para determinada matéria, e, portanto, possam construir suas programações de vida, de negócios etc. com base naquele entendimento. Claro que é mais difícil que a expectativa se baseie num entendimento da 1ª instância que tenha sido rejeitado pelas instâncias superiores; mas mesmo assim, em tese, esta possibilidade existe.⁹⁰⁸

Na mesma linha Valter Shuenquener de Araújo reconhece que, embora os provimentos jurisdicionais das instâncias superiores tenham maior aptidão para se firmar como base da confiança, não há impedimento de que "a confiança também seja protegida quando ela deriva de um pronunciamento oriundo de um tribunal ou juízo inferior".⁹⁰⁹

Pensamos, a este respeito, que, não obstante seja possível se falar em jurisprudência consolidada no âmbito de um tribunal de segundo grau ou mesmo de entendimentos judiciais consolidados em âmbito local, na forma defendida por Antonio do Passo Cabral e Valter Shuenquener de Araújo, não se faz possível alçar tais entendimentos à condição de base da confiança, na medida em que, na forma pela qual estruturado o Judiciário nacional, a última palavra, que pacificará a questão jurídica controvertida, não é atribuída a tais juízos, mas sim ao STF e ao STJ ou, ainda, nas Justiças Especializadas, aos respectivos tribunais superiores.⁹¹⁰

⁹⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta (...). *Op. cit.*, p. 24.

⁹⁰⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, p. 179.

⁹¹⁰ Alguma reserva poderia ser guardada em relação a esta assertiva, no que diz respeito aos entendimentos consolidados com relação a questões jurídicas que envolvam direito estadual ou municipal ou, ainda, interpretação das Constituições dos Estados ou sua violação. Cabe, em princípio, ao Judiciário dos Estados dar a última palavra relativamente a tais questões, salvo nas hipóteses em que esses atos normativos municipais ou estaduais sejam contestados em face da Constituição da República ou, ainda, que haja alguma discussão relativa à competência legislativa para a sua edição, situações que ensejariam a interposição de recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal. Não obstante, como bem ressaltou Ravi Peixoto, é possível que haja decisões do Judiciário Federal sobre direito estadual ou municipal, nas hipóteses em que envolvido um ente federal,

Como bem observa Antonio do Passo Cabral, "quanto mais alta é a instância, menos estão as decisões sujeitas a alterações, até porque as alternativas recursais vão sendo reduzidas", sendo "importante relacionar a estabilidade potencial de um posicionamento com as possibilidades de reforma da decisão na cadeia recursal".⁹¹¹

Assim, a razão pela qual a base da confiança há de ser reconhecida nos precedentes, nas súmulas e na jurisprudência dos tribunais superiores não é meramente orgânica, no sentido de que estes tribunais concentrariam, apenas por situar-se no topo da estrutura judiciária, a confiabilidade quanto à estabilidade de entendimentos judiciais, mas se relaciona à própria dinâmica de desenvolvimento do processo nas várias instâncias e à necessidade de se alcançar uma resposta judicial final e uniforme para todos os jurisdicionados.⁹¹²

A dificuldade ou mesmo impossibilidade de caracterização da jurisprudência de tribunais de segundo grau ou de entendimentos manifestados por juízos de primeiro grau como base da confiança decorre da própria estrutura recursal, na medida em que os entendimentos neles consolidados estão sabidamente sujeitos a revisão pelas instâncias recursais superiores, seja sob uma perspectiva constitucional (STF), seja sob uma perspectiva infraconstitucional (STJ e demais tribunais superiores). Repetindo o que foi dito anteriormente, *só é possível confiar naquilo que já se estabilizou*.

Somam-se a isso as dificuldades existentes para a caracterização de uma jurisprudência consolidada, mesmo no âmbito dos tribunais superiores, tema que será abordado em seções subsequentes deste trabalho, e que de certa forma inviabilizam, no atual estágio do direito jurisprudencial brasileiro, que possam os entendimentos consolidados em âmbitos territoriais locais ou regionais ser considerados base da confiança.

inexistindo qualquer mecanismo que permita unificar eventuais entendimentos conflitantes na esfera dos Judiciários Estadual e Federal (PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 550/551). A questão é, sem dúvida, complexa e mereceria análise não comportada no presente estudo, que não tem por objetivo analisar o relacionamento entre as decisões relativas à interpretação e aplicação de direito municipal e estadual nos diferentes ramos do Judiciário ou, ainda, a análise de precedentes vinculantes decorrentes de decisões em controle concentrado de constitucionalidade exercido pelos Tribunais de Justiça.

⁹¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta. *Op. cit.*, p. 23.

⁹¹² Fundado em razões semelhantes, Paulo Mendes de Oliveira, embora tratando da temática da vinculação de precedentes, é contrário à atribuição de efeitos vinculantes às decisões dos tribunais de segundo grau: "Assim, salvo uma opção política que determine a vinculação dos juízes às decisões dos tribunais locais, parece que a identificação do Direito vigente, vista sob a óptica da unidade do Poder Judiciário e sua função em um sistema de *civil law*, não aconselha tal vinculação. Pode-se ter, com a uniformização regional, uma decisão com alta

Servindo-nos de expressão de Teresa Arruda Alvim Wambier, que evidencia o longo caminho a ser percorrido para que se alcance uma jurisprudência efetivamente estável, vive-se ainda no Brasil a "pré-história do direito que valoriza precedentes",⁹¹³ de forma que a pretensão de caracterização de precedentes, súmulas ou jurisprudência pacífica como base da confiança já muito terá avançado, se alcançado tal patamar ao menos nos tribunais superiores.

Não se trata de assumir ou aceitar uma visão centralizadora, no sentido de que apenas os tribunais superiores detenham a função de atribuição de sentido ao direito, mas sim de reconhecer que o atual estágio de amadurecimento institucional do Poder Judiciário brasileiro não nos permite avançar, a ponto de se considerar base da confiança entendimentos consolidados nas instâncias ordinárias. Grande avanço será alcançado se a necessária estabilidade, ainda que permeada por eventuais modificações necessárias à evolução do direito, for alcançada ao menos nos tribunais superiores, notadamente no STF e no STJ.

5.4.3.7. Crítica à sistematização dos atos jurisdicionais como base da confiança no CPC/2015

Como observado nas seções antecedentes, devem ser considerados base da confiança no direito brasileiro os julgamentos em sede de (a) controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF, (b) controle difuso de constitucionalidade exercido pelo plenário do STF, (c) recursos extraordinários, especiais e de revista repetitivos, (d) recursos extraordinários e especiais interpostos em incidente de resolução de demandas repetitivas, e de (e) embargos de divergência e incidentes de assunção de competência nos tribunais superiores. São igualmente qualificáveis como base da confiança os enunciados de súmula e a jurisprudência pacífica do STF e demais tribunais superiores.

carga persuasiva aos demais juízes, até mesmo, aos tribunais superiores, porém, sem eficácia de precedente" (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente* (...). *Op. cit.*, p. 176).

⁹¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "*Brazilian precedentes*". *Op. cit.*. Na mesma linha, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes observa que "o ponto de equilíbrio, em relação ao respeito aos precedentes, parece estar distante na realidade brasileira, que precisa, sem dúvida, amadurecer neste aspecto [...]" (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Precedentes e jurisprudência* (...). *Op. cit.*, p. 24).

O CPC/2015, como já referido, avançou significativamente no trato da matéria ao albergar expressamente a proposta de que os atos jurisdicionais podem, em determinadas situações, ser considerados *base da confiança*, nos termos do §4º de seu artigo 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

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

Esse dispositivo encampa de forma expressa o papel desempenhado pelo Poder Judiciário de, para além da resolução concreta de conflitos, definir pautas de conduta para a sociedade, razão pela qual é necessário conferir algum grau de proteção aos jurisdicionados que orientaram sua conduta com base no entendimento prevalente no Judiciário. Nesse sentido, apresenta-se como importante inovação em nosso ordenamento processual, alinhando-se ao que vem defendendo a doutrina estrangeira e nacional.

Não obstante esse inegável mérito e avanço, o dispositivo, ao que nos parece, não conferiu à matéria o melhor tratamento, sendo sob certos aspectos demasiadamente amplo e, sob outros, por demais restrito, verificando-se, ainda, uma assimetria entre o regramento nele contido e as disposições presentes nos parágrafos segundo e terceiro do mesmo artigo.

No parágrafo segundo há a previsão de realização de audiências públicas e da intervenção de *amici curiae* nas hipóteses em que houver "alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos".

De outra parte, ao tratar da modulação temporal, o parágrafo terceiro prevê o emprego da técnica nas hipóteses "de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos".

Por fim, no parágrafo quarto, já transcrito, o Código faz referência à incidência do princípio da proteção da confiança quando da modificação de "enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos".

Como se observa, as hipóteses contempladas em cada um desses parágrafos não são totalmente coincidentes, havendo entre elas uma certa assimetria. Em sua literalidade, a conjugação dos diferentes parágrafos do artigo 927 conduz a conclusões indesejadas, tais como a inaplicabilidade da técnica da modulação temporal às modificações de enunciados de súmula,⁹¹⁴ ou o descabimento da realização de audiências públicas ou de intervenção de *amici curiae* em julgamentos em controle difuso de constitucionalidade pelo plenário do STF, contrariando a própria compreensão que a Suprema Corte adota sobre a questão.

Parece-nos claro que os três dispositivos estão intimamente relacionados e devem ser conjuntamente interpretados. A realização de audiências públicas e a intervenção de *amici curiae* são, no contexto analisado, técnicas de proteção procedimental da confiança e devem ser aplicadas em todas as situações em que houver a modificação de um entendimento consolidado que deva ser considerado base da confiança.⁹¹⁵ O mesmo há de ocorrer com a modulação temporal, enquanto técnica de proteção substancial da confiança.

Nesse sentido, o núcleo do tratamento da matéria deveria ser o parágrafo quarto do artigo 927, ao definir os atos jurisdicionais qualificáveis como base da confiança que, quando de sua modificação, ensejariam a incidência das técnicas de proteção procedimental e substancial tratadas nos parágrafos segundo e terceiro. Não obstante, o parágrafo quarto ficou, no corpo do artigo 927, em certa desarmonia, quer com seus incisos, quer com os demais parágrafos, apresentando-se sob certos aspectos muito amplo e sob outros muito restrito.

Exatamente por tal razão, no ponto, pensamos que melhor sistematização apresentava o regramento contido no Substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados, em que a referência ao princípio da proteção da confiança era feita já no *caput* do artigo 521,⁹¹⁶ irradiando seus efeitos, portanto, para todo o regramento contido em seus incisos e parágrafos.

⁹¹⁴ Embora, quanto a este ponto, uma interpretação corretiva pudesse dar sustentação à conclusão de que, em sendo os enunciados de súmula a expressão da *jurisprudência dominante* do tribunal (art. 926, §1º, CPC/2015), a alteração desses enunciados corresponde, em verdade, à alteração da própria jurisprudência dominante, a autorizar a técnica da modulação temporal.

⁹¹⁵ Nesse sentido, inclusive, se orientou de certa maneira o anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas constituída pelo Senado Federal, cujo §2º do artigo 847 dispunha que "Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria".

⁹¹⁶ Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes deve ser observadas. (grifo nosso)

Na forma como restou, por fim, tratada a matéria no novo Código, o dispositivo apresenta-se demasiadamente amplo, na medida em que qualifica como base da confiança não apenas os entendimentos consolidados nos tribunais superiores, mas também aqueles oriundos de tribunais de segundo grau, quando objeto de sua jurisprudência pacífica ou quando firmados em julgamentos proferidos no novo incidente de resolução de demandas repetitivas.

Com efeito, não há, na redação final do §4º do artigo 927, qualquer restrição quanto à aplicação do princípio da proteção da confiança aos entendimentos formados em segundo grau de jurisdição, amplitude que, ao que nos parece, o estágio atual do direito jurisprudencial no Brasil não comporta, consoante exposto na seção anterior.

Ressalte-se que o próprio Código parece, em alguma medida, reconhecer a impossibilidade, ao menos no estágio atual, de aplicação do princípio da proteção da confiança aos entendimentos consolidados em segundo grau de jurisdição, eis que o parágrafo terceiro do artigo 927, ao tratar da modulação temporal dos efeitos das modificações na jurisprudência, limita o emprego da técnica ao STF e demais tribunais superiores.

Com efeito, embora vozes importantes na doutrina sustentem que a modulação também poderia ser utilizada pelos tribunais de segundo grau, ao argumento de que o Código fez uso da expressão "tribunais superiores" com iniciais minúsculas, de forma a alcançar os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais,⁹¹⁷ uma análise sistemática das disposições do Código em que a expressão é empregada parece não sustentar tal conclusão. Nesse sentido, destaca-se o inciso I do artigo 1.027, que trata das hipóteses de cabimento do recurso ordinário, em que a expressão "tribunais superiores" é igualmente utilizada com iniciais minúsculas, embora restrita aos tribunais superiores (STJ, TST, TSE e STM).⁹¹⁸

O máximo que conseguimos extrair, a partir de uma literal compreensão do §3º do artigo 927 ("[...] alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos") (grifo nosso),

⁹¹⁷ Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. Op. cit., p. 573.

⁹¹⁸ Sobre a competência do STF para o julgamento do recurso ordinário constitucional em matéria civil cf., dentre outros: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. Op. cit., p. 2142; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 370 e DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Op. cit., pp. 265/268.

seria a conclusão de que, no específico julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas pelos tribunais de segundo grau, seria possível o emprego da modulação.

Esta, porém, não parece ser a melhor compreensão do dispositivo. Parece, ao contrário, que o julgamento de casos repetitivos a que se refere o dispositivo legal é aquele ocorrido no STF e tribunais superiores (STJ, TST, TSE e STM). Note-se que no parágrafo quarto do artigo 927, ao se tratar dos princípios informadores das modificações na jurisprudência, nenhuma referência expressa é feita aos tribunais superiores, diferentemente do que ocorre no parágrafo terceiro, a indicar que a pretensão deste parágrafo é limitar o emprego da técnica aos tribunais superiores, até por ser esta a tradição brasileira.

De toda forma, ainda que se dê uma interpretação ao parágrafo terceiro, no sentido de alcançar também o julgamento de casos repetitivos nos tribunais de segundo grau, seguramente não parece haver como sustentar a aplicação da modulação às modificações de jurisprudência consolidada desses tribunais fora do julgamento de casos repetitivos.

Diante dessa limitação ao emprego da técnica da modulação temporal, não parece de fato harmônico, de um lado, reconhecer que o princípio da proteção da confiança é aplicável aos entendimentos consolidados nos tribunais de segundo grau (como decorre da literalidade do parágrafo quarto) e, de outro lado, retirar-lhes o manejo da principal técnica de proteção substancial desenvolvida para sua concretização (modulação temporal).

Desta forma, pensamos que uma interpretação sistemática dos parágrafos terceiro e quarto do artigo 927 do CPC/2015 permite sustentar que, a despeito da amplitude decorrente da literalidade do parágrafo quarto, a incidência do princípio da proteção da confiança está limitada à modificação de entendimentos consolidados no STF e demais tribunais superiores.

Sob outro aspecto, contudo, o tratamento conferido à matéria se afigura restrito, na medida em que o parágrafo quarto do artigo 927 não contempla - ao menos de maneira expressa - a modificação de entendimentos em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade exercido pelo plenário do STF ou, ainda, no julgamento de embargos de divergência ou de incidentes de assunção de competência nos tribunais superiores.

Por certo seria possível construir, a partir de uma análise sistemática dos incisos e parágrafos do artigo 927, uma interpretação que contemplasse também as modificações na jurisprudência nos casos acima referidos, até porque não parece aceitável a não incidência do princípio da proteção da confiança nas hipóteses em que o STF altera seu entendimento acerca do significado da própria Constituição, ou em que os tribunais superiores alteram o entendimento consolidado em seus colegiados de maior expressão.

No entanto, considerando principalmente o ineditismo da matéria no plano legislativo, teria sido mais adequado que o legislador houvesse feito expressa menção, também no parágrafo quarto, às hipóteses referidas, a fim de que nenhuma dúvida restasse quanto à sua qualificação como base da confiança, superando, dessa forma, eventuais resistências à adoção dos novos paradigmas de atuação jurisdicional que se pretendeu introduzir com o Código.

Apesar dessas considerações, é inegável que o CPC/2015 em muito avançou ao regular a matéria, bem como que aprimoramentos poderão ser realizados, tanto pela via interpretativa, quanto por futuras alterações legislativas, para o que inclusive se pretende contribuir no presente trabalho, com sugestões que serão apresentadas no último capítulo.

5.5. A importância dos mecanismos de divulgação da jurisprudência

Qualquer sistema judicial que pretenda alcançar algum grau de estabilidade e confiabilidade nos entendimentos do Poder Judiciário, fortalecendo assim o papel das decisões judiciais de orientação de condutas na sociedade, deve se preocupar com o desenvolvimento de mecanismos eficazes de divulgação das decisões judiciais de cunho paradigmático e que se pretenda constituam base da confiança.

A exigência primeira para que uma decisão judicial possa orientar a sociedade é que haja meios pelos quais se dê efetivo conhecimento de seu conteúdo, de maneira simples e ágil, sobretudo nas sociedades contemporâneas, ante o rápido desenvolvimento da tecnologia da informação. Não por outra razão Marcelo de Souza leciona que "um dos pressupostos

imprescindíveis para a eficiência de um sistema jurídico baseado em precedentes judiciais é a existência de um método de consulta acessível e seguro aos operadores do Direito".⁹¹⁹

Essa necessidade foi percebida de longa data nos sistemas jurídicos do *common law*, em especial na Inglaterra, onde já no século XIII se manifestava uma preocupação com a guarda e seleção de atas de julgamento, em cumprimento a um *writ* real de 1292, sistema que culminou na criação de compilações de argumentos e decisões, os denominados *Year Books*, cujo desenvolvimento deu origem aos repertórios de decisões judiciais ou *Law Reports*, dentre os quais a doutrina usualmente destaca, por sua relevância, a coletânea em 11 volumes elaborada por Edward Coke a partir do início do século XVII (*Coke's Reports*).⁹²⁰

Nos Estados Unidos, a prática de se editarem os *Law Reports* remonta ao final do século XVIII, seja por meio de coletâneas oficiais, seja por iniciativa própria dos juízes que integravam as Cortes de Apelação,⁹²¹ seja por meio de coletâneas elaboradas por editores privados, sendo certo que há nos Estados Unidos um grande número de repertórios de decisões judiciais, tanto proferidas no âmbito federal, quanto no estadual.⁹²²

É observado pela doutrina que o fortalecimento, nos sistemas de *common law*, da doutrina do *stare decisis*, acompanhou, de certa forma, o desenvolvimento dos mecanismos de seleção e divulgação dos casos julgados.⁹²³

⁹¹⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1. ed. (ano 2006), 3. tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 103.

⁹²⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, pp. 154/155. Para uma breve descrição da evolução histórica do *law reporting system* na Inglaterra, cf. SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. *Op. cit.*, pp. 105/106. A respeito do tema cf., ainda, MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. 2012. 308f. Tese (doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, pp. 73/75.

⁹²¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 166.

⁹²² SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, pp. 361/363. Analisando o sistema de divulgação de precedentes norte-americano, Marcelo Alves Dias de Souza leciona que, no âmbito federal, são publicados repertórios oficiais pela Suprema Corte, pelos tribunais de apelação federais e pelos próprios juízes locais, sendo o mais conhecido deles o *United States Reports*, que veicula decisões da Suprema Corte. Muitos Estados também têm seus próprios repertórios oficiais. Ao lado desses, há um grande número de repertórios de decisões judiciais produzidos por editores privados, sendo os mais importantes o *Supreme Court Report*, o *United State Reports*, o *Federal Reporter* e o *Federal Supplement*, havendo ainda vários outros também de grande relevância (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. *Op. cit.*, pp. 120/121). Acerca do surgimento e do desenvolvimento dos repertórios de casos no direito norte-americano, cf., ainda, BERRING, Robert C.; EDINGER, Elizabeth A. *Finding the law*. 11th ed. St. Paul: West Group, 1999, pp. 23/27. Nessa mesma obra encontra-se, ainda, uma detalhada descrição e análise dos principais repertórios utilizados para a publicação de decisões judiciais na Suprema Corte e nas cortes federais e estaduais (*ibidem*, pp. 34/61).

⁹²³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 163.

Mesmo em países em que nem todas as decisões judiciais são necessariamente objeto de ampla divulgação, reconhece-se que apenas se prestam a servir de paradigma aquelas que venham a ser efetivamente publicadas.

Assim ocorre, por exemplo, na Finlândia, onde apenas uma parte das decisões da Suprema Corte são publicadas em repertórios de jurisprudência ou divulgadas na íntegra em bancos de dados eletrônicos, de forma que, em relação às decisões não publicadas, as partes são simplesmente comunicadas de que a decisão está disponível em cartório. Todas as decisões são públicas, no sentido de seu acesso ser a todos franqueado, mas apenas uma parte delas recebe algum tipo de divulgação por meio eletrônico ou físico. Decisões não publicadas apenas excepcionalmente são invocadas na argumentação jurídica, assim como a própria Suprema Corte raramente a elas faz referência em julgados futuros, reconhecendo-se que "apenas as decisões *publicadas* podem ter, e efetivamente têm, uma função de orientação".⁹²⁴

A prática judiciária brasileira, como referido, sempre conferiu alguma importância à jurisprudência e, mais recentemente, aos precedentes, de forma que entre nós também é antiga a preocupação com a divulgação das decisões judiciais, tanto por repertórios oficiais e outras publicações elaboradas pelos tribunais, quanto por repertórios privados e, mais recentemente, por meio dos sítios eletrônicos dos tribunais na internet, mediante certificação digital.

O Supremo Tribunal Federal desde 1957 edita a conhecida *Revista Trimestral de Jurisprudência*, repositório oficial de sua jurisprudência, atualmente disponível na íntegra em meio eletrônico no sítio da Suprema Corte na internet. Desde 1995 o Tribunal vem editando também um informativo semanal, no qual é divulgada uma síntese das notas tomadas nas sessões de julgamento do Plenário e das Turmas; este último instrumento, embora não seja um repertório oficial de jurisprudência, na medida em que não veicula na íntegra as decisões tomadas, mas delas apenas faz uma síntese, goza de prestígio na comunidade jurídica, na medida em que busca desde logo dar conhecimento, ainda que em seus aspectos essenciais, dos julgamentos mais relevantes do STF, enquanto não há a publicação oficial dos respectivos acórdãos. Além disso, o inteiro teor de seus acórdãos, bem como de seus enunciados de súmula e mesmo decisões monocráticas estão disponíveis à consulta pública em seu sítio na

⁹²⁴ AARNIO, Aulis. *Precedent in Finland*. *Op. cit.*, pp. 69 e 73/75 (itálico no original).

internet, no qual também se encontram publicações temáticas e, com particular relevo, uma ferramenta específica para consulta de decisões relativas ao instituto da *repercussão geral*.⁹²⁵

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça edita a *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, repositório oficial de sua jurisprudência, parcialmente disponível em seu sítio oficial na internet. Desde 1998 é também editado um informativo, que não obstante não se qualifique como um repositório de jurisprudência, facilita a divulgação dos julgamentos mais relevantes da Corte, também por breve síntese. Os acórdãos, enunciados de súmulas e decisões monocráticas estão igualmente disponíveis para consulta pública no sítio do tribunal na internet, destacando-se, ainda, o desenvolvimento de ferramenta especificamente direcionada à consulta de temas objeto de recursos especiais repetitivos.⁹²⁶

Os demais tribunais superiores e os tribunais de segundo grau em geral também dispõem de repositórios oficiais ou de revistas (em meio físico ou eletrônico) em que publicam sua jurisprudência selecionada, além de igualmente disponibilizarem a consulta a seus julgados por meio eletrônico em seus sítios oficiais na internet.

Também se verifica, como clara manifestação da preocupação em se conferir ampla divulgação à jurisprudência dos tribunais, a criação de departamentos específicos em sua estrutura administrativa, que se ocupam da "compilação, análise e documentação" de sua jurisprudência, fazendo sua catalogação, bem como se identifica nos regimentos internos de diversos tribunais a criação de *comissões permanentes de jurisprudência*, tal qual ocorreu no STF (art. 27, §1º, II, RISTF) e no STJ (art. 40, §1º, II, RISTJ).⁹²⁷

No regimento interno do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, atribuíram-se à Comissão de Jurisprudência, dentre outras atividades, as de "selecionar os acórdãos que devam publicar-se em seu inteiro teor na *Revista Trimestral de Jurisprudência*", de "promover a divulgação, em sumário, das decisões não publicadas na íntegra, bem como a edição de um boletim interno" e de "providenciar a publicação abreviada ou por extenso, das decisões sobre matéria constitucional, em volumes seriados" (artigo 32).

⁹²⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarRepercussaoGeral.asp>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

⁹²⁶ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/recrep/>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

⁹²⁷ LIMA JUNIOR, Cláudio Ricardo Silva. *Precedentes judiciais no processo civil brasileiro: aproximação entre civil law e common law e aplicabilidade do stare decisis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 335/338.

Ao lado de todos esses mecanismos oficiais de divulgação, há diversos repertórios privados de jurisprudência, sendo possivelmente os mais tradicionais a *Revista dos Tribunais* (publicada desde 1912) e a *Revista Forense* (publicada desde 1904), havendo, no entanto, vários outros também *autorizados* pelo STF⁹²⁸ e pelo STJ.⁹²⁹

Como se vê, no Brasil, apesar de sua vinculação à tradição romano-germânica, há grande preocupação em se dar ampla divulgação das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores, preocupação que encontrou seu ponto de culminância no Código de Processo Civil de 2015, que expressamente dispôs, no §5º do artigo 927 que "os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores".

5.6. Dificuldades para a caracterização dos atos jurisdicionais como base da confiança no direito brasileiro

Apesar da preocupação em se conferir crescente importância aos precedentes e à jurisprudência, manifestada em sucessivas reformas processuais, um olhar voltado ao cotidiano da atividade judicial nos mais variados órgãos do Judiciário nacional revela a existência de padrões de comportamento que trazem significativa dificuldade para a formação, identificação e posterior utilização de entendimentos jurisprudenciais consolidados.

Destacam-se, para análise nas seções que se seguem, a ocorrência de falhas na elaboração de ementas, aliadas à cultura de simples confrontação de ementas sem análise do inteiro teor dos julgados respectivos, a elaboração e a aplicação de enunciados de súmula de forma descontextualizada dos casos que lhe deram origem e, ainda, o reduzido compromisso dos tribunais com a continuidade da própria jurisprudência e a reduzida consciência do papel desempenhado pelas decisões judiciais enquanto orientadoras da conduta social.

⁹²⁸ Lista completa de repertórios de jurisprudência autorizados pelo Supremo Tribunal Federal disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepositorioJurisprudencia/anexo/ListadosRepositoriosdeJurisprudenciaCMS.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

5.6.1. Falhas na elaboração de ementas e a cultura de simples confrontação de ementas

No direito jurisprudencial praticado no Brasil, firmou-se culturalmente o procedimento de se elaborarem extratos dos julgamentos realizados nos tribunais, com o objetivo de facilitar a identificação e a catalogação de seu conteúdo, bem como sua difusão na comunidade jurídica, resumos usualmente denominados *ementas*.

As ementas, contudo, não se confundem com os enunciados de súmula, na medida em que estes buscam sintetizar o entendimento do órgão judiciário que os edita a respeito de uma determinada questão jurídica, consoante assentado em múltiplos julgados em um mesmo sentido. As ementas, ao contrário, buscam sintetizar o resultado de um único julgamento, espelhando seu conteúdo essencial a partir da utilização de *palavras-chave*.

Na medida em que traduz um simples resumo de um julgamento, o instrumento tem limitações naturais, relativamente à sua capacidade de veicular todos os aspectos eventualmente relevantes do caso retratado. Como acentuou Tiago Asfor Rocha Lima, "a leitura de mero resumo (ementa de acórdão) de anterior julgado não é suficiente para se extrair a exata compreensão do alcance do *decisum* utilizado como paradigma".⁹³⁰

Não por outra razão firmou-se no STJ o entendimento de que, para os recursos especiais interpostos com base na alínea *c* do inciso III do artigo 105 da CRFB/88 (*recursos especiais pela divergência*) não é suficiente à sua admissão a simples transcrição das ementas dos julgados supostamente conflitantes, sendo necessária a juntada de seu inteiro teor, além do cotejo analítico dos trechos que evidenciariam a divergência.

Assim, é inequívoco que as ementas nem sempre traduzem com exatidão o conteúdo do julgado, como também não permitem a compreensão plena das razões que fundamentaram

⁹²⁹ Lista completa de repositórios de jurisprudência autorizados pelo Superior Tribunal de Justiça disponível em: <http://www.stj.jus.br/file_source/STJ/Mídias/arquivos/3047_Repositorios_Internet_16.12.2013.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

⁹³⁰ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 438. No mesmo sentido é o entendimento de Juraci Mourão Lopes Filho, que critica a prática recorrente entre os operadores do direito de se reduzir a operação com precedentes à simples transcrição de ementas (LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014, pp. 98/105). Cf., ainda, com semelhante crítica, LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. *Precedentes judiciais no processo civil brasileiro (...)*. *Op. cit.*, pp. 326/329.

o julgamento,⁹³¹ daí porque com propriedade leciona Luiz Fux que a ementa "sintetiza o julgado", mas "não prevalece sobre o mesmo".⁹³² De outra parte, soma-se a esta natural limitação das ementas a existência de falhas na sua elaboração, por vezes descaracterizando o conteúdo do julgado ou mesmo interpretando de forma equivocada seu conteúdo.

Por tais razões, é inadequado o procedimento habitual na prática judiciária brasileira de se fazer referência unicamente às ementas de julgados, sem que os operadores tenham previamente analisado seu inteiro teor, o que pode conduzir a uma equivocada compreensão de seu conteúdo e a uma distorção das teses jurídicas nele albergadas.

As ementas, diferentemente do que comumente se verifica na prática judiciária, não se prestam a uma confrontação de casos, sendo apenas uma ferramenta para a "catalogação da decisão nos repertórios jurisprudenciais, facilitando o acesso à informação".⁹³³

5.6.2. Desvinculação entre os enunciados de súmula e os julgados que lhes deram origem

Como já observado, os enunciados de súmula não são decisões judiciais, e menos ainda se qualificam como precedentes, limitando-se a sintetizar a tese jurídica consagrada em anteriores decisões do órgão jurisdicional que os edita, facilitando seu conhecimento pelos demais órgãos do Poder Judiciário, pela Administração Pública e pela sociedade.

Como ressalta Marinoni, "a súmula nada acrescentará ao que foi dito pelo tribunal, mas apenas precisará a tese proclamada",⁹³⁴ pelo que deve se limitar a traduzir exatamente o quanto decidido pelo órgão jurisdicional que a editou, sem nada acrescentar ou excluir.

O Ministro Supúlveda Pertence, embora com finalidade diversa da que aqui se pretende alcançar, bem sintetizou, no julgamento do HC85.185/SP,⁹³⁵ que

⁹³¹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes (...)*. *Op. cit.*, p. 57.

⁹³² FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 971.

⁹³³ RAMIRES Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 49.

⁹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 216.

⁹³⁵ STF. Pleno. HC 85.185/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. j. 10/08/2005. DJ 01/09/2006, p. 18.

[...] não é possível estabelecer temperamentos que não estão nos precedentes. A súmula é uma pura declaração solene do Tribunal de que considera determinada questão pacificada e, conseqüentemente, dispensa novas discussões, citações de precedentes, longas e eruditas fundamentações.⁹³⁶

Em outras palavras, os enunciados de súmula, por não constituírem decisão judicial, mas simples enunciação do conteúdo de anteriores decisões em um mesmo sentido, não podem ser desvinculados do contexto em que estas foram proferidas, como se de enunciados autônomos se tratassem. Sua interpretação e aplicação devem sempre considerar o contexto presente nas decisões que lhes serviram de base.⁹³⁷

Ao se desconsiderar tal metodologia na utilização das súmulas, corre-se o risco de ver-se aplicada a tese jurídica nela enunciada a casos cujos pressupostos fáticos são absolutamente diversos daqueles presentes nas decisões que deram origem ao enunciado, o que se afigura equivocado, eis que, como bem leciona Marinoni, "a súmula não constitui mero enunciado ou simples consolidação da interpretação da lei, mas algo que reflete uma tese jurídica inseparável das circunstâncias concretas que a motivaram".⁹³⁸

Lamentavelmente, a prática judiciária brasileira demonstra que nem sempre esse cuidado em se relacionar adequadamente os enunciados de súmula aos precedentes que lhes deram origem é observado, deficiência que se manifesta em dois momentos distintos, quais sejam, no de sua *elaboração* e no de sua *aplicação* a novos casos supostamente similares.

⁹³⁶ A proposta do Ministro Sepúlveda Pertence, manifestada em seu voto, era que os enunciados de súmula tivessem uma aplicação rígida, sem qualquer discussão a respeito de seu conteúdo, que pudesse levar em consideração elementos não presentes nos precedentes que lhes deram origem. Daí porque, ao final, conclui pelo cancelamento da súmula, caso o tribunal entenda pela necessidade de introduzir exceções à sua aplicação. Embora concordemos com as considerações iniciais do Ministro, discordamos da conclusão alcançada, no tocante à necessidade de cancelamento do enunciado, toda vez que o tribunal se visse premido a reconhecer exceções à sua incidência. Esta conclusão assaz rígida não nos parece aceitável, na medida em que tem como premissa que o enunciado de súmula é um texto não sujeito a interpretação, o que representa de certa forma um retorno ao formalismo positivista, que tinha a pretensão de reconhecer nos textos legais um sentido único; a diferença é que em vez de se buscar essa certeza no texto da lei, ela seria agora encontrada no texto do enunciado de súmula. Conforme afirmado em diversos momentos, nossa posição, ancorada em doutrina nacional que analisou o tema em profundidade, é que os enunciados de súmula são passíveis de interpretação. No entanto, e aqui se tem o ponto central, tal interpretação deve ser feita a partir dos precedentes que lhe deram origem e não como se de enunciado autônomo e descontextualizado se tratasse.

⁹³⁷ Nesse sentido: DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, p. 292. No mesmo sentido é a lição de Hermes Zaneti Jr.: "A aplicação será obtida da razão de decidir, e não só pelo enunciado da súmula, que serve apenas como guia e fórmula sintética, jamais como regra abstrata, até porque, na sua formação, tem como *premissa casos concretos*, dos quais não se pode distanciar sem perder substância" (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes* (...). *Op. cit.*, p. 201).

⁹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 216.

Exemplo bastante significativo do quanto se expõe, no âmbito do STJ, foi a elaboração da Súmula nº 385, relativa à caracterização de dano moral por indevida inclusão em cadastros de inadimplentes, cuja redação é a que segue: "Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento".

Ao que se colhe de informações disponíveis no sítio do STJ na internet, o enunciado em questão foi editado a partir de oito decisões,⁹³⁹ cujo inteiro teor evidencia que, em todos os casos, as ações indenizatórias foram propostas em face dos órgãos que administram os cadastros de inadimplentes e não em face dos respectivos credores. Constata-se, ainda, que a discussão travada nesses casos dizia respeito ao direito à indenização por dano moral, em decorrência da inscrição em cadastro de inadimplentes sem a notificação prévia exigida pelo Código de Defesa do Consumidor (realizada pela entidade administradora), nas hipóteses em que houvesse anteriores inscrições relativas ao mesmo devedor.

A confrontação entre o inteiro teor dos julgados e o enunciado da súmula revela que este não traduziu adequadamente a questão jurídica discutida, afigurando-se significativamente mais amplo e mais vago do que a matéria efetivamente decidida e que o enunciado se propunha a traduzir. Há, no caso, uma *deficiência na elaboração* do enunciado de súmula, que não expressa adequadamente a tese jurídica pacificada.⁹⁴⁰

Essa deficiência na *elaboração do enunciado*, por sua vez, deu ensejo a uma *deficiência na sua aplicação* pelas instâncias ordinárias, que passaram a se fundamentar na Súmula nº 385 para eximir de responsabilidade os credores que promoviam o

⁹³⁹ STJ. 4ª Turma. AgRg no REsp 1046881/RS. Rel. Min. João Otávio Noronha. j. 09/12/2008. DJe 18/12/2008; STJ. 3ª Turma. AgRg no REsp 1057337/RS. Rel. Min. Sidnei Beneti. j. 04/09/2008. DJe 23/09/2008; STJ. 4ª Turma. AgRg no REsp 1081404/RS. Rel. Min. João Otávio de Noronha. j. 04/12/2008. DJe 18/12/2008; STJ. 3ª Turma. AgRg no REsp 1081845/RS. Rel. Min. Massami Uyeda. j. 04/12/2008. DJe 17/12/2008; STJ. 4ª Turma. REsp 992168/RS. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. j. 11/12/2007. DJ 25/02/2008, p. 337; STJ. 2ª Seção. REsp 1002985/RS. Rel. Min. Ari Pargendler. j. 14/05/2008. DJe 27/08/2008; STJ. 4ª Turma. REsp 1008446/RS. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. j. 08/04/2008. DJe 12/05/2008 e STJ. 2ª Seção. REsp 1062336/RS. Rel. Min. Nancy Andrigui. j. 10/12/2008. DJe 12/05/2009.

⁹⁴⁰ Críticas semelhantes são feitas pela doutrina em relação a diferentes enunciados de súmula. Assim, por exemplo, Patrícia Perrone Campos Mello desenvolve crítica em relação à súmula vinculante nº 03, do STF, relativa à obrigatoriedade de se assegurar o contraditório nos processos perante o Tribunal de Contas da União de que possam resultar a anulação ou revogação de ato administrativo favorável ao interessado, *excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão*; segundo a autora, dos quatro precedentes indicados como paradigmas para a edição da súmula, apenas um deles tratava especificamente da matéria discutida, sendo que nos demais não havia um enfrentamento da questão como tese

encaminhamento aos serviços de proteção ao crédito de solicitações de inscrição relativas a créditos indevidos. Em outras palavras, o enunciado passou a ser aplicado em situação absolutamente diversa daquela resolvida nos precedentes que lhe deram origem.⁹⁴¹

Essa aplicação desvirtuada da Súmula nº 385 já foi inclusive apontada pelo próprio STJ,⁹⁴² que expressamente ressaltou que o enunciado era aplicável unicamente aos casos em que pleiteada indenização em face do *órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito*, não se prestando a barrar pretensões indenizatórias em face do fornecedor de produtos ou serviços titular do crédito que ensejou a indevida inscrição.

Outro exemplo de *deficiência na elaboração* de enunciados de súmula é dado por Leonardo Greco, em crítica à Súmula nº 625 do STF ("Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança"). Analisando cada um dos precedentes indexados pelo STF a este enunciado, demonstra o professor que "o teor do enunciado da súmula não se encontra em nenhum dos acórdãos referidos, [pois] nenhum deles exprime claramente que controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão do writ".⁹⁴³⁻⁹⁴⁴

Como se vê, a prática judiciária apresenta problemas tanto no que diz respeito ao momento de *elaboração* dos enunciados, como também no momento de sua *aplicação* a casos supervenientes, ocasionando, em ambos os momentos, uma indevida desvinculação entre enunciados e precedentes, conferindo aos primeiros uma autonomia que não deveriam ter, na medida em que simples expressão ou enunciação de decisões.

Como leciona Luiz Guilherme Marinoni,

central, mas como simples *obiter dictum* (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito (...)*. *Op. cit.*, pp. 169/173).

⁹⁴¹ Assim, a título exemplificativo: TRF5. 4ª Turma. Apelação Cível nº 00003002820134058310. Rel. Des. Rogério Fialho Moreira. DJe 24/04/2014, p. 220; TRF1. 6ª Turma. Apelação Cível nº 00215302220104013500. Rel. Juiz Federal Convocado Hind Ghassan Kayath. E-DJF1 05/08/2013, p. 1424, dentre outros.

⁹⁴² STJ. 4ª Turma. AgRg no AREsp 521997/SP. Rel. Min. Raul Araújo. J. 05/08/2014. DJe 21/08/2014.

⁹⁴³ GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF (...). *Op. cit.*, p. 51.

⁹⁴⁴ A doutrina é pródiga na identificação de situações em que enunciados de súmula são elaborados ou aplicados a situações diversas daquelas que ensejaram sua edição. Assim, por exemplo, Antonio Carlos Ferreira aponta a aplicação indevida da Súmula 240 do STJ ("A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu") a situações em que ainda não havia sido realizada a citação do réu, e, ainda, a aplicação indevida da Súmula 259 do STJ ("A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária") a situações em que não havia insurgência quanto à correção de lançamentos existentes nos extratos bancários (FERREIRA, Antonio Carlos. Direito processual civil e súmulas do STJ. *Op. cit.*, pp. 23/27).

[...] as súmulas são calcadas em precedentes e, portanto, não podem fugir do contexto dos casos que por eles foram solucionados. Bem por isso, para se saber se uma súmula é aplicável a outro caso, é necessário verificar o contexto fático dos casos que lhe deram origem".⁹⁴⁵⁻⁹⁴⁶

É de se observar que o método ora proposto para a aplicação dos enunciados de súmula não tem sido entre nós empregado, eis que, ao contrário, a tendência observada na prática judicial brasileira é a de neles enxergar enunciados abstratos e gerais, desvinculados das circunstâncias fáticas e jurídicas presentes nos casos que lhes deram origem.⁹⁴⁷

O STF, contudo, em julgamentos recentes, tem dado mostras de que seguirá, na aplicação dos enunciados de súmula, técnica voltada à confrontação das circunstâncias fáticas e jurídicas presentes nos casos que deram origem ao enunciado e nos casos que mediante sua aplicação se pretende resolver, realizando o necessário *distinguishing*, quando necessário.

Exemplo largamente analisado pela doutrina diz respeito à aplicação da Súmula nº 691 do STF, segundo a qual "não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de 'habeas corpus' impetrado contra decisão do relator que, em 'habeas corpus' requerido a tribunal superior, indefere a liminar".

Em superveniente julgamento, relativo ao *habeas corpus* 85.185/SP,⁹⁴⁸ o STF, baseando-se na existência de um caráter distintivo em relação aos casos que deram origem ao enunciado nº 691, houve por bem "atenuar o alcance do enunciado da súmula".

Com efeito, neste julgamento entendeu o STF estar presente *ilegalidade flagrante*, de modo que deveria ser afastada a incidência do enunciado, a fim de se autorizar a análise da impetração desde logo. Tal situação de flagrante ilegalidade, que não estaria presente nos casos que deram origem ao enunciado, seria o traço distintivo a impor seu afastamento.⁹⁴⁹

⁹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 481.

⁹⁴⁶ Nesse sentido também se orienta o Enunciado nº 166 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, do qual dá notícia Cassio Scarpinella Bueno, e que tem o seguinte teor: "A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicarem posteriormente" (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. *Op. cit.*, p. 570).

⁹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 482.

⁹⁴⁸ STF. Pleno. HC 85185/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. j. 10/08/2005. DJ 01/09/2006, p. 18.

⁹⁴⁹ Para uma análise mais aprofundada da questão de fundo discutida no HC 85.185-1, cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito (...)*. *Op. cit.*, pp. 219/227. Em casos mais recentes o STF continua estabelecendo distinções com o objetivo de afastar a incidência do Enunciado 691 de sua súmula. É o caso do HC 115.015/SP (STF. 2ª Turma. HC 115015/SP. Rel. Min. Teori Zavascki. J. 27/08/2013. DJe-179, divulg. 11/09/2013, public. 12/09/2013), em que entendeu ser possível o afastamento do

É importante destacar que não se faz a *distinção* entre o enunciado de súmula e os casos subsequentes, mas sim entre o caso subsequente e aqueles que ensejaram a edição do enunciado. Assim, quando a doutrina fala em *distinção entre súmulas*,⁹⁵⁰ melhor seria falar em distinção entre o caso subsequente e aqueles que deram origem ao enunciado. É a confrontação entre os casos que permite concluir que a súmula foi editada à luz de circunstâncias fáticas ausentes no caso subsequente, justificando, assim, seu afastamento.

Nessa questão, o CPC/2015 trouxe significativo avanço, na medida em que contém disposição expressa no sentido de que "ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação" (artigo 926, §2º). Em outras palavras, quando da *elaboração* dos enunciados de súmula, devem os tribunais atentar para que estes reflitam o que foi efetivamente decidido, considerando os aspectos fáticos e jurídicos envolvidos nas decisões que lhes serviram de suporte.

Como ressaltou Cassio Scarpinella Bueno,

[...] a iniciativa quer combater, é esta a grande verdade, a edição das comuníssimas súmulas que fazem paráfrase de textos legais ou que, mais amplamente, querem assumir verdadeiro viés normativo genérico e abstrato, dando pouco (ou nenhum) destaque às peculiaridades fáticas que justificam o decidir em um ou em outro sentido.⁹⁵¹

Além dos problemas atualmente verificados no momento da elaboração dos enunciados de súmula, ocupou-se também o novo Código das deficiências relativas ao *momento de sua aplicação* a casos futuros, na medida em que exige, na fundamentação de decisões que invoquem enunciados de súmula, a identificação de "seus fundamentos determinantes", demonstrando que "o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos" (artigo 489, §1º, V, CPC/2015).⁹⁵² Na lição de Dierle Nunes e de André Horta, o Código,

enunciado sempre que a negativa da liminar acarretar "flagrante constrangimento ilegal ou situação manifestamente contrária à jurisprudência do STF", como se dava no caso em questão, no qual se questionava decisão do juiz de primeiro grau, que após haver recebido a denúncia por crime contra a ordem tributária, determinou o indiciamento formal dos acusados, o que entendeu o STF afrontar o sistema acusatório.

⁹⁵⁰ Assim, por exemplo, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito (...)*. *Op. cit.*, p. 219.

⁹⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. *Op. cit.*, p. 570.

⁹⁵² Art. 489. [...]

[...]

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

[...]

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

"torna obrigatória a perquirição dos casos e do contexto em que o enunciado foi elaborado, a fim de que seja conferida motivação de sua adequação ao caso concreto em exame".⁹⁵³

A prática judiciária brasileira tem, portanto, nas deficiências relativas à operação com enunciados de súmula, evidenciadas não só no momento de sua elaboração, mas também no de sua aplicação em casos subsequentes, relevante dificultador à sua caracterização como base da confiança, cuja superação se faz necessária para um aperfeiçoamento de nosso sistema processual, esperando-se que a evolução na compreensão do tema que vem se delineando na jurisprudência, inclusive do STF, bem como o novo Código, possam contribuir para tal fim.

5.6.3. Reduzido compromisso com a continuidade da jurisprudência

Outro problema a ser enfrentado no sistema jurídico brasileiro, a fim de que os atos jurisdicionais possam efetivamente cumprir a sua missão de constituir base da confiança, é o reduzido comprometimento dos tribunais com a continuidade da própria jurisprudência, o que a torna muitas vezes instável e sujeita a alterações *inesperadas e inexplicáveis*.⁹⁵⁴

Embora venha crescendo no Brasil a crítica à inobservância, pelas instâncias ordinárias, dos entendimentos consolidados nos tribunais superiores, pensamos que esta inobservância pode ser creditada, em grande parte, à própria instabilidade da jurisprudência nos tribunais superiores, em especial no Superior Tribunal de Justiça.

Como bem ressaltou Rodrigo Ramina de Lucca, o problema da inobservância de precedentes e da jurisprudência "muitas vezes é focado excessivamente no necessário respeito

⁹⁵³ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 304.

⁹⁵⁴ CIMARDI, Cláudia Aparecida. As mudanças da jurisprudência uniforme dos tribunais superiores e seu impacto no sistema jurídico brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 202. Deve-se destacar que esse não é um problema exclusivamente brasileiro. Na Itália, Michele Taruffo refere idêntico fenômeno na jurisprudência da Corte de Cassação, identificando como principal causa o excessivo número de decisões proferidas anualmente na Corte, na ordem de aproximadamente 50.000 sentenças anuais. Segundo o professor italiano, a circunstância de haver dezenas ou mesmo centenas de decisões sobre a mesma questão *favorece uma ulterior degeneração* da jurisprudência e o surgimento de *incoerências, contradições e repentinas mudanças de orientação* (TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Op. cit., pp. 17/20).

aos precedentes verticais, esquecendo-se que também o desrespeito a precedentes horizontais é fonte de insegurança jurídica", qualificando como "tão ou mais grave" que a inobservância dos entendimentos consolidados nas instâncias superiores por parte das instâncias inferiores "o descomprometimento de um tribunal com a sua própria jurisprudência, sobretudo quando se está diante de um tribunal excepcional, como o STJ ou o STF, cuja função precípua é justamente a de assentar a aplicação do Direito em todo o território brasileiro".⁹⁵⁵

Sobre a questão, Luiz Guilherme Marinoni, com muita propriedade, observou que

No Brasil, parcela significativa dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais não respeitam os precedentes do STJ. Na verdade, esses juízes e tribunais sequer argumentam para deixar de aplicar uma decisão da Suprema Corte. O próprio STJ tem entendimentos diferentes a respeito de casos iguais. Isso ocorre não só quando uma Turma diverge da outra. Uma mesma Turma, não raras vezes, não mantém estável determinada decisão.⁹⁵⁶

Concordamos com os autores, na medida em que uma análise das decisões de nossos tribunais, inclusive de tribunais superiores, evidencia que entendimentos consolidados são muitas vezes abandonados ou ignorados, sem um adequado esforço argumentativo pelo órgão jurisdicional que profere a nova decisão, o qual, por vezes, é o próprio órgão que firmou o entendimento anterior, de modo que sequer se pode dizer que a nova compreensão "revele a evolução do direito, por ser desconectada de alteração social, histórica etc".⁹⁵⁷

Um exemplo do que se expõe é dado por José Rogério Cruz e Tucci,⁹⁵⁸ em artigo em que critica a assim denominada *jurisprudência defensiva*, discutindo a modificação na jurisprudência do STJ, no que diz respeito à aplicação analógica da Súmula nº 284 do STF,⁹⁵⁹ com o fim de negar seguimento a recurso especial, nas hipóteses em que o recorrente não fez expressa referência ao permissivo constitucional em que o recurso se fundamentou.

⁹⁵⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. Limites à mudança jurisprudencial. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1100.

⁹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes (...)*. *Op. cit.*, p. 69.

⁹⁵⁷ CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. A excessiva instabilidade da jurisprudência (...). *Op. cit.*, p. 237.

⁹⁵⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Um basta à perversidade da jurisprudência defensiva*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

⁹⁵⁹ Súmula nº 284 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia" (Aprovada na sessão plenária de 13/12/1963).

O STJ, nos embargos de divergência no Recurso Especial (REsp) 72.075/RS,⁹⁶⁰ apreciado pela Corte Especial, havia assentado, no ano de 2002, ser possível conhecer o recurso especial, em razão da existência de dissídio jurisprudencial, ainda que o recurso apontasse como fundamento unicamente a alínea "a" do inciso III do artigo 105 da CRFB/88 (violação a lei federal), sem qualquer referência à alínea "c" (dissídio pretoriano).

Tal entendimento foi reafirmado em supervenientes decisões, sendo de se destacar, no AgRg nos EDcl no REsp 688524/MA,⁹⁶¹ excerto do voto condutor do acórdão, proferido pelo Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, que sintetiza a orientação firmada pela Corte:

[...] Ainda que haja a indicação, a aferição da hipótese verdadeiramente utilizada pelo recorrente para a interposição do recurso especial somente ressairá após a leitura das respectivas razões.

Se, por exemplo, nas razões do recurso especial há a comparação de acórdãos adotando diferentes soluções para a mesma questão de fato, é evidente que se trata da hipótese de cabimento prevista na alínea *c*. De outro lado, se o recurso se concentra na demonstração da violação de determinado e específico dispositivo de lei federal, devidamente prequestionado, conclui-se que a sua interposição ocorreu com base na alínea *a*. [...]

Como se observa, os julgados adotaram orientação jurisprudencial menos formalista, no tocante à *errônea indicação* do permissivo constitucional, desde que as razões recursais estejam suficientemente claras e permitam ao STJ identificar seu fundamento constitucional.

Adotando a mesma orientação, entendeu-se, no AgRg no REsp 845.134/SP,⁹⁶² relativo a um caso de *omissão na indicação do permissivo constitucional*, que "apesar de não ter sido expressamente citada a alínea do inciso III, artigo 105, da Constituição Federal, [...] a petição recursal indica claramente qual o dispositivo de legislação federal que foi violado pela decisão recorrida, não sendo o caso de aplicação da Súmula 284/STF [...]".⁹⁶³

Apartando-se dessa linha de entendimento jurisprudencial, contudo, decisões foram proferidas em sentido diverso, de forma a aplicar analogicamente a Súmula nº 284 do STF, negando seguimento ao recurso especial em que não houvesse expressa indicação da alínea do inciso III do artigo 105 da CRFB/88 no qual se fundamenta.

⁹⁶⁰ STJ. Corte Especial. EREsp 72075/RS. Rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 01/08/2002. DJ 19/08/2002, p. 136.

⁹⁶¹ STJ. 3ª Turma. AgRg nos EDcl no REsp 688524/MA. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. j. 02/12/2010. DJe 10/12/2010.

⁹⁶² STJ. 1ª Turma. AgRg no REsp 845134/SP. Rel. Min. Francisco Falcão. j. 19/09/2006, DJ 23/10/2006, p. 275.

Assim, por exemplo, no AgRg no REsp 1.250.983,⁹⁶⁴ prevaleceu o entendimento assentado no voto do relator, no sentido de que "irrefutável a incidência da súmula 284/STF, uma vez que o agravante não fundamentou corretamente seu recurso especial, pois não indicou o dispositivo autorizador da Constituição Federal, pertinente à via eleita".

Na mesma linha está a decisão monocrática proferida no Agravo em Recurso Especial nº 390.160/SP, objeto de expressa crítica e discussão no referido artigo do Professor José Rogério Cruz e Tucci,⁹⁶⁵ decisão na qual se considerou correta a negativa de seguimento a recurso especial em que o recorrente se omitiu em indicar o permissivo constitucional, com fundamento em aplicação analógica da Súmula 284 do STF.

Os julgados que entenderam pela negativa de seguimento ao recurso especial, nas hipóteses de omissão na indicação do permissivo constitucional, aplicando analogicamente a Súmula 284 do STF, de fato se afastaram do entendimento até então adotado, sem um esforço argumentativo voltado a demonstrar eventual equívoco na orientação anterior.

Poder-se-ia argumentar que há uma distinção entre as situações retratadas em ambas as orientações, eis que haveria, no entendimento firmado no órgão especial, uma tolerância quanto a eventual *indicação errônea do permissivo constitucional*, o que não se confundiria com a hipótese de *omissão na indicação do permissivo constitucional*. Tal distinção, no entanto, não nos parece sustentável, eis que aquele que indica erroneamente o permissivo constitucional também se *omite* quanto à indicação do permissivo constitucional em que verdadeiramente fundamenta seu recurso, de forma que, em qualquer das hipóteses, o permissivo constitucional em que se fundamenta o recurso só poderá ser extraído da análise das razões recursais, como bem destacou o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no julgamento do AgRg nos EDcl no REsp 688.524/MA, anteriormente referido.

Há, sem dúvida, um abandono da linha jurisprudencial consagrada no órgão especial, sem que houvesse qualquer esforço argumentativo ou mesmo referência ao entendimento anterior, evidenciando um reduzido compromisso com a continuidade da jurisprudência.

⁹⁶³ Na mesma linha, confira-se também: STJ. 1ª Turma. AgRg no Ag 902006/SP. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. j. 12/02/2008. DJ 25/02/2008, p. 277.

⁹⁶⁴ STJ. 4ª Turma. AgRg no REsp 1250983/AM. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. j. 06/09/2011, DJe 13/09/2011.

Em outra passagem em que discute essa peculiaridade do cenário jurisprudencial brasileiro, em que o compromisso com a continuidade da jurisprudência se mostra reduzido, Luiz Guilherme Marinoni teceu duras críticas ao comportamento do Judiciário brasileiro, em especial ao Superior Tribunal de Justiça, aduzindo categoricamente que

[...] torna-se estarrecedor perceber que a própria missão de garantir a unidade do direito federal, atribuída e imposta pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça, é completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira. As decisões do Superior Tribunal de Justiça não são respeitadas nem no âmbito interno da Corte. As Turmas não guardam respeito pelas decisões das Seções e, o que é pior, entendem-se livres para decidir casos iguais de forma desigual. Resultado disso, como não poderia ser diferente, é o completo descaso dos juizes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso configura um atentado contra a essência do direito e contra a efetividade do sistema jurídico [...]⁹⁶⁶

Semelhante crítica é formulada por Teresa Arruda Alvim Wambier, segundo a qual

[...] decisões do STJ deveriam ser precedentes e deveriam, sobretudo, ser respeitadas pelo próprio Tribunal que as proferiu. Mas esse Tribunal, nos últimos anos parece não estar se dando conta de seu papel constitucional. Com alguma frequência os próprios Ministros alteram suas decisões em questão de dias ou semanas.⁹⁶⁷

Esse fenômeno, qualificado pela doutrina como *constante* e manifestado por *infindáveis exemplos*,⁹⁶⁸ é sintomático da necessidade de que o Judiciário como um todo amplie a consciência acerca de seu papel no Estado Democrático de Direito, não só como um guardião dos direitos fundamentais, mas também como um *guia da sociedade*,⁹⁶⁹ indicando por meio de suas decisões o padrão de conduta compatível com o direito.

A preservação da coerência e da continuidade da jurisprudência é uma imposição sistêmica a cada órgão jurisdicional, uma *responsabilidade* que deve nortear o exercício da jurisdição, conscientizando-se de que sua decisão é “um ato de orientação dirigido não apenas para as partes, mas, também, para a sociedade”,⁹⁷⁰ impondo-se o abandono de um

⁹⁶⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Um basta à perversidade da jurisprudência defensiva*. *Op. cit.*

⁹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 125/126.

⁹⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *"Brazilian precedentes"*. *Op. cit.*

⁹⁶⁸ MARQUES, Leonardo Albuquerque. Elementos para uma otimização de desempenho institucional do STJ à luz do direito e economia. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 202. O autor se refere especificamente às abruptas modificações da jurisprudência no STJ, mas o fenômeno está presente em alguma medida em todas as instâncias do Judiciário.

⁹⁶⁹ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *Op. cit.*, p. 149.

⁹⁷⁰ *Ibidem*, p. 160.

personalismo exacerbado no exercício da função jurisdicional, e conseqüente fortalecimento da visão institucional da qual este exercício deve estar imbuído.⁹⁷¹

O CPC/2015, atento a esta dificuldade encontrada na prática judiciária brasileira, veiculou regra expressa com a qual pretende despertar a consciência, nos tribunais, de que estes têm o *dever* de manter sua jurisprudência *estável e coerente*, sem prejuízo, por evidente, de sua modificação, nas hipóteses em que esta se fizer necessária ("Artigo 926. Os tribunais *devem* uniformizar sua jurisprudência e *mantê-la estável, íntegra e coerente*").

5.6.4. Reduzida consciência da importância das decisões judiciais enquanto orientadoras da conduta social

Outra questão, que guarda estreita relação com a anterior, diz respeito ao insuficiente grau de consciência que os órgãos jurisdicionais por vezes demonstram ter com relação a um dos papéis fundamentais das decisões judiciais, que é o de servir de orientação à sociedade acerca dos padrões de conduta adequados ao direito.

A cultura judicial brasileira é extremamente voltada à solução dos casos concretos sob apreciação e julgamento, de forma que a preocupação com a definição de pautas de conduta, para além do caso concreto, nem sempre é um aspecto lembrado no ato de julgar.

No entanto, como observado em diversas passagens, as decisões judiciais não se limitam a proporcionar uma solução para o concreto conflito de interesses submetido à apreciação judicial, mas também servem de orientação para a sociedade, fixando padrões de conduta conforme o direito, delineando um horizonte previsível do ponto de vista jurídico, o que se afigura de fundamental importância para o progresso social e econômico do país.

Como bem ressaltou Daniel Mitidiero, o exercício da função jurisdicional atua em uma *dimensão particular* e em uma *dimensão geral*,⁹⁷² ou ainda, deve se orientar em uma

⁹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes* (...). *Op. cit.*, pp. 90/91.

dupla direção ou segundo um *duplo discurso*,⁹⁷³ sendo que sob uma dimensão individual, a tutela de direitos por meio da função jurisdicional busca propiciar no caso concreto uma solução justa e efetiva, ao passo que, sob o segundo aspecto, em sua dimensão geral, busca fixar em precedentes a compreensão do direito que deverá ser observada em julgamentos subsequentes, conferindo unidade ao direito e contribuindo para a segurança jurídica.⁹⁷⁴

Em linha semelhante, Paula Pessoa Pereira destaca que contemporaneamente a jurisdição desempenha uma *função privada*, consistente na resolução dos conflitos de interesses submetidos a julgamento e, uma *função pública*, consistente no *enriquecimento do estoque de normas jurídicas*, por meio da *definição das normas jurídicas* aplicáveis, com a consequente atribuição de *estabilidade à ordem normativa para reger as condutas sociais*.⁹⁷⁵

É justamente em razão do reconhecimento deste fundamental papel exercido pelas decisões judiciais, em uma *dimensão geral* ou *pública*, que nosso ordenamento jurídico, nas sucessivas reformas pelas quais vem passando, tem incorporado instrumentos de ordem variada, voltados à uniformização de entendimentos no Judiciário e ao fortalecimento do papel dos precedentes e da jurisprudência, como anteriormente observado.

O manejo desses instrumentos, contudo, exige dos operadores do direito, em especial dos magistrados, um elevado grau de consciência acerca do importante papel de balizador da conduta social desempenhado pelas decisões judiciais, empregando no ato de julgar um elevado grau de compromisso, não apenas no que se refere à obtenção da melhor solução para o caso concreto, o que de ordinário já ocorre, mas também no que se refere à definição do padrão de conduta social a ser dali por diante adotado.

⁹⁷² MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 252.

⁹⁷³ *Ibidem*, p. 257. Cf., ainda, *Idem*. *Cortes superiores e cortes supremas* (...). *Op. cit.*, pp. 23/24.

⁹⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil (...). *Op. cit.*, p. 262.

⁹⁷⁵ PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes* (...). *Op. cit.*, p. 52 e, principalmente, pp. 140/150. Em sentido semelhante, já no ano de 1988, Felipe Augusto de Miranda Rosa e Odila Cândido ressaltavam que os tribunais tinham uma *função primária de dirimir conflitos*, ao lado da qual se vislumbrava uma *outra função de produzir uma jurisprudência* (ROSA, Felipe Augusto de Miranda; CANDIDO, Odila Dinorá de Aragão. *Jurisprudência e mudança social*. *Op. cit.*, p. 19).

É preciso que haja, como aponta Leonardo Carneiro da Cunha, uma preocupação com “*a formação de um precedente de qualidade*”,⁹⁷⁶ ou seja, de um precedente que analise com profundidade todos os aspectos fáticos e jurídicos envolvidos na questão sob discussão, a fim de que sirva de orientação para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a sociedade.

Verifica-se, no entanto, que na prática judiciária nem sempre agem os órgãos jurisdicionais imbuídos do nível de consciência esperado, relativamente a esta segunda e primordial função das decisões judiciais, nem mesmo diante de mecanismos de julgamento especificamente voltados a estabelecer pautas de conduta, como ilustra um episódio envolvendo o julgamento de recursos especiais sob a sistemática dos recursos repetitivos.

A Primeira Seção do STJ, em sessão realizada em 25 de novembro de 2009, enfrentando uma pauta que contava com 99 itens,⁹⁷⁷ entre ações rescisórias, mandados de segurança, reclamações e recursos especiais, apreciou e julgou 20 recursos especiais sob a sistemática dos recursos repetitivos, definindo questões de elevada complexidade, tais como a incidência do ICMS sobre serviços suplementares ao de comunicação, a possibilidade de opção pelo SIMPLES por creches, pré-escolas e instituições de ensino fundamental, direito de compensação de créditos de IPI provenientes da aquisição de insumos destinados a produto isentos ou tributados com alíquota zero, legitimidade passiva da União em demandas propostas por servidores públicos estaduais, objetivando o reconhecimento de isenção do imposto de renda retido na fonte, termo inicial do prazo prescricional para as ações que pretendem a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação, dentre outros.

O rol acima, que abarca apenas uma parte das questões decididas naquela sessão, dá uma dimensão da importância, da complexidade e dos reflexos sociais das questões discutidas, que parecem não se harmonizar com o julgamento em uma única sessão.

⁹⁷⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Recursos repetitivos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 252 (itálicos no original).

⁹⁷⁷ Pauta da sessão disponível no sítio do Superior Tribunal de Justiça: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/dj/abreDocumento.jsp?seq_publicacao=2426&seq_documento=2566592&data_pesquisa=19/11/2009&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento&ids=2566561.2566562.2566563.2566564.2566565.2566566.2566567.2566568.2566569.2566570.2566571.2566572.2566573.2566574.2566575.2566576.2566577.2566578.2566579.2566580.2566581.2566582.2566583.2566584.2566585.2566586.2566587.2566588.2566589.2566590.2566591.2566592.2566593.2566594.2566595.2566596.2566597.2566598.2566599.2566600.2566601.2566602.2566603.2566604.2566605.2566606.2566607.2566608.2566609.2566610>. Acesso em: 07 nov. 2013.

Por maior que tenha sido o esforço dos Ministros na preparação de seus votos e na análise de todos os processos incluídos na pauta, tal esforço não dispensa um debate colegiado aprofundado sobre as questões decididas, em especial por se tratar de procedimento voltado à formação de *precedentes uniformizadores de jurisprudência*, com forte caráter paradigmático, que orientarão inúmeros julgamentos futuros e servirão de pauta de conduta na sociedade.

Situações como a descrita demandam, portanto, reflexão por parte da comunidade jurídica e acadêmica, na medida em que, se pretendemos instituir um sistema de resolução de conflitos pautado pela previsibilidade e pela segurança jurídica, em que as decisões judiciais possam efetivamente ser consideradas base da confiança, é necessário que se tome consciência desse importante papel, dispendendo, para a formação dos precedentes e da jurisprudência consolidada, o necessário tempo à reflexão e ao debate.

6. MODIFICAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA

6.1. Considerações iniciais

Como observado nos capítulos anteriores, os precedentes e a jurisprudência desempenham papéis fundamentais nos sistemas jurídicos contemporâneos, tanto naqueles pertencentes à família do *common law*, quanto nos de tradição romano-germânica, em especial por conferirem segurança e previsibilidade ao desenvolvimento das relações sociais, além de prestigiarem o tratamento isonômico entre os jurisdicionados, sendo estas as razões pelas quais a busca de uma maior estabilidade nos entendimentos sedimentados pelo Judiciário tem se revelado um objetivo comum nos diversos sistemas jurídicos.

A realização desses ideais por meio da valorização das decisões judiciais e da busca de maior estabilidade nos entendimentos consolidados, contudo, não pode impedir o direito de evoluir, a fim de oferecer respostas adequadas a novas demandas sociais. Assim, "em nome da evolução e desenvolvimento do direito, a jurisprudência deve estar aberta à mudança".⁹⁷⁸

O direito não é um conjunto de normas estáticas, mas, ao contrário, está em constante transformação, é um *organismo vivo*⁹⁷⁹ que reflete o próprio dinamismo da sociedade que o produz, de forma que as modificações na jurisprudência são decorrência desse caráter dinâmico, caracterizando-se como ocorrência de certa forma inevitável.

Sobre o ponto é de se observar que nenhum sistema jurídico contemporâneo tem atualmente uma absoluta vinculação a precedentes ou à jurisprudência, de forma a impedir sua modificação. Até mesmo a Inglaterra, que viveu uma experiência de grande rigidez, em que até mesmo a *House of Lords* se via impedida de rever seus precedentes, passou a admitir tal modificação a partir do *Practice Statement* de 1966.

Essa necessária plasticidade de que deve se revestir o direito, em especial aquele produzido pelo Judiciário, impõe que a aplicação de entendimentos consolidados não se

⁹⁷⁸ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta (...). *Op. cit.*, p. 18.

⁹⁷⁹ JAEGER, Marc. Notion et politique du revirement (...). *Op. cit.*, p. 25.

realize de forma mecânica ou acrítica, devendo os juízes, ao contrário, submeter o precedente ou a jurisprudência a serem aplicados a um "test de fundamentación racional",⁹⁸⁰ buscando observar se o entendimento consolidado encontra adequada aplicação no caso presente.

Essa plasticidade de que se revestem os sistemas jurídicos contemporâneos, cujos entendimentos consolidados no Judiciário não são vistos como verdades imutáveis, mas como soluções com potencial para evoluir de forma a acompanhar a evolução da própria sociedade, tem como reflexo o fenômeno referido na doutrina como mudança jurisprudencial,⁹⁸¹ mutação jurisprudencial⁹⁸², virada jurisprudencial ou, ainda, *modificação na jurisprudência*.⁹⁸³

Do ponto de vista terminológico, opta-se no presente trabalho, dentre as várias designações atribuídas ao fenômeno, pela expressão *modificações na jurisprudência*, eis que esta foi incorporada ao nosso direito positivo pelo §4º do artigo 927 do CPC/2015.⁹⁸⁴

Essa modificação em entendimentos judiciais consolidados, no entanto, não deve se operar de forma caótica, por quaisquer órgãos do Poder Judiciário, e sob quaisquer fundamentos ou mesmo sem uma adequada exposição desses fundamentos. Ao contrário, a modificação de entendimentos judiciais é evento que deve ser considerado com seriedade, a fim de se preservar a confiança depositada pelos jurisdicionados nos entendimentos que se consolidaram no Judiciário e com base nos quais orientaram sua conduta.

No presente capítulo, serão discutidas as questões relacionadas ao fenômeno das *modificações na jurisprudência* que nos parecem de maior relevância à sua compreensão no direito contemporâneo, a fim de, nos capítulos subsequentes, buscarmos definir e analisar os mecanismos desenvolvidos para minimizar os efeitos negativos dele decorrentes.

6.2. Delimitação conceitual das modificações na jurisprudência

⁹⁸⁰ SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. *Op. cit.*, pp. 227/228.

⁹⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* (...). *Op. cit.*, p. 469.

⁹⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados* (...). *Op. cit.*, p. 87.

⁹⁸³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*

⁹⁸⁴ §4º *A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos* [...].

Encontram-se, na doutrina, conceitos variados de *modificação na jurisprudência*, que buscam descrever o fenômeno sob diferentes aspectos, considerados relevantes por cada autor, tais como o momento em que se considera estabilizado um entendimento jurisprudencial e o órgão autorizado a deste se afastar.

O primeiro aspecto a ser considerado é apontado por Humberto Ávila, que propõe o reconhecimento de uma modificação na jurisprudência apenas quando a decisão judicial que se afasta do entendimento consolidado tenha *idêntico objeto* e esteja fundada na *mesma base normativa* que deu ensejo à prolação da decisão superada.⁹⁸⁵

Em outros termos, defende o autor, em proposição com a qual se concorda, que, em se tratando de decisões não relativas à *mesma questão jurídica* (ou seja, com diverso objeto)⁹⁸⁶ ou que, embora relativas a um mesmo objeto, tenham por suporte diferentes contextos normativos, em decorrência de alterações no direito positivo, não estaria caracterizada uma modificação na jurisprudência, mas apenas a formação de um entendimento jurisprudencial original e novo, relativo a diversa *base normativa* ou a diverso *objeto*.

Se as questões jurídicas enfrentadas em cada decisão são diversas ou há um novo contexto legislativo, os entendimentos veiculados na decisão do caso posterior não estão propriamente em contrariedade com aqueles sedimentados nos casos anteriores; há, ao que nos parece, o surgimento de um *novo e original entendimento*, relativo ao novo objeto ou à nova base normativa, não se configurando uma modificação na jurisprudência firmada sobre a base normativa revogada.⁹⁸⁷⁻⁹⁸⁸

⁹⁸⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica (...)*. *Op. cit.*, pp. 473/474.

⁹⁸⁶ Na jurisprudência da *House of Lords*, merece referência a afirmação de Lord Nicholls of Birkenhead, no item 6 de seu voto proferido no julgamento *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited and others and others*, segundo a qual o *overruling* deve ter por objeto "the same point of law" (Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudmt/jd050630/nat-1.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2015).

⁹⁸⁷ Na mesma linha, também entendendo que não se pode falar em modificação na jurisprudência, quando a mudança no posicionamento decorre da edição de novos atos normativos pelo Poder Legislativo, cf. PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. *Op. cit.*, pp. 542/544.

⁹⁸⁸ Até mesmo no *common law* inglês, em que há grande aderência à teoria do precedente, parece haver um reconhecimento, nas cortes inglesas e escocesas, de que as cortes inferiores podem deixar de aplicar uma decisão da *House of Lords*, se a considerarem obsoleta, em razão de superveniente alteração legislativa, a demonstrar que a hipótese, de fato, não é de modificação na jurisprudência (que seria vedada às cortes inferiores), mas de surgimento de um novo contexto normativo, sobre o qual se formará nova jurisprudência (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. *Op. cit.*, pp. 162/163).

Nesse sentido, tanto o Código de Processo Civil português de 1961, quanto o Código de 2013, ao tratarem das modificações na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, adequadamente exigem, respectivamente, no número 3 do artigo 732º-A e no número 3 do artigo 686º, que estas ocorram "no domínio da mesma legislação".

Sob um segundo aspecto, é preciso definir a partir de qual momento um entendimento jurisdicional está suficientemente estabilizado, a ponto de autorizar a conclusão de que uma decisão que dele se afaste caracteriza uma modificação na jurisprudência. Este é um aspecto fundamental, pois como já ressaltado, o reconhecimento de uma legítima expectativa na manutenção de um entendimento judicial pressupõe que este já tenha se estabilizado.⁹⁸⁹

A resposta a esta questão está, ao que nos parece, na sistematização proposta no capítulo anterior para a qualificação dos atos jurisdicionais como base da confiança.

Um entendimento jurisdicional pode ser considerado consolidado na medida em que materializado em um ato jurisdicional que expresse a posição final do tribunal ao qual a Constituição atribua competência para decidir em última instância sobre a questão jurídica controvertida, sendo exatamente por tal razão qualificável como base da confiança.

Assim, considera-se estabilizado o entendimento que, nos termos assentados anteriormente, esteja materializado em (a) acórdão do plenário do STF proferido em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, (b) acórdão proferido em julgamento de recurso extraordinário, especial ou de revista repetitivos, (c) acórdão proferido em recurso extraordinário ou especial interposto em incidente de resolução de demandas repetitivas, (d) acórdão proferido em embargos de divergência ou em incidente de assunção de competência nos tribunais superiores, (e) enunciados de súmula dos tribunais superiores e, por fim, (f) jurisprudência pacífica dos tribunais superiores.

Havendo entendimentos judiciais materializados em um dos atos acima relacionados, pode-se falar em consolidação da jurisprudência, de forma que supervenientes decisões que deles se afastem caracterizarão uma *modificação na jurisprudência*.

⁹⁸⁹ DEUMIER, Pascale. Le revirement de jurisprudence en questions. In: CARPANO, Éric (org.). *Le revirement de jurisprudence en droit européen*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012, p. 51.

É de se observar, desde logo, que o termo *modificação na jurisprudência* tem um conteúdo mais amplo do que sugere à primeira vista, na medida em que engloba não apenas as modificações na jurisprudência, em seu sentido técnico, mas também as alterações de entendimentos consolidados em precedentes uniformizadores de jurisprudência e enunciados de súmula, nas hipóteses anteriormente expostas.

Por fim, sob a perspectiva do órgão jurisdicional que a opera, a doutrina em geral restringe o conceito de *modificação na jurisprudência* às hipóteses em que há o abandono de um entendimento jurisprudencial pelo *próprio órgão* em que este se consolidou. É o que defende Eduardo Sodero, segundo o qual só há modificação na jurisprudência quando o próprio órgão jurisdicional se afasta de seu entendimento anterior.⁹⁹⁰ Não há *modificação de jurisprudência* quando um órgão judicial revê decisão de órgão hierarquicamente inferior.

Como ressalta Misabel Derzi, a jurisprudência busca dar uma resposta geral a uma questão jurídica geral, de forma que resta configurada uma modificação na jurisprudência quando à mesma questão jurídica geral é dada uma resposta diferente daquela fornecida pela jurisprudência anterior,⁹⁹¹ exigindo-se, para tanto, que a nova resposta geral seja dada pelo *mesmo tribunal* que havia fornecido a resposta geral anterior e, ainda, desde que esta nova resposta venha proferida pelo órgão, dentro da organização interna do respectivo tribunal, que tenha a competência para uniformizar a questão em caráter final.⁹⁹²

Assim, não se qualificam como modificações na jurisprudência manifestações de dissidência oriundas de instâncias inferiores ou, ainda, decisões oriundas do próprio tribunal superior, por parte de seus órgãos fracionários, que se mostrem em contrariedade com jurisprudência anterior do plenário ou da corte especial, onde houver.⁹⁹³

⁹⁹⁰ SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. *Op. cit.*, p. 223. No mesmo sentido, Eva Steiner considera que as modificações na jurisprudência (*revirements de jurisprudence*) "consistem no afastamento por um tribunal de sua própria jurisprudência sedimentada" (No original: "Revirement is a close equivalent to the concept of overruling in Anglo-American law and thus consists of a departure by a court from its own established jurisprudence") (STEINER, Eva. *Theory and practice of judicial precedent in France*. *Op. cit.*, p. 34).

⁹⁹¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, pp. 259/260.

⁹⁹² *Ibidem*, p. 263.

⁹⁹³ *Ibidem*, p. 263. Em sentido semelhante Pascale Deumier também defende que as modificações na jurisprudência fiquem restritas aos colegiados de maior amplitude nos tribunais superiores, àqueles colegiados com competência para solucionar divergências de jurisprudência, evitando-se que os colegiados menos amplos (*chambres*) se afastem dos entendimentos já consolidados (DEUMIER, Pascale. *Le revirement de jurisprudence en questions*. *Op. cit.*, pp. 56/57).

Ao contrário, a modificação na jurisprudência exige que o órgão prolator da decisão modificadora tenha, na estrutura do tribunal, amplitude igual ou maior que a do órgão que sedimentou o entendimento superado. Não se deve admitir que as turmas ou mesmo, monocraticamente, cada um dos juízes, se afastem da jurisprudência consolidada nas seções, no órgão especial ou no plenário, ou ainda, que as seções se afastem da jurisprudência firmada no órgão especial ou no plenário, situações que geram instabilidade na jurisprudência, vulneram a segurança jurídica, a previsibilidade e a confiança depositada pelo jurisdicionado na compreensão do Judiciário acerca de questões jurídicas definidas em caráter final.

Pensamos que tais delimitações sejam necessárias à construção de um conceito adequado *demodificação na jurisprudência*. Se determinado entendimento judicial é passível de revisão por um órgão jurisdicional superior, não é possível dizer que esteja consolidado, na medida em que não houve ainda manifestação do tribunal ao qual a Constituição atribuiu o poder de dizer a última palavra a respeito da questão jurídica controvertida.

Exatamente por tal razão, no capítulo anterior, ao se desenvolver uma proposta de sistematização dos atos jurisdicionais como base da confiança, foram excluídos os entendimentos formados nos tribunais de segundo grau, restringindo-os, em linha gerais, aos entendimentos do plenário do STF em matéria constitucional e aos colegiados de maior amplitude (plenário, órgão especial e seções) dos demais tribunais superiores.

Assim, se um órgão jurisdicional revê decisões de órgãos inferiores, não há, em princípio, modificação na jurisprudência, pelo simples motivo de que a decisão revista não havia sido proferida pelo órgão incumbido de dar a última palavra. A modificação na jurisprudência se faz presente quando o órgão incumbido de dar a última palavra assim o faz, afastando-se de anterior pronunciamento do *próprio órgão* a respeito do tema.

Não obstante, o entendimento acima merece algum temperamento no sistema jurídico brasileiro, na medida em que a coexistência de vários tribunais superiores traz algumas dificuldades no manejo do tema, haja vista que, não obstante exista uma divisão constitucional de competências, estas não se exercem de maneira absolutamente isolada, como se de *vasos não comunicantes* se tratassem.⁹⁹⁴ Fator de agravamento de tais dificuldades

⁹⁹⁴ Consoante ressalta Deumier, "*les Hautes Juridictions ne fonctionnent pas en vase clos*" (*Ibidem*, p. 59).

é a inexistência, entre nós, de um mecanismo de uniformização de entendimentos entre tribunais superiores, tal qual existe, por exemplo, na Alemanha, com o *Painel Comum das Supremas Cortes Federais* (vide *supra* seção 3.2.3).

Por vezes o Supremo Tribunal Federal se manifesta no sentido de que determinada questão jurídica não tem natureza constitucional, fazendo prevalecer, como última palavra, o entendimento do tribunal superior competente para conhecer da questão em nível infraconstitucional (STJ, TST, TSE etc).

Se o STF altera sua compreensão quanto à natureza constitucional da questão e, superando o entendimento anterior, decide enfrentar a questão em seu mérito, sob uma perspectiva constitucional, chegando a um resultado diverso daquele até então sedimentado no tribunal superior que a apreciou sob uma ótica infraconstitucional, é igualmente possível falar em *modificação na jurisprudência*.

Com efeito, a coexistência de tribunais superiores, um com atribuição de dar a última palavra em matéria constitucional e outro em matéria infraconstitucional, é fator que, consoante reconhece a doutrina estrangeira,⁹⁹⁵ contribui para as modificações na jurisprudência, na medida em que eventualmente será necessário rever entendimentos para adequá-los ao que decidiu o tribunal que dá a última palavra em matéria constitucional.

Eventos dessa natureza não são estranhos à realidade jurídica brasileira, eis que, consoante ressalta Valter Shuenquener de Araújo, uma análise na jurisprudência do STF e do STJ evidencia ocorrências nesse sentido, sendo talvez um dos mais destacados exemplos a discussão que se travou em relação à incidência da COFINS sobre as atividades desempenhadas por sociedades civis que prestam serviços profissionais.⁹⁹⁶

O Superior Tribunal de Justiça, em um primeiro momento, havia firmado seu entendimento no sentido de que não haveria incidência da COFINS nas atividades em questão, tendo chegado a editar enunciado de súmula em que tal entendimento restou sintetizado (Enunciado nº 276). Provocado em algumas oportunidades a se manifestar sobre o tema, o STF manifestara entendimento de que a questão tinha índole infraconstitucional, do

⁹⁹⁵*Ibidem*, p. 57.

⁹⁹⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 178/179.

que resultou uma natural confiança de que o entendimento sedimentado no STJ era a palavra final do Judiciário sobre a questão. Não obstante, em momento superveniente, o STF reviu seu entendimento acerca da natureza constitucional da controvérsia, analisando-a no mérito e revertendo o entendimento até então sedimentado no Superior Tribunal de Justiça.⁹⁹⁷

Considerados todos os aspectos acima referidos, pensamos ser possível definir as modificações de jurisprudência como a *alteração do entendimento jurisdicional acerca de uma mesma questão jurídica materializado em ato jurisdicional proferido pelo tribunal que, à luz da Constituição, tem a competência para dar a última palavra, empreendida pelo próprio tribunal que consolidou o entendimento anterior ou, ainda, em decorrência de nova compreensão, por parte do Supremo Tribunal Federal, acerca da natureza constitucional da questão controvertida, e que acarrete alteração do entendimento até então consolidado no tribunal superior que havia dado a última palavra.*

6.2.1. Desnecessidade do trânsito em julgado para a caracterização de uma modificação na jurisprudência

No direito brasileiro, a identificação e conceituação do fenômeno das modificações na jurisprudência exige que se faça especial comentário acerca de um ponto que vem recebendo particular atenção do Supremo Tribunal Federal e de parcela da doutrina, qual seja, a necessidade ou não, para a caracterização de uma modificação na jurisprudência, de que o entendimento a ser superado seja objeto de decisão judicial transitada em julgado.

Com efeito, as discussões desenvolvidas no STF sobre o tema revelam uma tendência da Corte em estabelecer uma distinção entre *modificação na jurisprudência* e *reversão de precedentes*, exigindo para a caracterização da primeira que o entendimento consolidado tenha sido veiculado por decisão judicial transitada em julgado; sem o trânsito em julgado, não haveria de se considerar estabilizado o entendimento jurisdicional, razão pela qual

⁹⁹⁷*Ibidem*, pp. 178/179. A análise da questão de fundo, de natureza tributária, foge aos limites do presente trabalho, recomendando-se a leitura de artigo de Hélio Ourém Campos e Luciana de Assunção Macieira Bandeira, em que é bem desenvolvida (CAMPOS, Hélio Ourém; BANDEIRA, Luciana de Assunção Macieira. Ulisses x Hércules: o perfil do judiciário brasileiro nas decisões de inconstitucionalidade. In: *Revista CEJ*, Ano

eventual decisão que dele se afaste não pode ser considerada verdadeira *modificação na jurisprudência*, mas apenas a *reversão de um precedente* ainda não consolidado.

Nessa linha, em julgamento bastante discutido pela doutrina,⁹⁹⁸ o STF, no RE 353.657/PR,⁹⁹⁹ alterou seu entendimento quanto ao tema do creditamento do IPI,¹⁰⁰⁰ na aquisição de insumos sujeitos à alíquota zero, passando a entender pela sua impossibilidade.

Ante a mudança de orientação, após o julgamento do mérito, o Ministro Ricardo Lewandowski suscitou questão de ordem relativa à modulação dos efeitos da decisão modificadora, para não prejudicar os contribuintes que confiaram na tendência jurisprudencial anterior, observando-se, assim, "os postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima".

A questão de ordem, no entanto, não foi acolhida pelo STF, que, pelo voto de todos os seus membros, com exceção do Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que no caso concreto não haveria o que se falar em *modificação na jurisprudência*, na medida em que os anteriores julgados do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria não haviam ainda transitado em julgado, haja vista a interposição de embargos de declaração pela União.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto na questão de ordem, destacou que "o tema do creditamento, ao contrário de outros em que, de qualquer forma, houve a reversão do quadro decisório, não chegou a ser pacificado no Tribunal". O Ministro Eros Roberto Grau também ressaltou em seu voto não haver o que se falar em *virada jurisprudencial*, ante a ausência de trânsito em julgado das decisões anteriores da Corte, de forma que "não se pode alterar o que jamais foi fixado definitivamente por este tribunal". Já o Ministro Joaquim Barbosa destacou a "falta de estabilização do precedente (trânsito em julgado, resolução do Senado, súmula vinculante)", de forma a afastar a ocorrência de modificação na jurisprudência. Na mesma linha, o Ministro Carlos Ayres Britto ressaltou que "há precedentes, porém todos eles desafiados ou adversados por recursos impeditivos do respectivo trânsito em julgado".

XVI, n. 58. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, set./dez. 2012). Para uma resenha desse caso cf., ainda, ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais* (...). *Op. cit.*, pp. 345/346.

⁹⁹⁸ Por todos cf. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, pp. 193/195.

⁹⁹⁹ STF. Pleno. RE nº 353.657/PR. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 25/06/2007. DJe 07/03/2008.

¹⁰⁰⁰ Como exemplos de julgados que adotaram a anterior orientação, podem ser citados os Recursos Extraordinários 350.446-1/PR, 353.668-1/PR, 357.277-6/RS e 358.493-6/SC, todos eles julgados conjuntamente na mesma sessão (STF. Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim. j. 18/12/2002. DJ 06/06/2003, p. 32).

Como se vê, resulta claro dos excertos transcritos que o STF, no julgamento da questão de ordem, orientou-se no sentido de considerar presente uma *modificação na jurisprudência* apenas quando houver decisão do STF já transitada em julgado. Ausente o trânsito em julgado, haveria tão-somente uma *reversão de precedente*, insuficiente para servir de base da confiança e possibilitar a modulação ou qualquer outra medida tendente a prestigiar a confiança depositada pelos jurisdicionados no entendimento anterior.¹⁰⁰¹

O entendimento manifestado pelo STF conta com o apoio de importantes vozes na doutrina, tais como Humberto Ávila, segundo o qual a caracterização de uma mudança na jurisprudência tem como pressuposto que a "decisão modificada" já tenha transitado em julgado ou "no mínimo, possa ter razoavelmente produzido efeitos orientadores relativamente àquele que suscita a resistência dos seus efeitos referentemente à 'decisão modificadora'".¹⁰⁰²

Segundo o autor, não se pode considerar estabilizado um entendimento, se este não for objeto de decisão transitada em julgado, pelo que entende que não é possível se falar em modificação na jurisprudência nas situações em que, como no mencionado caso do crédito-prêmio do IPI, o STF decide de forma diversa da compreensão adotada em anteriores decisões não transitadas em julgado.¹⁰⁰³ No caso em questão, considera que "o contribuinte que se apoia em decisão provisória, ausentes outros elementos, o faz sob conta e risco".¹⁰⁰⁴

A análise da questão, sob a perspectiva adotada neste trabalho, comporta algumas distinções prévias.

Como observado acima, o conceito de *modificação na jurisprudência* adotado neste estudo é mais amplo do que o sentido técnico do termo *jurisprudência* comporta, eis que consideramos haver a modificação não apenas quando há o afastamento de um entendimento consolidado em um *conjunto de acórdãos uniformes*, mas também quando há o abandono de entendimento consolidado em *enunciados de súmula dos tribunais superiores*, em *precedentes do plenário do STF em matéria constitucional* ou em *precedentes*

¹⁰⁰¹ Na síntese de Valter Shuenquener de Araújo, o STF "fixou uma exigência específica para que sua jurisprudência pudesse eventualmente dar amparo à proteção da confiança de particulares: a existência de coisa julgada" (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, p. 194).

¹⁰⁰² ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* (...). *Op. cit.*, p. 475.

¹⁰⁰³ *Ibidem*, p. 475.

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*, p. 478.

uniformizadores de jurisprudência, nas hipóteses em que estes podem ser considerados base da confiança, conforme sistematização proposta no capítulo anterior.

Assim, de início é preciso destacar dessa discussão específica a modificação na jurisprudência caracterizada pelo abandono de entendimento consolidado em *enunciados de súmula*, pois, não sendo estes decisões judiciais, mas apenas verbetes que sintetizam o entendimento adotado em anteriores decisões, a questão do trânsito em julgado não se põe.

A questão tem aplicação, portanto, às modificações na jurisprudência, nas hipóteses em que o entendimento jurisdicional decorre de uma *jurisprudência pacífica* ou de um *precedente do STF ou dos demais tribunais superiores*, nas hipóteses relacionadas no capítulo anterior. Para estes casos, segundo entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal e defendido em sede doutrinária por Humberto Ávila, só haveria de se considerar presente uma verdadeira modificação na jurisprudência se as decisões anteriores houvessem transitado em julgado. O trânsito em julgado seria uma exigência à estabilização.

Não há dúvidas de que uma decisão judicial não transitada em julgado é passível de modificação, ainda que o único recurso eventualmente cabível seja o de embargos de declaração, cujo caráter modificativo é excepcional. Nesse sentido, não se nega que a absoluta estabilidade de uma decisão judicial só é alcançada com o trânsito em julgado.

A questão aqui, porém, é outra. Não se trata, em nosso entender, de saber se uma decisão judicial pode ser eventualmente modificada, mas sim se a qualificação de um entendimento como *estabilizado*, para fins de caracterização de uma modificação na jurisprudência, exige o trânsito em julgado da decisão judicial que o veicula.

Como observado, as modificações na jurisprudência estão intimamente relacionadas aos atos jurisdicionais caracterizáveis como base da confiança. Só há modificação na jurisprudência quando esta atinge entendimento veiculado em ato jurisdicional que, consoante os critérios expostos (*supra*, seção 5.4.1), podem servir de orientação para a sociedade.

Nesse sentido, consideramos como base da confiança apenas os atos jurisdicionais praticados pelos tribunais superiores e, ainda assim, desde que praticados, no âmbito interno desses tribunais, por seus colegiados de maior expressão (plenário, órgão especial e seções).

Seria razoável dizer que acórdãos proferidos por estes tribunais, por meio de seus colegiados mais amplos, só exerceriam uma função orientadora quando transitados em julgado? Se a resposta a tal questão for afirmativa, teremos de admitir que um julgamento do STF, por seu plenário, não teria qualquer função orientadora enquanto não transitada em julgado a respectiva decisão, em razão da pendência, por exemplo, de um recurso de embargos de declaração. Da mesma forma, o julgamento, pelo STJ, em sede de recurso especial repetitivo ou de incidente de resolução de demandas repetitivas, não teria função orientadora, enquanto não transitado em julgado o acórdão respectivo.

Esse entendimento, ao que nos parece, não é sustentável, pois avilta a missão constitucional dos tribunais superiores, enquanto órgãos incumbidos pela Constituição de dar a última palavra quanto ao sentido do direito. Quando esta missão é desempenhada por seus colegiados de maior expressão, apresentando-se, portanto, drasticamente reduzidas as possibilidades recursais, muitas vezes limitadas unicamente aos embargos de declaração, não nos parece razoável admitir que as decisões respectivas não exerçam a função de orientação à sociedade, enquanto não transitadas em julgado.

Também não é esta a forma pela qual são tais decisões recepcionadas na comunidade jurídica e entre os operadores do direito. Tão logo prolatado o acórdão, o entendimento manifestado já passa a ser adotado pelo próprio tribunal e pelos demais órgãos jurisdicionais, para a aplicação dos mais variados instrumentos de aceleração procedimental, tais como o julgamento monocrático pelo relator, a negativa de seguimento a recursos, a dispensa de reexame necessário e o julgamento liminar de improcedência. O trânsito em julgado nunca foi assumido pela comunidade jurídica como um requisito para o manejo desses instrumentos.

Desta forma, os julgamentos realizados pelos colegiados de maior expressão dos tribunais superiores, embora teoricamente sujeitos a modificações, devem ser vistos como a expressão de um entendimento consciente e sedimentado, cuja alteração futura há de ser considerada evento excepcional e, justamente por tal motivo, deve ser tratado como uma *modificação na jurisprudência*, a desencadear a adoção de medidas tendentes a proteger as legítimas expectativas que se formaram sob o entendimento anterior.

Diante disso, alinhamo-nos à parcela da doutrina que, como Valter Shuenquener de Araújo,¹⁰⁰⁵ não exige o trânsito em julgado da decisão anterior como um requisito para a ocorrência de uma modificação na jurisprudência. É suficiente, para que o fenômeno se apresente, que o entendimento jurisdicional tenha sido veiculado em um ato caracterizável como base da confiança, ainda que não transitado em julgado.

6.3. Causas de uma modificação na jurisprudência

Definido o fenômeno das modificações na jurisprudência, presente em maior ou menor medida em todos os sistemas jurídicos ocidentais, tanto nos de *common law*, quanto naqueles de tradição romano-germânica ou de *civil law*, necessário se faz investigar as suas causas.

Uma primeira causa relacionada às modificações na jurisprudência é a alteração na composição do órgão jurisdicional em que se operou a modificação, ante o ingresso de novos magistrados, ou simples mudança na convicção de algum de seus membros a respeito da questão jurídica decidida.¹⁰⁰⁶ Modificações fundadas em tais razões, no entanto, não escapam a críticas da doutrina, ao argumento de que, em sendo as mesmas admitidas, "a coerência da ordem jurídica ficaria na dependência de meras vontades, alterando-se a todo instante".¹⁰⁰⁷

Com efeito, a doutrina vem defendendo que modificações na jurisprudência devem se relacionar a alterações na própria concepção geral acerca do direito, manifestada na comunidade jurídica ou no meio acadêmico, e não a *concepções individuais* acerca do direito aplicável, qualificando como um exacerbado *decisionismo* e *personalismo* que um magistrado

¹⁰⁰⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, pp. 194/195.

¹⁰⁰⁶ KERN, Christoph A. The respect for court decisions in german law. *Op. cit.*, p. 139. No mesmo sentido: TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Tradução de Flavio Portinho Sirangelo. In: *Revista de processo*. Ano 38. vol. 218, abr. 2013, p. 105.

¹⁰⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, pp. 318. Justamente por entender que a definição da interpretação do direito não pode ser condicionada a fatores subjetivos, Marinoni não aceita que uma mudança de jurisprudência seja fundamentada unicamente na mudança da composição do órgão julgador ou da orientação quanto à questão jurídica. A mudança de orientação quanto a determinada questão jurídica que autorizaria uma modificação na jurisprudência consolidada é aquela que decorre de uma "mutação da compreensão geral" sobre o tema, manifestada na academia e na comunidade jurídica, "capaz de evidenciar que a manutenção do precedente configuraria a perpetuação de um equívoco" e não, portanto, uma simples mudança de orientação da Corte em que se consolidou a jurisprudência (*ibidem*, p. 308). Igualmente criticando alterações na jurisprudência motivadas unicamente por fatores pessoais e mudanças de opinião, cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes (...). *Op. cit.*, p. 268.

sobreponha a sua compreensão pessoal ao entendimento que se consolidou no Judiciário, sem que tenha havido qualquer alteração no contexto social, econômico ou cultural.

Se a jurisdição é uma função estatal, e o juiz age de forma *impessoal* como um agente do Estado, manifestando uma vontade que não é *sua*, mas do Estado-juiz, não se afiguraria adequado que o juiz sobreponha o seu entendimento jurídico àquele que restou consolidado pelo Estado-juiz, exigindo-se, ao contrário, que *haja novas razões, posteriores à sedimentação do entendimento, aptas a justificar a mudança*.¹⁰⁰⁸

Embora as modificações oriundas da alteração de composição dos tribunais possam ser sob tal aspecto criticáveis, é certo que a atividade interpretativa não pode ser dissociada do sujeito que a desempenha, do que resulta de maneira inafastável a conclusão de que, alterando-se os sujeitos, o resultado da interpretação pode ser diverso, pela influência exercida por este novo sujeito no órgão jurisdicional que passa a integrar.¹⁰⁰⁹

O próprio CPC/2015 reconheceu que, por mais críticas que se possam desenvolver a essa influência ocasionada pela alteração na composição do órgão jurisdicional, este é um fenômeno de certa forma inafastável, tanto que autorizou a interposição de embargos de divergência, adotando-se como paradigma julgado da própria turma, "desde que a sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros".¹⁰¹⁰⁻¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁸ LUCCA, Rodrigo Ramina de. Limites à mudança jurisprudencial. *Op. cit.*, pp. 1107/1108 e 1120/1123. Segundo o autor, a *existência de novas razões* seria um limite ordinariamente reconhecido nos países de *common law* às alterações na jurisprudência.

¹⁰⁰⁹ Misabel Derzi refere que nos Estados Unidos foram empreendidas pesquisas estatísticas que constataram a existência de uma relação entre a *nomeação de novos juizes* e as *mudanças de orientação* nos julgados das respectivas cortes (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, pp. 47/48). Pesquisas na mesma linha são também apresentadas por Juraci Mourão Lopes Filho (LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais (...)*. *Op. cit.*, pp. 117/119 e 406), o qual, com propriedade leciona que "conquanto se pregue, aqui, o Direito como integridade, que aponta para uma visão não subjetiva do Direito, não se pode negar que haja interferência do aspecto subjetivo na intelecção e compreensão do caso. Conquanto a visão de mundo heideggeriana não seja egoísta e sim mediada pela cultura e historicidade, os pré-conceitos e pré-juízos do intérprete/aplicador interferem no círculo hermenêutico. Como cada um vive uma história diferente, a mudança subjetiva age em maior ou menor grau no resultado." (*ibidem*, p. 406).

¹⁰¹⁰ Artigo 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que:

[...]

§3º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.

¹⁰¹¹ Como observou Francisco Rosito, por meio de amplo rol exemplificativo, a exigência de "diversidade orgânica", materializado no enunciado 353 da súmula do STF, já vinha sendo atenuado na jurisprudência do STF, quando presente significativa alteração na composição da turma (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais (...)*. *Op. cit.*, p. 420).

Esse fenômeno é tanto mais recorrente, quanto menores as limitações que o sistema jurídico impõe à modificação de entendimentos judiciais, daí porque é possível afirmar que nos sistemas do *common law*, as mudanças de composição dos tribunais, com exceção de quando isto ocorre na própria Corte Suprema, tem um impacto menor, ante a vinculação imposta pelo *stare decisis*, do que nos sistemas do *civil law*, em que as decisões judiciais, mesmo oriundas das Cortes Supremas, em geral não são revestidas de efeitos vinculantes.

Outra causa também apontada em doutrina é a ocorrência de modificações no contexto social, cultural, econômico ou político, que conduzem ao reconhecimento de que o entendimento jurisdicional que sobre o mesmo se sedimentou não mais atende aos anseios da sociedade, tornando-se ultrapassado ou obsoleto.¹⁰¹² Até mesmo a evolução tecnológica pode, em certo sentido, tornar obsoleto um entendimento jurisprudencial.¹⁰¹³

Com efeito, um entendimento judicial consolidado sob determinado contexto social pode se tornar obsoleto quanto há uma modificação substancial na sociedade, a exigir sua alteração, a fim de que a *norma julgada* possa acompanhar a evolução da sociedade. O Direito foi desenvolvido para servir à sociedade, de sorte que se esta se modifica, faz-se necessário que aquele também se modifique, em alguma medida, para acompanhá-la.¹⁰¹⁴

Como observou Patrícia Perrone Campos Mello, existe em alguma medida uma exigência de *congruência social* para as normas jurídicas, inclusive quanto à sua interpretação e aplicação pelo Judiciário, esperando-se uma correspondência entre o comando jurídico e os padrões sociais, uma vez que, para o leigo "*a certeza e a previsibilidade do direito dependem de uma correspondência razoável entre as normas jurídicas e as normas da vida real*".¹⁰¹⁵

Assim, se uma modificação dos padrões sociais ocorre pela evolução da sociedade, isso pode ter como consequência uma *incongruência social* na forma como o Judiciário vem decidindo questões relacionadas ao objeto da mudança social, a impor sua adequação.

¹⁰¹² ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 34; JAEGER, Marc. Notion et politique du revirement (...). *Op. cit.*, pp. 28/29; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência (...). *Op. cit.*, pp. 23/24; TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. *Op. cit.*, p. 29 e, ainda, CIMARDI, Cláudia Aparecida. As mudanças da jurisprudência (...). *Op. cit.*, pp. 202/205.

¹⁰¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 115.

¹⁰¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. *Op. cit.*, p. 14.

¹⁰¹⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito (...)*. *Op. cit.*, p. 237 (itálicos no original).

O Direito não ignora as modificações ocorridas na sociedade, mas ao contrário é por elas influenciado, sendo esta a razão pela qual Rodolfo de Camargo Mancuso considera que os "dados de caráter ético, sociológico, político, histórico, econômico, cultural [e] estético" presentes em um determinado momento histórico de uma dada sociedade são "insumos" ou "fontes substanciais ou materiais" do direito, eis que exercem influência, seja na elaboração dos atos normativos que compõem o ordenamento jurídico, seja na sua interpretação pelo Judiciário para a construção e aplicação da *norma julgada*.¹⁰¹⁶⁻¹⁰¹⁷

A jurisprudência é, assim, sem dúvida, um termômetro das mudanças sociais, sendo possível, como já exposto, fazer uma *leitura das mudanças na sociedade* a partir da análise da evolução das soluções dadas pelo Poder Judiciário às diferentes questões jurídicas.¹⁰¹⁸

Exemplo emblemático de modificação na jurisprudência decorrente da modificação no contexto social subjacente foi o já referido caso *Brown v. Board of Education* (1954), no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos se afastou do precedente firmado em *Plessy v. Ferguson* (1896), para reconhecer a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, até então amparada na doutrina *separate but equal*.

A evolução da sociedade conduziu a uma evolução dos valores sociais, repudiando a discriminação fixada em *Plessy v. Ferguson* e conduzindo, por consequência, a uma modificação na jurisprudência, com a superação do precedente.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁶Como sintetiza Thomas da Rosa de Bustamante, a doutrina tradicional distingue entre uma *concepção material* e uma *concepção formal* de fontes do direito. Em uma *concepção material*, "as fontes são os motivos ou razões que determinam o conteúdo do Direito positivo, ou seja, qualquer ato ou fato que gere normas jurídicas. Esta concepção é ampla o suficiente para abarcar tanto os fatos sociais, políticos e econômicos que influenciam a produção do Direito quanto as ideias e os valores que constituem motivos para a legislação, como a justiça, a equidade e a segurança. As fontes, nessa primeira concepção, nunca são atos jurídicos, mas eventos ou fatos pré-jurídicos que podem contar como uma causa - uma causa social - para o nascimento de uma norma jurídica" (itálicos no original) (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 287).

¹⁰¹⁷ Como bem observa Mancuso, "[...] os insumos que informam a criação da norma - os dados político, social, econômico, jurídico - não desaparecem, mas continuam latentes após a norma se positivar no ordenamento e, por isso aqueles elementos permitem *avaliação continuada*, em ordem a saber quanto à sua permanência e atualidade [...]" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial* (...). *Op. cit.*, pp. 69/71).

¹⁰¹⁸ ROSA, Felipe Augusto de Miranda; CANDIDO, Odila Dinorá de Alagão. *Jurisprudência e mudança social*. *Op. cit.*, p. 8.

¹⁰¹⁹ A doutrina também refere, como importante exemplo de modificação na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, em decorrência da alteração de condições econômicas e sociais, a revogação de *Lochner v. New York* (1905) por *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937). Em *Lochner v. New York*, a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de *New York* que limitava a duração da jornada de trabalho dos padeiros, ao fundamento de que esta lei atentava contra a liberdade contratual. Não obstante, o período da Grande Depressão, iniciado em 1929, impôs aos Estados Unidos gravíssimos problemas econômicos, cuja superação demandou intensa intervenção estatal nas relações de trabalho, levando à superação do entendimento anterior pela Suprema

No Brasil também se colhem exemplos em que a jurisprudência evoluiu para acompanhar mudanças sociais, tal como se deu com o reconhecimento de efeitos jurídicos à união estável entre pessoas de sexos diferentes pelo STF, ainda nas décadas de 1950 e 1960, inicialmente pela sua equiparação a uma *sociedade de fato*¹⁰²⁰ ou mesmo a uma *prestação de serviços domésticos*,¹⁰²¹ para finalmente alcançar um nível de maturação que levou a seu reconhecimento como unidade familiar,¹⁰²² atingindo tal evolução jurisprudencial seu ponto culminante com o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.¹⁰²³

Também é apontado como causa de mudanças de entendimento judicial a superveniência de alterações no direito positivo, que tornariam obsoleto o entendimento jurisprudencial antigo.¹⁰²⁴

É importante destacar, contudo, que a superveniência de uma lei que modifica o regramento de situações que, sob a égide da lei anterior, eram decididas de uma determinada maneira, cria um contexto jurídico novo e não considerado quando da consolidação do entendimento anterior, de forma que, rigorosamente, ainda que os fatos presentes no caso novo sejam similares aos apreciados no antigo, o tratamento legislativo conferido é diverso.

Daí porque não parece apropriado falar exatamente em uma *mudança de entendimento judicial* nas situações ora descritas, mas sim no surgimento de um *novo entendimento* sobre a questão, baseado em contexto normativo inexistente por ocasião da consolidação do entendimento anterior. Há, aqui, mais do que uma modificação na jurisprudência, uma adequação dessa jurisprudência ao novo contexto normativo que rege as relações jurídicas abarcadas pelo precedente. Exatamente por tal razão, ao tratar da conceituação das *modificações na jurisprudência* (*supra*, seção 6.2), alinhamo-nos ao pensamento de Humberto Ávila, no tocante à exigência de uma mesma *base normativa*.

Corte, quando do julgamento, em 1937, de *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito(...)*. *Op. cit.*, pp. 241/242).

¹⁰²⁰ Dentre outros, cf. STF. 2ª Turma. RE 31.520. Rel. Afranio Antonio da Costa. J. 03.05.1956. ADJ 11/03/1957, p. 763. A reiteração de julgados nesse sentido culminou na edição do enunciado nº 380 da súmula do STF ("Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum").

¹⁰²¹ Neste sentido, dentre outros: STF. 1ª Turma. RE 105206/GO. Rel. Min. Rafael Mayer. J. 14/06/1985. DJ 02/08/1985, p. 12054.

¹⁰²² CIMARDI, Cláudia Aparecida. As mudanças na jurisprudência (...). *Op. cit.*, pp. 204/205.

¹⁰²³ STF. Pleno. ADPF 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. J. 05/05/2011. DJe-198, divulg. 13/10/2011, public. 14/10/2011.

¹⁰²⁴ Assim, por exemplo, na Finlândia (AARNIO, Aulis. *Precedent in Finland*. *Op. cit.*, pp. 96/97).

É possível, ainda, que a modificação na jurisprudência decorra do reconhecimento de um equívoco no entendimento jurídico consolidado, de forma que sua manutenção implicaria a perpetuação de um erro. O tribunal percebe, muitas vezes pela própria observação das consequências de seu anterior julgamento, que o entendimento não pode ser mantido.¹⁰²⁵ A modificação na jurisprudência, neste caso, ocorre para a correção de um equívoco interpretativo,¹⁰²⁶ qualificando-se como um *aperfeiçoamento na interpretação da norma*.¹⁰²⁷

Patrícia Perrone Mello relata, como exemplo de modificação na jurisprudência, em razão do reconhecimento de equívoco, a superação, pela Suprema Corte norte-americana, do precedente *Bowers v. Hardwick* (1986), por *Lawrence v. Texas* (2003). Em *Bowers* a Suprema Corte havia reconhecido a validade de uma lei editada pelo Estado da Geórgia que criminalizava a prática de relações sexuais por homossexuais, ao argumento de que não decorria da Constituição o direito a uma determinada prática sexual. No entanto, ao julgar *Lawrence v. Texas*, a Suprema Corte reconheceu que a primeira decisão era equivocada, na medida em que atentava contra a liberdade sexual e afetiva de pessoas adultas.¹⁰²⁸

Com efeito, no julgamento de *Lawrence v. Texas*, nos termos do voto condutor proferido pelo *Justice Anthony Kennedy*, reconheceu-se que a Corte havia se equivocado ao analisar o caso *Bowers v. Hardwick* sob a perspectiva de decorrer ou não da Constituição um *direito fundamental a uma determinada prática sexual*, quando, de fato, a discussão dizia respeito à extensão da liberdade individual em questão.¹⁰²⁹ A Constituição, manifestou *Justice Kennedy* em seu voto, assegura o direito de pessoas adultas adotarem, de maneira privada e consentida, práticas sexuais sem intervenção do Estado.¹⁰³⁰

¹⁰²⁵ TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Op. cit.*, pp. 105/106.

¹⁰²⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, p. 108; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 114; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Precedentes e jurisprudência* (...). *Op. cit.*, pp. 23/24.

¹⁰²⁷ CIMARDI, Cláudia Aparecida. As mudanças da jurisprudência (...). *Op. cit.*, pp. 205/207.

¹⁰²⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito*(...). *Op. cit.*, pp. 247/250.

¹⁰²⁹ "The Court began its substantive discussion in *Bowers* as follows: 'The issue presented is whether the Federal Constitution confers a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy and hence invalidates the laws of the many States that still make such conduct illegal and have done so far a very long time.' That statement, we now conclude, discloses the Court's own failure to appreciate the extent of the liberty at stake." (grifos nossos) (BEEMAN, Richard; FEINMAN, Jay M. *Supreme Court decisions*. New York: Penguin Books, 2012, pp. 122/123).

¹⁰³⁰ "The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government". (*ibidem*, p. 124).

Outro exemplo de modificação na jurisprudência decorrente do reconhecimento de um equívoco no entendimento anterior, desta feita colhido do direito inglês, foi a superação do precedente firmado pela *House of Lords* em *Siebe Gorman & Co Ltd v. Barclays Bank Ltd* (1979) por ocasião do julgamento do caso *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited and others ande others* (2005). No segundo julgamento, consoante se colhe do voto proferido pelo *Lord Nicholls of Birkenhead*, chegou-se à conclusão de que o julgamento anterior estava errado e que, portanto, deveria ser superado.¹⁰³¹

No Brasil, um recente caso de modificação na jurisprudência calcado no reconhecimento da incorreção do entendimento anterior diz respeito à chamada *intempestividade por prematuridade*, ou seja, ao reconhecimento de que o recurso interposto antes da publicação do acórdão recorrido deveria ser considerado intempestivo.

O STF tinha sedimentado o entendimento de que o recurso interposto antes da publicação do acórdão seria intempestivo.¹⁰³² Não obstante, em recente julgamento,¹⁰³³ em que foi relator o Ministro Luiz Fux, o STF alterou esse entendimento, por entendê-lo equivocado, na medida em que apenas aquele que, adiantando-se ao início do decurso do prazo, já interpunha seu recurso. Como destacou o Ministro Luiz Fux, "essa orientação merece melhor reflexão da Corte", na medida em que se afigura excessivamente formalista e incompatível com o próprio caráter instrumental do direito processual.

Por fim, também pode atuar como possível causa de uma modificação na jurisprudência a superveniência de uma decisão proferida por uma Corte Internacional de Direitos Humanos ou por uma Corte Internacional de outra natureza, cujo conteúdo não seja compatível com a jurisprudência até então existente no âmbito interno, impondo a revisão desta, para adequação ao quanto decidido no âmbito internacional.¹⁰³⁴

¹⁰³¹ Item 1 do voto de *Lord Nicholls of Birkenhead*: "I have had the advantage of reading in draft the opinions of my noble and learned friends Lord Hope of Craighead, Lord Scott of Foscote and Lord Walker of Gestingthorpe. For the reasons they give I agree that the decision of Slade J in *Siebe Gorman & Co Ltd v Barclays Bank Ltd* [1979] 2 Lloyd's Rep 142 was wrong and should be overruled". Inteiro teor do julgado disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudmt/jd050630/nat-1.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

¹⁰³² Por todos: STF. Pleno. RE 606.376 ED-EDv/RS. Rel. Min. Carmen Lúcia. J. 19/11/2014. DJe-250, divulg. 18/12/2014, public. 19/12/2014.

¹⁰³³ STF. Pleno. AI 703269 AgR-ED-ED-EDv-ED/MG. Rel. Min. Luiz Fux. J. 05/03/2015. DJe-085, divulg. 07/05/2015, public. 08/05/2015.

¹⁰³⁴ KERN, Christoph A. The respect for court decisions in german law. *Op. cit.*, p. 139. Sobre o ponto, bem expôs Thomas da Rosa de Bustamante, embora comentando especificamente a influência das decisões da Corte Europeia de Direito do Homem sobre a jurisprudência dos Estados-membros, que "[...] apesar de a Corte

É referido, com relação a este último ponto, até mesmo o impacto das decisões de uma Corte Internacional sobre a jurisprudência de outra Corte Internacional. Marc Jaeger relata que, tendo em vista a submissão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por força do artigo 6º, §2º, do Tratado de Lisboa,¹⁰³⁵ evidenciaram-se algumas incongruências entre a jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia e a da Corte Europeia de Direitos Humanos, que provavelmente conduzirão a modificações na jurisprudência da primeira, de forma a se adaptar ao quanto decidido pela segunda.¹⁰³⁶

Exemplo desta última situação foi a modificação do entendimento adotado pela Corte de Justiça da União Europeia no caso *Hoechst* (C-46/87 e 227/88),¹⁰³⁷ quando do superveniente julgamento do caso *Roquette frères* (C-94/00).¹⁰³⁸⁻¹⁰³⁹

Em *Hoeschst*, a Corte de Justiça da União Europeia entendeu que, não obstante o direito comunitário assegurasse tanto a pessoas naturais quanto a pessoas jurídicas a observância das garantias processuais previstas nos direitos internos em face de intervenções arbitrárias e desarrazoadas, não haveria *um direito fundamental à inviolabilidade do domicílio* de pessoas jurídicas como um princípio geral imposto pela ordem jurídica comunitária, não

Europeia de Direitos do Homem/CEDH não prolatar decisões com efeitos *erga omnes* - ou seja, não se pronunciar em abstrato sobre a compatibilidade de cada norma interna com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, [...], suas decisões têm uma 'autoridade interpretativa' que faz com que os Judiciários de cada país-membro procedam a um ajuste das jurisprudências nacionais sob a forma de um *overruling* (*revirement*) de seus próprios precedentes." (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, p. 35). Exemplo de ocorrência do gênero se deu na Inglaterra, quando do julgamento, pela *House of Lords*, do caso *Price & Ors v. Leeds City Council* (Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/289.html>>. Acesso em: 19 ago. 2015). Na França, Eva Steiner relata igualmente um crescente número de casos em que modificações na jurisprudência foram realizadas em razão da necessidade de adequação da jurisprudência nacional ao direito comunitário e à jurisprudência dos tribunais internacionais (STEINER, Eva. *Theory and practice of judicial precedent in France*. *Op. cit.*, p. 35).

¹⁰³⁵ Art. 6º. [...]

[...]

2. A União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.

¹⁰³⁶ JAEGER, Marc. *Notion et politique du revirement* (...). *Op. cit.*, pp. 44/45.

¹⁰³⁷ Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95199&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=140806>>. Acesso em: 13 set. 2015.

¹⁰³⁸ Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47800&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=138196>>. Acesso em: 13 set. 2015.

¹⁰³⁹ Tecendo comentários acerca deste e de outros exemplos de modificações na jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia em razão de supervenientes julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos cf. TINIÈRE, Romain. *Les revirements de jurisprudence de la CJUE dans le domaine de la protection des droits fondamentaux*. In: CARPANO, Éric (org.). *Le revirement de jurisprudence en droit européen*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012, pp. 147/149 e 152/155.

sendo igualmente possível extrair tal direito do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (parágrafos 17, 18 e 19 de referido acórdão).

Não obstante, ao ser novamente confrontada com a questão em *Roquette frères*, constatou que, em 1992, a Corte Europeia de Direitos Humanos havia proferido uma decisão (Niemietz c/ Alemanha) em que expressamente reconhecia que a proteção do domicílio prevista no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem poderia ser estendida, em alguns casos, a instalações comerciais, razão pela qual viu-se compelida a reconhecer que a interpretação que vinha dando ao artigo 8º deveria evoluir para levar em consideração o quanto decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos.¹⁰⁴⁰

Como bem sintetizou Romain Tinière, a decisão tomada em *Roquette frères* ilustra a escolha, por parte da CJUE, de absorver os direitos da Convenção Europeia de Direitos do Homem como princípios gerais do direito comunitário, protegendo-os na forma como interpretados pela Corte Europeia de Direitos Humanos.¹⁰⁴¹

6.4. Classificação das modificações na jurisprudência

A doutrina tem buscado, a partir da análise de aspectos estruturais das decisões modificadoras de jurisprudência, bem como da projeção de seus efeitos no tempo, estabelecer os diferentes perfis de que as modificações na jurisprudência podem se revestir ou, em outras palavras, tem buscado identificar suas *diferentes modalidades* ou *espécies*.

¹⁰⁴⁰ Transcreva-se, a respeito, o parágrafo 29 do acórdão proferido em *Roquette frères*: "Na determinação do alcance do referido princípio, no que toca à protecção das instalações comerciais das sociedades, importa ter em conta a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem posterior ao acórdão Hoechst/Comissão, já referido, jurisprudência essa donde resulta, por um lado, que a protecção do domicílio visada pelo artigo 8º da CEDH pode ser estendida, em determinadas circunstâncias, a essas instalações (v. nomeadamente, Tribunal Europeu D. H., acórdão Colas Est e o. contra França, de 16 de Abril de 2002, ainda não publicado no *Recueil des arrêts et décisions*, §41), e, por outro, que o direito de ingerência autorizado pelo artigo 8º, n.º 2, da CEDH 'poderia muito bem ir mais longe relativamente às instalações ou às actividades profissionais ou comerciais do que noutros casos' (acórdão Niemietz contra Alemanha, já referido, §31)".

¹⁰⁴¹ No original: "Il illustre aussi assez bien le choix de l'absorption du droit de la convention *via* les principes généraux du droit: le droit de l'Union protège les droits inscrits dans la Convention de la façon dont la Cour européenne des droits de l'homme les interprète" (TINIÈRE, Romain. Les revirements de jurisprudence de la CJUE (...). *Op. cit.*, p. 156).

Diferentes são os critérios adotados pela doutrina para tal fim. Pascale Deumier, por exemplo, leva em consideração a *intensidade* ou a *velocidade* com a qual as modificações na jurisprudência se apresentam, para classificá-las em modificações *graduais* ("*revirement à petit pas*") ou *abruptas* ("*revirement par arrêt de principe*").¹⁰⁴²

Opera-se de *forma gradual* a modificação em que o entendimento anterior passa por sucessivos e pequenos ajustes, caracterizando-se não propriamente por uma decisão que represente um *rompimento* com o entendimento anterior, mas mais propriamente como um *processo desenvolvido por etapas*. São evoluções marcadas antes por uma *lógica de continuidade* do que por uma *lógica de ruptura*.¹⁰⁴³ De outra parte, nas modificações *abruptas* há um imediato rompimento com o entendimento anterior, por meio de uma única decisão, que se apresenta assim com um *efeito surpresa maisbrutal*.¹⁰⁴⁴

Não obstante, o critério com maior repercussão doutrinária e maiores implicações na prática judiciária, em especial no que diz respeito à preservação das expectativas depositadas no entendimento superado e ao respeito ao contraditório, é o que leva em consideração aspectos formais das decisões que operam as modificações na jurisprudência.

Sob um aspecto formal, observa-se que em algumas situações as modificações se dão de forma explícita (*modificações explícitas, revirement assumés* ou *express overruling*), na medida em que a decisão que opera a modificação expressamente faz alusão à superação do entendimento antigo, não deixando dúvidas de que a partir daquele momento *a ratio decidendi do precedente superado perdeu sua autoridade*.¹⁰⁴⁵ A decisão que opera a modificação "rompe abertamente com a jurisprudência anterior", adotando uma "formulação unívoca que sela o abandono da jurisprudência" anterior.¹⁰⁴⁶

Christoph Kern qualifica essa modalidade de modificação na jurisprudência como uma *virada franca (forthright change)*, na medida em que a alteração se dá de forma aberta, clara,

¹⁰⁴² DEUMIER, Pascale. Le revirement de jurisprudence en question. *Op. cit.*, pp. 60/62.

¹⁰⁴³ ILIOPOULOU, Anastasia. Revirement et citoyenneté de l'Union. In: CARPANO, Éric (org.). *Le revirement de jurisprudence en droit européen*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012, p. 162.

¹⁰⁴⁴ DEUMIER, Pascale. Le revirement de jurisprudence en question. *Op. cit.*, pp. 60/61.

¹⁰⁴⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. *Op. cit.*, pp. 127/128.

¹⁰⁴⁶ COUTRON, Laurent. L'identification du revirement en droit de l'Union Européenne et la normativité de la jurisprudence. In: CARPANO, Éric (org.). *Le revirement de jurisprudence en droit européen*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012, pp. 69/70.

com a explicitação da modificação e das razões que a ensejaram, de forma a convencer as partes e a comunidade jurídica do acerto da nova orientação.¹⁰⁴⁷

Um exemplo importante de modificação explícita na jurisprudência alemã foi a mudança de orientação do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) acerca da constitucionalidade do financiamento público de partidos políticos em suas despesas gerais, ou seja, não diretamente relacionadas ao processo eleitoral. Em 1966 o tribunal havia decidido que tal modalidade de financiamento não era compatível com a Constituição, que autorizaria "apenas as despesas necessárias à campanha eleitoral"; no entanto, em 1992, o tribunal se afastou de sua anterior orientação, fixando novos parâmetros para o financiamento público de partidos políticos e expressamente referindo o abandono da orientação anterior.¹⁰⁴⁸

Em outras situações, a modificação na jurisprudência ocorre de forma implícita (*modificações implícitas, silent overruling ou stillschweigende Änderung*), eis que a decisão que adota o novo entendimento não faz qualquer referência ao posicionamento anterior,¹⁰⁴⁹ deixado de lado por simples incompatibilidade com a nova orientação. Há, como ressalta Anastasia Iliopoulou, um *abandono silencioso* da jurisprudência anterior, qualificando-a, por tal razão, como uma *modificação clandestina (revirement "clandestin")*.¹⁰⁵⁰

As razões para uma mudança jurisprudencial implícita são de variada ordem, como acentua Christoph Kern, tais como a pretensão do tribunal de não atrair a atenção sobre a decisão, evitando interferência do Legislativo nos planos de longo prazo da Corte, ou mesmo a simples tentativa de se abster do dever de uma motivação rigorosa.¹⁰⁵¹

Parece-nos também que há nesta prática uma significativa influência da cultura jurídica e do papel reconhecido às decisões judiciais, tanto que na França, onde os precedentes têm menor relevância, especialmente no plano formal,¹⁰⁵² sendo até incomum que a eles se faça expressa referência no discurso judiciário, Troper e Grzegorzczyk relatam a

¹⁰⁴⁷ KERN, Christoph A. The respect for court decisions in german law. *Op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁴⁸ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, p. 57; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, pp. 108/109; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, p. 197.

¹⁰⁵⁰ ILIOPOULOU, Anastasia. Revirement et citoyenneté de l'Union. *Op. cit.*, p. 166.

¹⁰⁵¹ KERN, Christoph A. The respect for court decisions in german law. *Op. cit.*, p. 143.

¹⁰⁵² Embora, como já exposto ao longo deste trabalho, haja um distanciamento entre o discurso judiciário oficial na França, que nega valor aos precedentes e até mesmo restringe sua utilização, e a influência prática ou de fato que estes exercem naquele país.

dificuldade de se identificar modificações na jurisprudência da Corte de Cassação, porque não se faz qualquer referência à decisão que está sendo superada, transferindo-se de regra para a doutrina o trabalho de identificar e estabelecer os limites da modificação na jurisprudência.¹⁰⁵³

No Brasil, modificações na jurisprudência nesta modalidade são muito frequentes, em especial no Superior Tribunal de Justiça e isso se deve, ao que nos parece e já foi objeto de comentário específico no capítulo anterior, ao reduzido compromisso que nossos tribunais têm, de um modo geral, com a continuidade de sua jurisprudência e a pouca consciência acerca da *função pública* de orientação de condutas sociais que tais decisões exercem.

A realização de modificações implícitas na jurisprudência, sem uma consideração detida acerca das razões para a superação de um entendimento consolidado, tem sido objeto de crítica na doutrina, na medida em que se revela incompatível com o caráter argumentativo e dialético de que deve se revestir o discurso jurídico, que deve se orientar pela adequada *justificação* das decisões judiciais, com o fim de demonstrar a superioridade das razões que conduzem à alteração, de forma que "sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente judicial seja *expressamente tematizada*".¹⁰⁵⁴

Assim, a prática de introduzir modificações na jurisprudência, sem expressa referência aos precedentes superados e sem uma adequada justificação dos fundamentos pelos quais a nova solução apresentada é superior àquela anteriormente consagrada, conquanto recorrente, não se apresenta adequada no processo contemporâneo.

Importa destacar que o CPC/2015 expressamente dispõe que "a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica" (artigo 926, §4º) (grifo nosso), o que torna incompatível com o ordenamento processual brasileiro, na configuração do novo Código, a adoção de modificações implícitas na jurisprudência, fazendo-se mais adequada do que nunca a crítica sobre elas desenvolvida pela doutrina.

¹⁰⁵³ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 133. No mesmo sentido: STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁵⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, p. 388. No mesmo sentido: ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 57;

Ressalte-se que se pode apontar, como antecedente remoto da exigência veiculada pelo CPC/2015, a disposição contida na parte final do §2º do artigo 902 da CLT, revogado pela Lei 7.033/82, editada após o STF haver reconhecido, em 1977, que o instituto do *prejulgado trabalhista* não havia sido recepcionado pela Constituição de 1946 (*supra*, seção 4.4.2.1.2). Dispunha a parte final do parágrafo segundo que, entendendo o TST pela necessidade de revogação ou modificação de *prejulgado*, "o acórdão fará remissão expressa à alteração ou revogação do *prejulgado*". Vedava-se, portanto, a realização de *modificações implícitas*.

Por outro lado, considerada a projeção dos efeitos da modificação na jurisprudência sob uma perspectiva temporal, três são as modalidades existentes, o *retrospective overruling*, o *prospective overruling* e o *anticipatory overruling*,¹⁰⁵⁵ ou seja, a *modificação retrospectiva*, a *modificação prospectiva* e a *modificação antecipada*.

De um lado, há situações em que a superação do precedente ou da jurisprudência consolidada é realizada com efeitos retroativos (*ex tunc*), alcançando não apenas os fatos que ocorrerem no futuro, mas também aqueles que se aperfeiçoaram sob a égide do entendimento até então prevalente (modificação retrospectiva ou retroativa). É a modalidade que nos países de *common law* recebe a denominação de *retrospective overruling*.¹⁰⁵⁶

Nessa modalidade, o entendimento é imediatamente superado e os precedentes que o albergavam perdem por completo sua aptidão de servir de paradigma, mesmo para os casos originados antes da alteração de entendimento e ainda pendentes de julgamento.¹⁰⁵⁷

Por outro lado, pela Suprema Corte dos Estados Unidos foi desenvolvida modalidade de modificação na jurisprudência, denominada *prospective overruling* (ou modificação prospectiva), cujos efeitos alcançam apenas os casos relativos a fatos ocorridos após a modificação do entendimento (efeitos *ex nunc*), continuando as situações pretéritas a serem regidas pelo entendimento superado.¹⁰⁵⁸ Sobre a técnica do *prospective overruling* no direito americano serão feitas considerações mais detalhadas no capítulo subsequente.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. *Op. cit.*, pp. 541/542.

¹⁰⁵⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, p. 109.

¹⁰⁵⁶ *Ibidem*, p. 109.

¹⁰⁵⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 179.

Por fim, há situações em que a superação de um precedente ou de um entendimento jurisprudencial consolidado começa a se verificar nas cortes inferiores, antes mesmo de seu abandono ou superação explícita pelas cortes onde se sedimentou (modificação antecipada). É técnica surgida nos Estados Unidos e que se vem denominando *anticipatory overruling*.¹⁰⁵⁹

Nesta última modalidade, as cortes inferiores identificam na jurisprudência da Corte Superior uma alteração de rumos, a indicar que o precedente em princípio aplicável não mais se harmoniza com os julgados mais recentes acerca de matérias afins, a indicar que tão logo a Corte Superior se depare com um caso apropriado, realizará o *overruling*. Dessa forma, antecipando-se a uma efetiva mudança na jurisprudência na Corte Superior, as cortes inferiores desde logo passam a adotar um novo entendimento, que em sua leitura se harmoniza com a orientação delineada em julgamentos mais recentes da Corte Superior.

6.5. Modificação na jurisprudência como ato violador da confiança

O princípio da proteção da confiança, consoante assentado (*supra*, seção 1.2.1), tem larga abrangência objetiva, alcançando não apenas as *funções administrativas* do Estado, mas também suas *funções legislativas e jurisdicionais*. Em outras palavras, a atuação do Estado ou do Poder Público, como um todo, deve se desenvolver de forma a não frustrar as legítimas expectativas que se formaram a partir das condutas ou omissões estatais.

Nesse sentido, atualmente se reconhece que os *atos jurisdicionais* podem constituir base da confiança, ensejando a incidência do princípio da proteção da confiança, quando de sua modificação, conforme agora prevê expressamente o artigo 927, §4º, do CPC/2015.

No entanto, embora os atos jurisdicionais possam ser considerados *base da confiança*, é necessário fazer alguma delimitação a esta assertiva, a fim de a ela conferir alguma operacionalidade no que diz respeito à incidência concreta do princípio.

¹⁰⁵⁸*Ibidem*, p. 180.

¹⁰⁵⁹*Ibidem*, p. 180.

Nesse sentido, nossa proposta, tal qual consignado no quinto capítulo, é a de que, no direito brasileiro, sejam considerados *base da confiança* (a) os precedentes oriundos do controle concentrado e difuso de constitucionalidade exercido pelo plenário do STF, (b) os precedentes oriundos do julgamento de recursos extraordinários, especiais e de revista repetitivos, (c) os precedentes oriundos do julgamento de recurso extraordinário ou especial interposto em incidente de resolução de demandas repetitivas, (d) os precedentes resultantes do julgamento de embargos de divergência e de incidentes de assunção de competência nos tribunais superiores, (e) os enunciados de súmula, vinculantes ou persuasivos, do STF e demais tribunais superiores e, ainda, (f) a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores.

Sob esse aspecto, é necessário reconhecer que as modificações na jurisprudência relacionadas aos atos jurisdicionais acima descritos constituem um comportamento estatal apto a frustrar a confiança depositada pelos jurisdicionados na continuidade dos entendimentos consolidados no Poder Judiciário, preenchendo um dos requisitos exigidos pela doutrina para a incidência do princípio da proteção da confiança, qual seja, o comportamento estatal contrário àquele que constitui a base da confiança (*supra*, seção 1.5).¹⁰⁶⁰

6.6. Os requisitos para a modificação na jurisprudência

No direito brasileiro anterior à edição do CPC/2015 não havia, na generalidade dos casos, qualquer requisito específico para que um tribunal alterasse sua jurisprudência consolidada, ponto em relação ao qual ele se afastava de países que, preocupados com a estabilidade da jurisprudência, em especial dos tribunais superiores, introduziram requisitos formais, com o objetivo de tornar mais rigorosas e participativas modificações deste tipo.

Embora, como será objeto de comentário específico, em algumas situações - como a modificação ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante - haja a fixação pelo ordenamento de requisitos formais (como a reserva ao plenário e o quorum qualificado para aprovação da modificação), na generalidade dos casos as modificações na jurisprudência

¹⁰⁶⁰ COSTA, Marília Siqueira da. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. (orgs.). *Novas*

podiam ser operadas sem maiores entraves no direito brasileiro. O CPC/2015, como será objeto de comentário ao final deste capítulo, buscou alterar este quadro e tornar mais rigorosos os requisitos para a modificação na jurisprudência consolidada.

Um dos requisitos formais para tais modificações encontrado no direito comparado é a exigência de que a alteração de jurisprudência consolidada seja realizada por um colegiado amplo no tribunal, não se admitindo que órgãos fracionários de menor expressão possam isoladamente apartar-se do entendimento firmado pelo próprio tribunal. Exigências deste tipo estão presentes, por exemplo, em relação ao Supremo Tribunal de Justiça português, ao Tribunal de Última Instância de Macau e ao Tribunal Constitucional espanhol, consoante disposições de sua legislação processual que serão adiante analisadas (*infra*, seção 7.3.1).

Outro requisito formal encontrado no direito comparado é a exigência de quorum qualificado de deliberação, a fim de que eventual modificação na jurisprudência seja operada.

Novamente se encontra no direito processual civil português exemplo do que se expõe. Além da exigência de que as modificações na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça sejam feitas por um colegiado mais amplo (pleno das seções cíveis), exige-se, para deliberação, que estejam presentes ao menos três quartos dos juízes nelas em exercício.¹⁰⁶¹

A intervenção do Ministério Público é também um requisito formal adotado em alguns sistemas jurídicos, quando do julgamento pode resultar modificação de entendimento jurisprudencial consolidado. Tal intervenção se justifica pela existência de um interesse público na busca de um adequado ponto de equilíbrio entre a necessidade de evolução do direito e de sua interpretação, de um lado, e de preservação da estabilidade e previsibilidade que o sistema jurídico deve proporcionar à sociedade, de outro.

No direito processual civil português é prevista a intervenção do Ministério Público no julgamento da *revista ampliada*, o que ocorre, dentre outras situações, quando o relator ou

tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 393.

¹⁰⁶¹ O artigo 687º, número 4, do CPC/2013 e o artigo 732º-B, número 4, do CPC/61 têm, a respeito, a mesma redação: “O julgamento só se realiza com a presença de, pelo menos, três quartos dos juízes em exercício nas secções cíveis”.

algum outro membro do colegiado, antevê a possibilidade de êxito de tese contrária à jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça.¹⁰⁶²

6.7. Modificações na jurisprudência e argumentação judicial

Considerados os importantes papéis desempenhados pelas decisões judiciais nos sistemas jurídicos contemporâneos, notadamente no que se refere à segurança jurídica e à proteção das expectativas legítimas nelas depositadas pelos jurisdicionados, na medida em que criam *normas de comportamento* adequadas à compreensão do direito vigente, o abandono de entendimentos consolidados não pode ser visto como ocorrência de menor importância, a dispensar especial consideração por parte do órgão julgador no momento da fundamentação da decisão judicial que opera sua modificação.

Os fundamentos dessa assertiva já estavam presentes no pensamento de Chaïm Perelman, que formulou o *princípio da inércia*, segundo o qual uma opinião, norma ou conduta que tenham sido aceitas como verdadeiras ou corretas só podem ser questionadas se houver razões suficientes para tanto.¹⁰⁶³ O *princípio da inércia* milita, assim, em favor da manutenção do entendimento consolidado em precedente ou jurisprudência dos tribunais.¹⁰⁶⁴

Essa *inércia psíquica e social*, que transpõe para as relações humanas a inércia formulada e estudada na física,

permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de

¹⁰⁶² CPC/2013, art. 687º, número 1, e CPC/61, art. 732º-B, número 1, ambos com idêntica redação: “Determinado o julgamento pelas secções reunidas, o processo vai com vista ao Ministério Público, por 10 dias, para emissão de parecer sobre a questão que origina a necessidade de uniformização da jurisprudência.”

¹⁰⁶³ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. (março de 1996), 5ª tir. (abril de 2002). São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 118/124; ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 140; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, pp. 206/207; DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais (...). *Op. cit.*, pp. 385/386.

¹⁰⁶⁴ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação (...)*, p. 248. Com efeito, consoante leciona Perelman, aquilo que em determinado momento foi dito “constitui uma espécie de envolvimento que, sem razão suficiente, não poderia ser desfeito, sob pena de destruir qualquer possibilidade de vida em comum, [de forma que] pode-se presumir, até prova em contrário, que a atitude adotada anteriormente - opinião expressa, conduta preferida - continuará no futuro, seja por desejo de coerência, seja em virtude da força do hábito” (*ibidem*, p. 119).

desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes.¹⁰⁶⁵

Em outras palavras, "assim como é preciso dar a prova da utilidade de mudar um estado de coisas, é preciso dar a prova da oportunidade de mudar de conduta diante de uma situação que se repete".¹⁰⁶⁶

Na síntese de Robert Alexy, o princípio da inércia de Perelman carrega àquele que pretende a mudança o ônus de justificar sua necessidade, na medida em que a manutenção de um entendimento já adotado e reconhecido como correto é um fator de estabilidade que não demanda maior esforço argumentativo. A mudança, esta sim, exige justificação.¹⁰⁶⁷

Justamente por isso, Robert Alexy, considerando adequada a aplicação do princípio da inércia de Perelman relativamente aos precedentes,¹⁰⁶⁸ propôs como uma das regras gerais da argumentação por precedentes que *aquele que quiser se afastar de um precedente assume um encargo de argumentação*.¹⁰⁶⁹ Em outras palavras, o ônus do afastamento de um precedente ou jurisprudência consolidada recai sobre aquele que busca seu afastamento, na medida em que inercialmente a tendência é a manutenção do entendimento até então considerado verdadeiro ou correto. Há, em certo sentido, uma *presunção a favor do precedente*.¹⁰⁷⁰

Não é por outra razão que entre nós tem sido defendido que a superação de um entendimento consolidado é medida que exige cuidadosa reflexão e rigorosa fundamentação, eis que, consoante acentua Marinoni, os jurisdicionados têm "legítima expectativa de que os julgamentos que podem os atingir não variarão sem justificativa plausível".¹⁰⁷¹⁻¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁵ *Ibidem*, p. 120.

¹⁰⁶⁶ *Ibidem*, p. 121.

¹⁰⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica (...)*. *Op. cit.*, p. 140.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*, p. 259.

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, p. 261.

¹⁰⁷⁰ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes (...)*. *Op. cit.*, p. 319. No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier leciona que "no que diz respeito ao discurso jurídico, é relevante que se diga que tem o ônus de justificar aquele que pretende que o precedente não seja seguido, pois o natural é que seja respeitado" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial (...)*. *Op. cit.*, p. 211).

¹⁰⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁷² Na mesma linha anota Luís Roberto Barroso que "quando uma corte de justiça, notadamente o Supremo Tribunal Federal, toma a decisão grave de reverter uma jurisprudência consolidada, não pode nem deve fazê-lo com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ele próprio geradas, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados. Em situações como esta, é a própria credibilidade da mais alta corte que está em questão" (BARROSO, Luís Roberto. *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...)*. *Op. cit.*, p. 272).

É justamente em razão deste compromisso que todos os órgãos estatais, e assim também o Poder Judiciário, têm com a preservação da segurança jurídica e com a proteção da confiança, que se pode afirmar que o tema das modificações na jurisprudência se relaciona de forma indissociável com a teoria da argumentação e a fundamentação das decisões judiciais.

Um Estado que, como o nosso, busca a preservação da segurança jurídica não pode admitir que modificações na jurisprudência ocorram sem uma adequada fundamentação das decisões judiciais que as implementam. Ainda que não houvesse norma legal específica tratando do tema, seria possível extrair tal imperativo do dever geral de fundamentação das decisões judiciais inserto no artigo 93, IX, da Constituição da República.¹⁰⁷³⁻¹⁰⁷⁴

Nesta linha está a lição de José Rogério Cruz e Tucci, segundo o qual

[...] o 'abandono' do precedente, sobretudo no ambiente de uma experiência jurídica dominada pelo *case law*, exige do órgão judicial uma carga de argumentação que supõe não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão, mas, ainda, justificação complementar.¹⁰⁷⁵

Esse é também o pensamento de Valter Shuenquener de Araújo, segundo o qual modificações de posicionamento devem ser *devidamente fundamentadas*, a fim de que seja possível aferir, por meio de uma *fundamentação rigorosa*, a razoabilidade do abandono do entendimento consolidado e até então tido como correto.¹⁰⁷⁶

Além disso, a exigência de uma rigorosa fundamentação nas hipóteses em que se revela necessária uma modificação na jurisprudência constitui importante mecanismo de

¹⁰⁷³ Artigo 93. [...].

IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁰⁷⁴ Esta íntima relação entre a segurança jurídica e uma *adequada justificação e fundamentação* das decisões judiciais é traduzida, com precisão, na ideia de *segurança na aplicação das normas*, na medida em que uma adequada fundamentação das decisões judiciais permite aferir a racionalidade do processo decisório de aplicação do direito positivo (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* (...). *Op. cit.*, p. 148).

¹⁰⁷⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia(...). *Op. cit.*, p. 110.

¹⁰⁷⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, p. 201. Na mesma linha é a lição de Guilherme Camargos Quintela: "[...] onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver justificativa para a mudança de orientação, a ser severamente fundamentada" (QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, p. 242). Também Misabel Derzi leciona que "a alteração de qualquer jurisprudência consolidada demandará a observância de critérios próprios, rigorosos, a saber: (1) dos encargos de argumentação especiais, por força dos quais se introduz

controle da racionalidade da mudança, conferindo-lhe legitimidade, na medida em que esta não se apresenta como um comportamento arbitrário do órgão julgador,¹⁰⁷⁷ *mas como o resultado de um trabalho de conhecimento e reflexão.*¹⁰⁷⁸⁻¹⁰⁷⁹

Não se pode ignorar, ademais, como observa a doutrina, que a qualidade da argumentação judicial e a capacidade do tribunal de comunicá-la à sociedade são fatores ligados não só à legitimidade da decisão, mas também à sua força persuasiva,¹⁰⁸⁰ o que talvez se mostre ainda mais relevante nas hipóteses em que o Judiciário opta por se afastar de um entendimento que até então reputava correto e servia de pauta de conduta social.

Não é suficiente, portanto, que o órgão julgador apresente as razões de seu convencimento, como de ordinário já é feito, por imposição constitucional, sendo necessário que ele fundamente, de forma rigorosa e específica, as razões pelas quais o entendimento jurisprudencial anterior é abandonado.

No direito estrangeiro, a compreensão sobre o tema não se mostra dissonante do quanto foi exposto.

Segundo lição de Eduardo Soderó, o Tribunal Constitucional espanhol já reconheceu, em acórdão proferido no ano de 1979 (Acórdão STC 40/1979), que a modificação de um entendimento jurisdicional consolidado deve ser acompanhada de uma *fundamentación suficiente y razonable*, apta a demonstrar a necessidade da mudança.¹⁰⁸¹

A ilustre professora Paula Costa e Silva, da Universidade de Lisboa, em estudo já referido, ressalta que, embora o Supremo Tribunal de Justiça possa alterar sua jurisprudência, ainda que se trate de jurisprudência uniformizada da Corte (oriunda de julgamento na forma

um tratamento diferenciado para casos e situações iguais; [...]" (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, p. 294).

¹⁰⁷⁷ CELLA, José Renato Gaziero. *Auto-precedente e argumentação racional*. *Op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁷⁸ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 40. Como bem destacou o autor, a fundamentação das decisões judiciais exerce fundamental papel nos Estados democráticos contemporâneos, em especial como instrumento de *contenção do arbítrio do julgador* (*ibidem*, pp. 35/41).

¹⁰⁷⁹ Esta é, como bem observou José Renato Cella, "uma exigência de justiça argumentativa procedimental que se articula juridicamente mediante a proibição de que os órgãos jurisdicionais se afastem injustificada ou irracionalmente de seus próprios critérios anteriores em casos substancialmente iguais" (CELLA, José Renato Gaziero. *Auto-precedente e argumentação racional*. *Op. cit.*, p. 26).

¹⁰⁸⁰ ILIOPOULOU, Anastasia. *Revirement et citoyenneté de l'Union*. *Op. cit.*, p. 168.

¹⁰⁸¹ SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. *Op. cit.*, p. 230.

de revista ampliada, à época regulada pelos artigos 732º-A e 732º-B do CPC/61, mas atualmente tratada, em idênticos termos, nos artigos 686º e 687º do CPC/2013), ao assim proceder, assume “um relevante ônus de argumentação”.¹⁰⁸²

Dessa forma, a doutrina nacional e estrangeira reconhece como uma exigência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança que a superação de um entendimento jurisprudencial consolidado seja objeto de específica justificação na fundamentação da decisão judicial.

Alinhando-se a esta tendência presente na doutrina estrangeira e nacional, o CPC/2015 incorporou essa exigência como um dos requisitos para a modificação na jurisprudência.

Com efeito, já no anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas instituída por meio do Ato nº 379/2009,¹⁰⁸³ editado pelo então Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, constava a exigência de fundamentação adequada e específica como requisito à realização de uma mudança jurisprudencial, conforme disposto em seu artigo 847:¹⁰⁸⁴

Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

[...]

§1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

A redação proposta pela Comissão de Juristas para o dispositivo em questão restou inalterada no Substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, ao final aprovado pelo Senado Federal na primeira etapa de tramitação do projeto,¹⁰⁸⁵ o qual previu em seu artigo 882, §1º, o requisito nos mesmos termos,¹⁰⁸⁶ cuja essência foi mantida no artigo 521, §11,¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸² SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza (...). *Op. cit.*, p. 422.

¹⁰⁸³ Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATO%20DO%20PRESIDENTE%20N%20379.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2014. A comissão em questão foi presidida pelo Professor Luiz Fux, à época Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e teve como relatora a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.

¹⁰⁸⁴ Texto integral do anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

¹⁰⁸⁵ Texto integral do Relatório Final e do Substitutivo apresentado pelo relator-geral do projeto, Senador Valter Pereira disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

¹⁰⁸⁶ §1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

do substitutivo proposto pela Câmara dos Deputados e que veio, ao final, após o retorno ao Senado, a se consolidar na redação final do artigo 927, §4º do novo Código:

[...]

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

Dessarte, desde a aprovação do CPC/2015, o direito brasileiro conta com regra legal expressa a exigir dos órgãos jurisdicionais a específica e rigorosa fundamentação das razões pelas quais se operou a modificação na jurisprudência, não sendo mais admissível, como por vezes se observa, o abandono de entendimentos jurisprudenciais há muito consolidados, sem que maior atenção seja dada à adequada fundamentação da mudança de orientação, como se a mesma nenhuma repercussão social ostentasse.

6.8. Os fenômenos do *overruling* e do *overriding* nos países da família do *common law* e do *revirement* nos países da família do *civil law*

Nos países da família do *common law*, embora prevaleça a tradição de vinculação aos precedentes (*stare decisis*), reconhece-se às Cortes o poder de modificá-los, fenômeno conhecido por *overruling*¹⁰⁸⁸ ou *superação*, ressaltando-se, desde logo, que estanho é ocorrência habitual, pois os tribunais, sobretudo na Inglaterra, são cautelosos na superação de seus precedentes, a fim de que a prática não abale a estabilidade buscada pelo sistema.

Assim, é equivocado supor que um sistema baseado em precedentes vinculantes seja necessariamente estático ou petrificado. O *respeito aos precedentes não implica sua imutabilidade*.¹⁰⁸⁹ Ao contrário, embora a observância dos precedentes seja uma imposição do

¹⁰⁸⁷ §11 A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia

¹⁰⁸⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia (...). *Op. cit.*, p. 107.

¹⁰⁸⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 225.

stare decisis, os sistemas jurídicos de *common law* desenvolveram técnicas que lhes conferem flexibilidade,¹⁰⁹⁰ sendo a possibilidade de *superação* um de seus mais destacados exemplos.

Como já observado, na Inglaterra, berço do *common law*, a *House of Lords*¹⁰⁹¹ inicialmente entendia, consoante doutrina estabelecida nos casos *Beamish v. Beamish* (1861), *Bradford v. Pickles* (1895) e *London Tramways Company v. London County Council* (1898), estar absolutamente vinculada aos próprios precedentes, não sendo possível sua revogação, ainda que concluísse que os mesmos estariam equivocados.

Tal posicionamento foi alterado em 1966, com o *Practice Statement*, documento declaratório da *House of Lords*, por meio do qual ela abandonou o modelo mais rígido de vinculação até então adotado, para, a partir de então, admitir a *superação* (*overruling*) ou afastamento de seus próprios precedentes, *sempre que lhe parecer correto fazê-lo*.

Essa mudança na compreensão da regra do *stare decisis* pela *House of Lords*, contudo, não significa que esta tenha desconsiderado a relevância da observância dos precedentes *como regra*, tanto que a doutrina inglesa e os comparatistas observam que a prática do *overruling*, na jurisprudência da *House of Lords*, embora admitida, não é ocorrência frequente. Sobre o ponto, Cross e Harris informam que desde 1966 a *House of Lords* teria praticado o *overruling* de suas decisões de forma inequívoca em apenas oito oportunidades.¹⁰⁹²

Como ressaltam Cross e Harris, o *Practice Statement* não configurou uma ampla autorização para *superação* de precedentes, na medida em que o próprio documento declaratório estabelece que a *House of Lords* deveria tratar suas antigas decisões como *normalmente vinculantes* (*normally binding*), justificando-se o afastamento do precedente apenas nas situações em que sua aplicação conduzir a uma *injustiça em um caso particular*

¹⁰⁹⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 88.

¹⁰⁹¹ Desde a Reforma Constitucional de 2005, a *House of Lords* foi substituída pela Suprema Corte do Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*).

¹⁰⁹² Os autores fazem uma breve síntese dos casos em que entendem haver ocorrido o *overruling* e advertem que há alguma oscilação na doutrina inglesa acerca de outros casos em que a *House of Lords* teria exercitado o poder de rever suas próprias decisões, nos termos do *Practice Statement* (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. *Op. cit.*, pp. 135/136).

("injustice in a particular case") e, ainda, *restringir indevidamente o adequado desenvolvimento do direito* ("unduly restrict the proper development of the law").¹⁰⁹³

Diferente é o cenário nos Estados Unidos, na medida em que neste país a regra do *stare decisis* nunca foi compreendida numa versão tão rígida quanto a que prevaleceu na Inglaterra por praticamente um século. Ao contrário, nos Estados Unidos a Suprema Corte sempre entendeu estar autorizada a rever seus próprios precedentes,¹⁰⁹⁴ bem como exerce esta prerrogativa de forma bem mais frequente do que a verificada no direito inglês.¹⁰⁹⁵⁻¹⁰⁹⁶

No tocante aos efeitos temporais dessas mudanças de orientação jurisprudencial (*overruling*), a regra é a retroatividade, ou seja, o novo entendimento é aplicado não só a situações que se constituírem no futuro, mas também àquelas ocorridas em momento anterior ao da prolação da decisão,¹⁰⁹⁷⁻¹⁰⁹⁸ embora técnicas tenham sido desenvolvidas no *common law* - em especial nos Estados Unidos - para, em determinadas situações, proteger a confiança depositada no precedente revogado, o que será objeto de análise no capítulo seguinte.

Particular modalidade de *overruling* é a técnica denominada *overriding*, ou superação parcial do precedente.¹⁰⁹⁹ No *overruling* há uma revogação total do precedente, cuja *ratio decidendi* é abandonada, ao passo que no *overriding* há simplesmente uma limitação de sua incidência a determinadas situações que, em princípio, estariam por ele alcançadas.

Embora ordinariamente caracterizada como uma *revogação parcial* do precedente, consoante leciona Luiz Guilherme Marinoni, no *overriding* rigorosamente não há uma revogação, sequer parcial; há, isto sim, uma limitação de sua incidência, ante a realização de

¹⁰⁹³ *Ibidem*, pp. 136/137.

¹⁰⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 389.

¹⁰⁹⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁹⁶ Thomas da Rosa de Bustamante refere estudo realizado nos Estados Unidos, por meio do qual se identificou que entre os anos de 1946 e 1992, a Suprema Corte nos Estados Unidos realizou 154 modificações em sua jurisprudência, resultando numa média de três decisões alteradoras de jurisprudência por ano (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, p. 392).

¹⁰⁹⁷ Conforme ressalta Marinoni, "aceita-se naturalmente a ideia de que a decisão deve retroagir para apanhar as situações que lhe são anteriores" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 419).

¹⁰⁹⁸ A retroatividade da decisão que veicula o novo entendimento é diferenciada pela doutrina em duas espécies, uma *retroatividade limitada (limited retroaction)* e uma *retroatividade plena (full retroaction)*, diferenciando-se ambas pela circunstância de a última ser mais extensa, alcançando inclusive os casos objeto de decisão judicial transitada em julgado. Para uma abordagem dessa subdivisão da retroatividade cf. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. *Op. cit.*, pp. 157/161 e, ainda, ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito (...)*. *Op. cit.*, pp. 164/169.

distinções consistentes entre o precedente e o caso sob julgamento, sendo técnica que se aproxima, sob tal aspecto, do *distinguishing*,¹¹⁰⁰ objeto de análise na seção subsequente.

Nos países ligados à tradição romano-germânica ou de *civil law*, em que ordinariamente não há uma obrigatoriedade de observância dos precedentes, salvo algumas exceções, como de ordinário ocorre na jurisdição constitucional (assim, por exemplo, na Alemanha), a ocorrência de modificações na jurisprudência é fenômeno também presente, recebendo em doutrina muitas vezes a denominação francesa de *revirement*.¹¹⁰¹

Assim, por exemplo, na Alemanha o fenômeno é reconhecido, apesar de pouco frequente, dada a forte cultura existente no país de respeito a precedentes, consoante anteriormente referido (*supra*, seção 3.2.3). Em períodos mais recentes, contudo, a doutrina vem apontando seu incremento "provavelmente devido ao envelhecimento das decisões, à modificação nas circunstâncias e a uma alteração na compreensão da Constituição".¹¹⁰²

Na França, embora as modificações na jurisprudência, por razões principalmente de ordem cultural, ordinariamente ocorram de forma implícita,¹¹⁰³ o fenômeno também já foi identificado e vem despertando a atenção da doutrina e da comunidade jurídica, resultando até mesmo na elaboração de estudo específico por grupo de trabalho constituído pela Corte de Cassação, referido anteriormente. É cenário semelhante ao relatado por Michele Taruffo e Massimo La Torre no direito italiano.¹¹⁰⁴

Também na Espanha o fenômeno foi identificado pela doutrina, segundo a qual as modificações na jurisprudência, inclusive em relação aos precedentes considerados vinculantes (como os do Tribunal Constitucional), são ordinariamente implícitas, sem expressa

¹⁰⁹⁹ Segundo Francisco Rosito, a técnica do *overriding* é também conhecida por *modifying* (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais (...)*. *Op. cit.*, pp. 303/304).

¹¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 346.

¹¹⁰¹ É, por exemplo, o título do relatório elaborado pelo grupo de trabalho coordenado por Molfessis a pedido da Corte de Cassação francesa (MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence (...)*. *Op. cit.*). Na doutrina italiana o termo é referido por Giovanni Verde (VERDE, Giovanni. *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*. In: *Rivista di diritto processuale*. vol. LXVII (II Serie). Anno 2012. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM, gennaio-febbraio 2012, p. 6).

¹¹⁰² ALEXY, Robert; DREIER, Ralph. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. *Op. cit.*, p. 56.

¹¹⁰³ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. *Op. cit.*, p. 133.

¹¹⁰⁴ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. *Op. cit.*, pp. 177/178.

referência às modificações e sem uma específica justificação, caracterizando-se quase como um *abandono* do precedente ou de uma linha de precedentes.¹¹⁰⁵

Em síntese, o fenômeno das modificações na jurisprudência (*revirement*) está presente também nos países de tradição romano-germânica, até porque o fenômeno, como bem acentuou Giovanni Verde, *é encontrado em todos os ordenamentos*, nas mais variadas áreas do direito (processual, penal, civil, dentre outras).¹¹⁰⁶

6.9. A técnica do *distinguishing* ou distinção

A resolução de um caso a partir da aplicação da solução encontrada em um precedente envolve, necessariamente, a comparação entre o caso sob julgamento e o caso paradigma, mediante confrontação de seus elementos fáticos, de modo a se aferir sua similaridade. A técnica de julgamento mediante utilização de precedentes desenvolve-se, em grande medida, por esta atividade comparativa, exercida pelo órgão jurisdicional que decidirá pela aplicação ou não do precedente ao novo caso sob julgamento.¹¹⁰⁷

Em outras palavras, o julgador demonstrará a similaridade entre os casos, dando àquele sob julgamento a mesma solução encontrada no precedente. De outra parte, não havendo, em algum aspecto relevante, uma similaridade fática, o julgador demonstrará a diferença entre os mesmos, de modo a afastar a incidência do precedente, atividade denominada *distinguishing*, distinção ou, como preferem alguns autores, confronto.¹¹⁰⁸

O *distinguishing* pode, assim, ser observado sob duas diferentes perspectivas, uma dinâmica, enquanto atividade ou técnica de operação com precedentes, e outra estática, enquanto resultado da atividade de confrontação de casos. Sob a primeira perspectiva, o *distinguishing* é uma técnica de confrontação entre os fatos materiais ou substanciais de cada um dos casos, podendo ser qualificada como uma *distinção-processo* ou *distinção-método*, de forma a diferenciá-la do *distinguishing* sob a perspectiva estática, em que se descreve o

¹¹⁰⁵ RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, pp. 285/286.

¹¹⁰⁶ VERDE, Giovanni. Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole. *Op. cit.*, p. 6.

¹¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 325.

resultado da atividade de confrontação, com a conclusão de que os casos confrontados são diversos e merecem, desta forma, uma solução igualmente diversa. Neste último caso tem-se uma *distinção-resultado*, ou uma conclusão pela diversidade dos casos analisados.¹¹⁰⁹

A técnica se desenvolveu no direito inglês, permitindo que este, em especial no período de maior rigidez da regra do *stare decisis* (entre a decisão de *Beamish v. Beamish* em 1861 e o *Practice Statement* de 1966), tivesse alguma plasticidade, possibilitando a sua evolução e permanente construção, apesar da regra de vinculação a precedentes.¹¹¹⁰

Exatamente por isso, Eduardo Couture, em clássica lição, ao se referir ao *common law* inglês, e apesar de fazê-lo no momento de maior rigidez da regra do *stare decisis*, descreve um sistema jurídico de amplo dinamismo, não um *direito cristalizado*, mas um *direito vivo*, em constante transformação e capaz de se adaptar às novas necessidades sociais.¹¹¹¹

O *distinguishing*, portanto, é uma atividade que não se confunde com o *overruling* ou com o *overriding*, na medida em que nestas técnicas o julgador reconhece a similaridade entre o caso sob julgamento e o precedente, negando àquele a mesma solução, ao fundamento de que a *ratio decidendi* extraída do precedente não pode mais ser sustentada. No *distinguishing*, ao contrário, a *ratio decidendi* do precedente permanece intacta, eis que seu afastamento não decorre de um defeito nele encontrado ou de sua eventual obsolescência, mas da constatação de que o caso sob julgamento é diferente daquele que deu origem ao precedente.¹¹¹²⁻¹¹¹³

¹¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 325.

¹¹⁰⁹ Para uma abordagem do *distinguishing* sob esta dupla perspectiva cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 356.

¹¹¹⁰ Como ressaltou René David, "a técnica das distinções é, no direito inglês, direito jurisprudencial, a técnica fundamental. É por ela que o direito inglês evolui, apesar da regra do precedente que, tal como é formulada hoje em dia, parece lhe conferir uma extrema rigidez". (DAVID, René. *O direito inglês. Op. cit.*, p. 14).

¹¹¹¹ Segundo Couture, o direito inglês "no es una forma de derecho cristalizado, ya realizado de antemano, sino un derecho vivo en forma inorgánica, casi diríamos protoplasmática, que cambia momento a momento al compás de las necesidades y que fluye con la misma naturalidad que la vida por entre los hombres y las cosas" (COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho processal civil. Op. cit.*, pp. 159/160). Em outra importante passagem, resalta que "el mismo sistema anglosajón del 'leading case' ha logrado mantener su fecundidad creadora mediante las diferencias o distinciones entre un caso y otro, verdadera válvula reguladora del régimen" (*Ibidem*, p. 106).

¹¹¹² Como bem ressaltou Caio Márcio Gutterres Taranto, "no método da distinção, o magistrado não defende que o precedente paradigma é inconstitucional ou equivocado, bem como que o mesmo foi revogado, cancelado ou em situação de desuso. Tampouco sustentará que deixará de aplicá-lo por discordar das razões do Tribunal. Assim, a distinção consubstancia a técnica mediante a qual o magistrado conclui tratar-se de hipótese diversa de aplicação do direito objetivo" (TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial (...). Op. cit.*, p. 281).

¹¹¹³ Não obstante, como leciona Marinoni, "[...] a não aplicação de precedente, especialmente quando rotineira, pode revelar que o seu conteúdo não está sendo aceito na comunidade jurídica e nos tribunais. O precedente perde naturalmente a sua autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished*. Quer dizer que a

Servindo-se da terminologia empregada por Klaus Günther, referida por Thomas da Rosa de Bustamante, pode-se afirmar que as técnicas do *overruling* e do *overriding* operam no plano do *discurso de justificação* da regra judicial, na medida em que buscam demonstrar que, no todo ou em parte, a regra judicial anteriormente estabelecida não é mais válida, ao passo que a técnica do *distinguishing* opera no plano do *discurso de aplicação*, eis que não busca infirmar a regra judicial estabelecida no precedente, mas apenas demonstrar que esta não é aplicável ao caso subsequente, na medida em que ambos são diversos.¹¹¹⁴

Em outras palavras, ao passo que no *overruling* e no *overriding* o resultado do novo julgamento é sempre incompatível, no todo ou em parte, com o julgamento adotado no precedente, no *distinguishing* ambos os julgamentos (o do precedente e o do caso subsequente) são plenamente compatíveis, na medida em que o segundo julgador demonstra que o caso novo, em razão de elementos relevantes neste presentes e ausentes no precedente, é distinto e, portanto, deve receber diversa solução.¹¹¹⁵

É exatamente esta diferença fundamental entre os institutos que autoriza a realização do *distinguishing* por qualquer órgão jurisdicional, independentemente de sua posição hierárquica relativamente ao órgão prolator da decisão considerada precedente. Nada impede, por exemplo, que um juiz de primeiro grau, no julgamento de um caso, empregue a técnica da distinção para afastar a incidência de um precedente do STF, demonstrando que há entre os casos diferenças significativas que tornam o precedente inaplicável.¹¹¹⁶

O mesmo não se dá com o *overruling* ou com o *overriding*, que só podem ser realizados pelo próprio tribunal em que formou o precedente que se pretende superar, ao entendimento de que o mesmo não é mais sustentável.¹¹¹⁷

De outra parte, como ressalta Marinoni, o *distinguishing* não é uma autorização ampla para que o julgador desconsidere precedentes, eis que sobre ele recai o ônus argumentativo de

distinção, por si só, não revela a fragilidade do precedente, embora o excesso de distinções possa ser sinal de enfraquecimento da sua autoridade” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 327).

¹¹¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, p. 388.

¹¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 381.

¹¹¹⁶ PEIXOTO, Ravi. A técnica da distinção (*distinguishing*) e o CPC/2015. In: ALVIM, Thereza Arruda et al. (coords.). *O novo código de processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 646.

¹¹¹⁷ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015 (...). *Op. cit.*, p. 313. No mesmo sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 351.

demonstrar a existência de diferenças fáticas relevantes entre ambos os casos, e não apenas circunstâncias menores e não fundamentais, incapazes de conduzir a uma solução diversa.¹¹¹⁸

Além disso, a técnica do *distinguishing* é uma importante ferramenta por meio da qual as cortes promovem o desenvolvimento do direito, *refinando a regra estabelecida no precedente*¹¹¹⁹ e conferindo-lhe nuances aptas a regular de forma mais adequada situações com novos ou diferentes contornos fáticos, dando ensejo ao surgimento de novos precedentes, cada vez mais específicos e apropriados a cada caso.¹¹²⁰

A técnica do *distinguishing* já vem sendo aplicada também na prática judiciária brasileira. Como relata Fábio Victor da Fonte Monnerat,¹¹²¹ o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão do Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de presidente daquela Corte, já fez referência expressa à técnica do *distinguishing*, para afastar a incidência do enunciado nº 266 de sua súmula, que veda a impetração de mandado de segurança contra lei em tese, para afirmar que a súmula não alcançaria as situações em que impugnadas leis "das quais decorrem efeitos diretos e imediatos para as diversas posições jurídicas".¹¹²²

Também no STJ o emprego da técnica não é desconhecido. A título exemplificativo, o STJ assentou em sua jurisprudência mais recente que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso especial, não havendo, portanto, de se conhecer o *writ* nesses casos.¹¹²³ Não obstante, ao apreciar o HC 267.205/SC,¹¹²⁴ o STJ entendeu que seria necessário fazer uma distinção quanto às situações em que "constatada a existência de ilegalidade flagrante", nas quais seria possível, apesar do não conhecimento do *habeas corpus*, a concessão da ordem de ofício, a fim de se afastar a ilegalidade.

Ao que nos parece, a técnica do *distinguishing* se reveste de fundamental importância não só nos países de *common law*, mas também nos de *civil law*, onde se verifica uma

¹¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 326.

¹¹¹⁹ SUMMERS, Robert Samuel. *Precedent in the United States (New York State)*. *Op. cit.*, p. 391.

¹¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Op. cit.*, pp. 138/139.

¹¹²¹ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *A jurisprudência uniformizada (...)*. *Op. cit.*, pp. 426/427.

¹¹²² STF. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 26325. Decisão do Presidente Min. Gilmar Mendes. DJ-23 03/03/2009. Além da decisão referida por Fábio Monnerat, vários outros julgamentos no STF já fizeram uso da técnica da distinção ou sobre ela debateram, do que são exemplos: STF. Pleno. AP 634-QO/DF. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 06/02/2014. DJe-213 divulg. 29.10.2014, public. 30/10/2014 e STF. Pleno. HC 85.185/SP. Rel. Min. Cezar Peluso. j. 10/08/2005. DJ 01.09.2006, p. 18.

¹¹²³ Dentre outros: STJ. 5ª Turma. HC 284.176/RJ. Rel. Min. Laurita Vaz. j. 26/08/2014. DJe 02/09/2014.

¹¹²⁴ STJ. 6ª Turma. HC 267.205/SC. Rel. Min. Og Fernandes. j. 21/05/2013. DJe 31/05/2013.

crecente valorização das decisões judiciais, inclusive com ampliação das hipóteses de vinculação, como vem ocorrendo no direito brasileiro, sobretudo com a edição do CPC/2015.

O CPC/2015, atento a esta circunstância, incorporou expressamente a técnica do *distinguishing* ou do confronto em diversos de seus dispositivos.

Assim, por exemplo, ao tratar da fundamentação das decisões judiciais, o CPC/2015, no inciso VI do §1º do artigo 489, dispôs considerar-se não fundamentada qualquer decisão judicial que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento" (grifo nosso). Exige o dispositivo legal, portanto, que a recusa na aplicação do julgado paradigma ou do enunciado de súmula tenha por fundamento a demonstração da superação do entendimento ou, ainda, de que os casos confrontados não são semelhantes.

Além dessa disposição geral, o CPC/2015 acolhe ainda a técnica ao tratar dos recursos extraordinários e especiais, tanto nas disposições gerais acerca desses recursos (artigo 1.029, §2º), quanto ao regular especificamente os recursos repetitivos (artigo 1.037, §§9º e ss.).

Com efeito, no artigo 1.029, §§1º e 2º,¹¹²⁵ o novo Código trata dos recursos fundados em dissídio jurisprudencial e neste último parágrafo dispõe que "é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção" (grifo nosso). Vale dizer, a decisão que entende pelo descabimento do recurso deve demonstrar, na sua fundamentação, que o caso sob julgamento é diverso, em seus aspectos fáticos, do caso paradigma. Deve, portanto, o julgador se servir da técnica da *distinção* para demonstrar que não deve ser admitido o recurso.

Já ao tratar dos recursos repetitivos, dispõe o novo Código, no §9º do artigo 1.037, que a suspensão dos recursos na origem, até o julgamento dos casos paradigmas pelo STF ou STJ,

¹¹²⁵ Art. 1.029. [...]

§1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

§2º Quando o recurso estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.

pode ser afastada nas hipóteses em que o recorrente demonstrar "distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado".

A expressa incorporação da técnica da *distinção* pelo CPC/2015 é medida salutar, que enriquece o direito jurisprudencial brasileiro, sendo importante ressaltar que o emprego da técnica não está restrito aos recursos especial e extraordinário, sendo praticamente indissociável da operação com precedentes, em todas as instâncias do Judiciário.

Qualquer juiz, chamado a decidir acerca da incidência de um precedente, linha jurisprudencial ou enunciado de súmula em um caso sob julgamento deverá, até mesmo como um dever de motivação decorrente da Constituição e expressamente formalizado no artigo 489 do novo Código, demonstrar que o ato jurisdicional invocado como paradigma tem ou não similaridade com o novo caso, confrontando seus aspectos fáticos essenciais.

6.10. A técnica da *transformation* ou transformação

Além do *overruling*, técnica em que se tem o abandono do precedente, que é substituído por um novo entendimento, ou, ainda, da técnica do *distinguishing*, consistente na identificação de diferenças relevantes entre o precedente e o caso sob julgamento, a justificar que a este não se aplique a solução naquele encontrada, merece referência a técnica denominada *transformation* ou *transformação*, desenvolvida pelas cortes norte-americanas.

Na *transformação* não há uma expressa ou implícita modificação no entendimento jurisprudencial. Ao contrário, por meio dela a corte imprime uma nova leitura à sua jurisprudência, que altera o seu valor e a compreensão até então adotada. Justamente por não assumir que nela se empreende uma *modificação* no entendimento anterior, a técnica é compreendida - e assim denominada - como uma *transformação* do precedente.

Utilizando-se da *transformação*, o tribunal invoca e aplica o precedente existente sobre a questão deduzida em juízo, mas assim o faz com uma visão diversa daquela originalmente adotada pela corte onde se formou o precedente, dando um novo significado ao seu conteúdo, o que por via oblíqua caracteriza um abandono da sua *ratio decidendi*.

A *transformação* constitui verdadeira *reformulação* da *ratio decidendi* do precedente invocado e supostamente aplicado no caso posterior. Há uma superação não assumida do precedente. Como bem afirmou Lucas Buril de Macêdo, "supera-se a norma do precedente a pretexto de utilizá-la".¹¹²⁶ Não é exatamente uma superação implícita, mas sim uma superação não admitida, disfarçada, na medida em que o precedente superado é, em verdade, invocado no caso subsequente e a decisão deste afirma estar dando a ele aplicação, quando em verdade está dele se afastando, por meio de uma *reconstrução radical* de sua *ratio decidendi*.¹¹²⁷

A técnica da *transformação* é objeto de críticas, por acarretar um abandono disfarçado do precedente. A superação do precedente, na prática, ocorre, mas é negada, disfarçada, o que acarreta insegurança acerca de sua efetiva ocorrência, na medida em que jurisdicionados e mesmo os juízes podem ter dificuldades em identificar se o precedente foi ou não superado, criando-se um ambiente de incerteza acerca do direito vigente.¹¹²⁸

A doutrina que analisa as modificações na jurisprudência da CJUE também identificou o fenômeno no âmbito dessa Corte, embora sem lhe conferir idêntica denominação, mas igualmente criticando-o. Laurent Coutron, a partir da análise de julgados da Corte, observou que em alguns casos esta, embora negando a realização de qualquer modificação em sua jurisprudência, imprimiu uma *releitura contestável* de sua própria jurisprudência, realizando uma *perniciosa mudança* por razões que escapam à compreensão. Há, nas palavras do autor, uma tentativa da Corte de *dissimular* ou *camuflar* a modificação em sua jurisprudência.¹¹²⁹

Observa-se que há também aqui a utilização de uma técnica da *transformação*, pois a Corte não assume a realização da modificação na jurisprudência, mas tenta dissimular sua ocorrência ao imprimir à sua jurisprudência anterior uma leitura e um valor diverso daquele que até então aceito, *transformando* seu significado, de forma a dar a entender que a nova decisão não se afasta do entendimento anterior, mas ao contrário o observa.

No direito brasileiro, parece-nos que o regramento trazido pelo CPC/2015 não se harmoniza com a técnica da *transformação*. Primeiramente, o novo Código deu particular

¹¹²⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Op. cit., p. 369.

¹¹²⁷ *Ibidem*, pp. 369/370.

¹¹²⁸ *Ibidem*, p. 370. No mesmo sentido: PORTES, Maíra. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 119.

importância ao contraditório e ao diálogo processual, que seriam de certa forma vulnerados se ao juiz fosse permitido *distorcer* o conteúdo dos precedentes para, a pretexto de lhes dar aplicação, deles se radicalmente se afastar.

Além disso, como já referido, as *modificações na jurisprudência*, no regime do CPC/2015, devem ser acompanhadas de fundamentação rigorosa e específica, carreando-se ao julgador o ônus argumentativo de demonstrar a superioridade do novo entendimento. Uma técnica que, como a *transformação*, permite ao julgador superar um entendimento de maneira *disfarçada* não parece em nenhuma medida compatível com essa exigência; ao contrário, é uma maneira de deixá-la de lado, descumprindo-a. Nega-se a superação do entendimento consolidado e, com isso, exime-se do ônus argumentativo dela decorrente.

6.11. A técnica de elaboração de distinções inconsistentes

Como observa a doutrina, dois casos nunca são exatamente iguais, na medida em que sempre existirá alguma variação entre os fatos de cada um deles, no tempo, no espaço ou quanto à dinâmica de seu desenvolvimento. Casos podem ser eventualmente *semelhantes*, mas nunca exatamente *iguais*, do contrário estaria caracterizado o fenômeno da *litispêndência*.¹¹³⁰

A operação com precedentes tem, portanto, como um de seus problemas centrais, a determinação da medida em que *a divergência é relevante, importante ou essencial*,¹¹³¹ a

¹¹²⁹ COUTRON, Laurent. L'identification du revirement (...). *Op. cit.*, pp. 70/71.

¹¹³⁰ Mark Tushnet com muita propriedade demonstra como sempre existem variações fáticas, ainda que mínimas, entre dois casos: "Como algo próprio da ciência jurídica e da função jurisdicional, diferenciações são sempre possíveis. O caso primeiro poderia envolver uma pessoa postulando um benefício social por ser portadora de uma doença que poderia ser tratada e mitigada se recebesse uma medicação específica; o caso subsequente poderia envolver uma pessoa portadora de uma doença diferente, mas igualmente grave, que seria mitigada de forma menos eficaz se recebesse uma medicação diferente. A eficácia distinta de uma e outra medicação no propósito de aliviar os efeitos das doenças, ou, então, a diferença de custos entre uma e outra, é capaz de ensejar motivo para a diferenciação no exame dos dois casos. Ou, num primeiro caso um acidente automobilístico comum acontece num determinado cruzamento, enquanto que no segundo caso o acidente ocorre num cruzamento diferente. O julgador, ao atribuir a responsabilidade civil pelo acidente a uma das partes litigantes do primeiro caso poderá criar uma norma de decisão que, nos seus termos, não chega a referir às condições do cruzamento daquele caso. Mas, o julgador do segundo caso, no âmbito do sistema de precedentes dos EUA, pode argumentar que aquela primeira decisão foi construída com implícita consideração das condições daquele primeiro cruzamento. Assim, aquela norma de decisão, dirá o julgador do segundo caso, não se aplica ao seu caso porque as condições do segundo cruzamento eram diferentes" (TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Op. cit.*, p. 107).

¹¹³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A semelhança no dissídio jurisprudencial (...). *Op. cit.*, pp. 137/138. Em sentido similar: LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. *A decisão judicial como centro de gravidade (...)*. *Op. cit.*, p. 127.

ponto de justificar que o caso novo receba solução diversa da encontrada no precedente. É exatamente nesse contexto que se insere a *técnica de elaboração de distinções inconsistentes*.

Na técnica de elaboração de distinções inconsistentes, a corte subsequente constata que o precedente aplicável não mais se revela apropriado, mas opta por não realizar a *superação (overruling)*, mantendo-o intacto. Dessa forma, ao invés de revogá-lo, estabelece uma distinção lastreada em aspectos não essenciais,¹¹³² uma "diferenciação não plausível" entre o precedente e o caso subsequente, restando o primeiro *indevidamente excepcionado*.¹¹³³

É técnica diversa do *distinguishing*, porque neste o afastamento do precedente se dá em razão da demonstração da existência de divergências em aspectos fáticos relevantes, a exigir que ao caso subsequente seja dada solução diversa daquela apontada pelo precedente.

Ao traçar uma *distinção inconsistente*, as cortes, como leciona Robert Summers, exercem de maneira excessiva seu poder de estabelecer distinções entre casos, criando diferenciações irrealis que, na prática, erodem o precedente sem expressamente revogá-lo. As distinções podem aparentar plausibilidade, mas são substancialmente inconsistentes, na medida em que lastreadas em aspectos não essenciais,¹¹³⁴ que rigorosamente tomados não seriam capazes de dar suporte a uma solução diversa daquela contida no precedente.

Nos Estados Unidos, a técnica de elaboração de *distinções inconsistentes* tem sido empregada não apenas pela corte com poderes para praticar o *overruling*, com o objetivo de manter aparentemente intacto o precedente, mas também dela têm se servido as cortes inferiores, como forma de rejeitar a aplicação de um precedente que reputam inadequado.

Com efeito, a formulação de distinções inconsistentes é técnica por vezes empregada por órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior, que, deparando-se com um precedente que consideram equivocado ou injusto (*bad law*), mas não tendo poder para superá-lo, já que o *overruling* só pode ser realizado pelo próprio órgão prolator da decisão anterior, acabam por *forçar o reconhecimento de uma distinção* que, rigorosamente, não seria relevante, apenas com o objetivo de afastar a incidência do precedente. Não deixa de ser, sob tal aspecto, uma

¹¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. *Op. cit.*, p. 176.

¹¹³³ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. *Op. cit.*, pp. 366/367.

¹¹³⁴ SUMMERS, Robert Samuel. *Precedent in the United States (New York State)*. *Op. cit.*, p. 392.

forma disfarçada de as cortes inferiores negarem aplicação a precedentes de cortes superiores com os quais não concordam, sendo por isso mesmo sujeita a severas críticas na doutrina.¹¹³⁵

Há, no emprego dessa técnica, uma *excessiva particularização* dos casos em confronto, atribuindo-se valor a variações fáticas que deveriam ser consideradas, em rigor, juridicamente irrelevantes, na medida em que não seriam aptas a fundamentar um tratamento diferenciado do caso subsequente, relativamente à solução encontrada no precedente.¹¹³⁶

As razões pelas quais um tribunal realiza uma distinção inconsistente são bem descritas por Patrícia Perrone Campos Mello:¹¹³⁷

A distinção inconsistente pode ter, contudo, uma função importante no desenvolvimento do direito. Ela pode representar a insubordinação das cortes vinculadas a precedentes errados, injustos ou obsoletos. Como estas cortes não têm poder para revogar tais julgados, elas se recusam a aplicá-los, a pretexto de estarem efetuando uma diferenciação entre casos, e provocam uma nova reflexão dos tribunais superiores, através do recurso das partes. Ela pode expressar também a resistência da própria corte vinculante a aplicar suas decisões.

Isso porque é possível que o próprio órgão que produziu o julgado divirja de seu entendimento anterior, mas não seja capaz, em dado momento, de mensurar o impacto que sua revogação produziria, ou não tenha chegado a uma conclusão sobre o tratamento mais adequado a ser conferido à matéria, ou, ainda, entenda que tal revogação surpreenderia a comunidade jurídica e teria reflexos muito graves sobre a segurança jurídica e a confiança dos jurisdicionados. Nestas hipóteses, de hesitação do tribunal, a superação do precedente pode começar por sua *erosão*, através de distinções inconsistentes, casuísticas, que vão rompendo as resistências na corte superior, experimentando os efeitos de um novo entendimento sobre o tema e, ao mesmo tempo, sinalizando para a comunidade como um todo que a antiga abordagem já não é mais pacífica ou segura.

De fato, assiste razão à autora, na medida em que a prática de *distinções inconsistentes* aponta para uma insatisfação do tribunal com relação à solução dada no precedente, sem que, contudo, haja uma segura decisão no sentido de sua *superação (overruling)*, razão pela qual, não sendo possível encontrar pontos distintivos relevantes no caso subsequente, opta-se por uma distinção com base em aspectos secundários ou juridicamente irrelevantes, preservando-se, assim, ao menos temporariamente, o precedente, a fim de que se possa aprofundar a reflexão acerca da necessidade de sua superação.

¹¹³⁵ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015 (...). *Op. cit.*, p. 313. No mesmo sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 361 e 367/368, segundo o qual não é possível estabelecer a premissa de que a realização de distinção inconsistentes sempre tenha por objetivo afastar um precedente que se considera incorreto ou injusto, sendo possível sua utilização para mascarar eventual quebra de imparcialidade ou mesmo simples arbitrariedade do julgador subsequente.

¹¹³⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito (...)*. *Op. cit.*, p. 207.

A adoção da técnica no direito brasileiro não nos parece medida que contribua para o desenvolvimento de nosso ainda nascente sistema de precedentes. Quando empregada pelos tribunais com poder para realizar a modificação na jurisprudência, acaba por dificultar a compreensão, tanto pelas instâncias inferiores, quanto pelos jurisdicionados, acerca de quais comportamentos são conformes ao direito, na medida em que o tribunal superior, ao mesmo tempo em que sustenta preservar o entendimento consolidado, desenvolve uma exceção indevida à sua aplicação, deixando de certa forma em aberto se haveria outras situações igualmente subtraídas da incidência do precedente.

De outra parte, quando realizada pelas instâncias inferiores, a distinção inconsistente vulnera a segurança jurídica que o sistema de precedentes busca proporcionar, de certa forma subvertendo a estruturação do sistema judiciário, na medida em que converte as instâncias ordinárias em órgãos revisores das instâncias superiores, fragmentando a interpretação e a aplicação do direito, que por um imperativo de isonomia, deveriam tender à unificação.

6.12. A técnica do *anticipatory overruling* ou superação antecipada

Uma das consequências da regra do *stare decisis* nos países de *common law* é que apenas o próprio tribunal em que se originou o precedente ou um tribunal que esteja acima deste na estrutura judiciária, tem o poder de revogá-lo, adotando diferente orientação. Órgãos do Poder Judiciário que se situem em patamar inferior na estrutura judiciária não podem praticar um *overruling*, relativamente aos precedentes das cortes superiores.

Não obstante, a prática judicial norte-americana desenvolveu uma espécie de *superação antecipada* do precedente, denominada *anticipatory overruling*, adotada pelas cortes inferiores, quando há um notório desgaste do precedente da Suprema Corte. É como se as cortes inferiores *antecipassem* a futura revogação do precedente pela Suprema Corte.¹¹³⁸

¹¹³⁷ *Ibidem*, pp. 207/208.

¹¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 401.

É importante destacar que não se trata aqui de uma simples *discordância* das cortes inferiores em relação ao precedente, até porque pela regra de vinculação de precedentes própria do *stare decisis*, a concordância ou não das cortes inferiores em relação ao decidido é irrelevante. Se não for possível realizar uma distinção, o precedente deve ser aplicado independentemente de eventual juízo de valor por parte da corte do caso subsequente.¹¹³⁹

De fato, na superação antecipada, a corte inferior não manifesta discordância em relação ao precedente, mas, nas palavras de Ravi Peixoto, desenvolve um *exercício de previsibilidade* quanto à sua futura superação,¹¹⁴⁰ assumindo o ônus argumentativo de demonstrar que supervenientes decisões da corte superior apontam para o abandono do precedente. A corte inferior deve demonstrar que o precedente está desgastado por decisões supervenientes e que, num caso apropriado, o *overruling* provavelmente será realizado.

Como bem observa Marinoni, o *anticipatory overruling* não é exatamente uma hipótese de modificação na jurisprudência, porque a corte inferior não revoga o precedente da Suprema Corte, mas simplesmente *deixa de aplicá-lo*, ao argumento de que este provavelmente seria revogado, se a Suprema Corte tivesse a oportunidade de analisar novamente a questão de direito tratada no precedente.¹¹⁴¹

Diferentes são os fundamentos apontados em doutrina para a realização do *superação antecipada*, sendo que dois deles, destacados por Marinoni,¹¹⁴² parecem-nos de maior relevância, quais sejam, (a) o enfraquecimento ou desgaste do precedente, em razão de supervenientes decisões cujos fundamentos, embora voltados a questões que não são objeto do precedente (do contrário, teria havido um *overruling*), são com este incompatíveis e, (b) a demonstração de que a Suprema Corte já indicou estar à espera de um caso apropriado para proceder à nova análise da tese jurídica.

Como vem apontando a doutrina, a admissibilidade da técnica da *superação antecipada* é questão polêmica mesmo nos Estados Unidos, onde foi desenvolvida, em especial após haver a Suprema Corte reprovado o seu emprego pelas Cortes de Apelação.

¹¹³⁹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 231.

¹¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 232.

¹¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 401 e 408/409.

¹¹⁴² *Ibidem*, pp. 402/406.

Com efeito, Robert Summers relata que no Judiciário federal o emprego do *anticipatory overruling* era usual até o ano de 1989, quando a Suprema Corte, no julgamento do caso *Rodriguez de Quijas v. Shearson-/American Express, Inc.*, sobre ela se manifestou, *condenando-a veementemente* nos seguintes termos:¹¹⁴³

Se um precedente desta Corte tem aplicação direta em um caso, ainda que aparente repousar sobre razões rejeitadas em alguma outra linha de decisões, a Corte de Apelação deveria seguir o caso que diretamente incide, deixando para esta Corte a prerrogativa de superar as suas próprias decisões.

Parece-nos, no entanto, que, na linha do que defende Ravi Peixoto, a despeito do declínio da técnica da *superação antecipada* nos Estados Unidos, pode-se a ela reconhecer um papel relevante, quando adequadamente empregada, mediante demonstração rigorosa pela corte inferior de que a corte superior já deu sinais claros no sentido do abandono da orientação contida no precedente, seja pela realização de distinções inconsistentes, seja pelo conjunto de decisões supervenientes da corte superior sobre temas correlatos que dão conta de uma mudança de orientação e tornam provável a *superação*.¹¹⁴⁴

Como bem ressaltou o autor, nos Estados Unidos, o acesso à Suprema Corte é muito restrito, na medida em que esta tem um poder discricionário de admitir ou inadmitir os recursos a ela dirigidos, de forma que a aplicação, pela corte inferior, de um precedente em relação ao qual há claros sinais de obsolescência, trará graves prejuízos ao jurisdicionado, na medida em que este dificilmente conseguirá levar a questão à Suprema Corte e não poderá, no futuro, beneficiar-se de eventual *overruling*, na medida em que seu caso já fora julgado.¹¹⁴⁵

No Brasil, a conclusão não seria diversa, pois, embora os tribunais superiores não tenham, como nos Estados Unidos, um poder discricionário de seleção dos recursos que lhes são dirigidos, por certo há de se reconhecer que seus requisitos de admissibilidade são bastante estritos, afigurando-se igualmente dificultoso o acesso aos tribunais superiores. De outra parte, o direito brasileiro, em especial com a nova redação atribuída ao artigo 988 do

¹¹⁴³ SUMMERS, Robert Samuel. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, pp. 398/399. No original: "If a precedent of this Court has direct application in a case, yet appears to rest on reasons rejected in some other line of decisions, the Court of Appeals should follow the case which directly controls, leaving to this Court the prerogative of overruling its own decisions".

¹¹⁴⁴ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, pp. 234/237.

¹¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 235/237.

CPC/2015, conta com o instituto da reclamação, que permite ao tribunal superior controlar eventual excesso do tribunal inferior ao realizar a superação antecipada.¹¹⁴⁶

Dessa forma, somos favoráveis à adoção da técnica da *superação antecipada* no direito brasileiro, desde que acompanhada de rigorosa fundamentação, por meio da qual a corte inferior demonstre que a não aplicação do precedente, da súmula ou da linha jurisprudencial não decorre de uma simples *discordância*, mas sim de um desgaste do próprio precedente, súmula ou linha jurisprudencial, evidenciado por uma análise robusta de supervenientes decisões do tribunal superior aptos a sustentar tal conclusão.

6.13. Tratamento legislativo das modificações na jurisprudência no Brasil

6.13.1. Considerações iniciais

No Brasil, como observado anteriormente, o direito jurisprudencial se desenvolve em três planos, quais sejam, os planos do precedente, da jurisprudência e das súmulas. Os dois primeiros são ordinariamente encontrados no direito comparado, ao passo que o terceiro - o plano das súmulas - é uma construção tipicamente brasileira, que deita raízes nos assentos da Casa de Suplicação de Portugal¹¹⁴⁷ e tem atualmente no direito comparado como instituto mais próximo as *massime* da Corte de Cassação italiana.

Qualquer desses três planos comporta a produção de atos jurisdicionais de cunho paradigmático que podem, à luz dos diferentes critérios analisados no quinto capítulo, ser considerados base da confiança.

Assim, ao se tratar do fenômeno das modificações na jurisprudência no direito brasileiro, é preciso ter em conta que estas podem se dar não só no plano dos precedentes (como nos países de *common law*), mas também nos planos da jurisprudência e das súmulas.

¹¹⁴⁶ *Idem*, pp. 235/236.

¹¹⁴⁷ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 474.

Por isso, o fenômeno tem no Brasil um espectro mais amplo do que a simples superação de precedentes, não guardando exata correspondência com o *overruling*, próprio do *common law*.

O *overruling* é, sem dúvida, um fenômeno análogo e que implica, da mesma forma que no direito brasileiro, o abandono de entendimentos judiciais consolidados. Desta forma, por certo, a cultura dos países de *common law* sobre o tema, bem como as técnicas por eles desenvolvidas para mitigar seus efeitos deletérios sobre a confiança depositada pelos jurisdicionados podem e devem ser objeto de análise, a fim de que se possa incorporar o que for adequado e útil à cultura jurídica brasileira. Mas é preciso evitar a simples equiparação dos dois fenômenos, esquecendo-se de peculiaridades próprias do direito nacional.

Um segundo ponto relevante, objeto de análise nas seções subsequentes, diz respeito ao tratamento legislativo conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro ao fenômeno das modificações na jurisprudência, no sentido aqui adotado para a expressão (*supra*, seção 6.2).

O fenômeno das modificações na jurisprudência sempre esteve presente, até porque é indissociável do próprio exercício da atividade jurisdicional, que evolui para acompanhar as mudanças na sociedade e, muitas vezes, acaba por contribuir para a consolidação de tais mudanças, inovando no sistema jurídico (tal qual se deu, no Brasil, com o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo). O tratamento legislativo do tema, contudo, é recente, contando com aproximadamente uma década.¹¹⁴⁸

Sob o ponto de vista legislativo, o direito brasileiro é marcado pela introdução gradual de disposições voltadas à regulação ou simples previsão de casos específicos de modificações na jurisprudência, tais como a modificação de enunciados de súmula vinculante e a revisão de tese em sede de repercussão geral, às quais se acresceram a revisão de tese em recursos de revista repetitivos¹¹⁴⁹ e, por fim, as disposições específicas do CPC/2015, relativas à revisão de tese em incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.

¹¹⁴⁸ Embora haja, como já observado, antecedentes isolados, como a previsão, no revogado artigo 902, §2º, da CLT, que exigia que a modificação do prejulgado se desse de forma expressa.

¹¹⁴⁹ Naturalmente, teses firmadas em recursos extraordinários e especiais repetitivos podem ser igualmente revistas, mas não há no ordenamento disposições específicas a regular-lhes o procedimento, de forma que no regime do CPC/2015 seu regramento é o geral, contido no artigo 927.

Ao lado desses *regramentos especiais*, cujo surgimento se deu após a Emenda Constitucional nº 45/04, o CPC/2015 buscou estabelecer um *procedimento geral aplicável às modificações na jurisprudência*, cujas disposições estão concentradas em seu artigo 927.

A criação de um procedimento geral, ao lado de disposições específicas gradualmente introduzidas após a Emenda Constitucional nº 45/04, decorreu da constatação de que modificações na jurisprudência não estão restritas a hipóteses específicas, mas podem ocorrer, de forma genérica, no julgamento de recursos ou ações pelo órgão jurisdicional em que se consolidou o entendimento que se está a rever.

Ravi Peixoto, em análise desse cenário, refere a existência, entre nós, de um *modelo concentrado* de revisão de precedentes, caracterizado por procedimentos específicos desenhados pelo legislador para a modificação na jurisprudência, coexistindo com um *modelo difuso*, que permitiria ao tribunal competente rever seus entendimentos consolidados independentemente de qualquer procedimento específico.¹¹⁵⁰

Embora a terminologia adotada pelo autor (*modelo concentrado* e *modelo difuso*) não pareça ser a mais apropriada, por induzir a uma certa confusão com o emprego dessas expressões na seara do controle de constitucionalidade, na questão de fundo a ele assiste razão, pois de fato há no ordenamento jurídico brasileiro procedimentos ou disposições específicas para a implementação de modificações na jurisprudência.

Assim, no direito brasileiro, são procedimentos ou disposições específicas para a modificação na jurisprudência os relativas ao (a) procedimento de revisão de enunciados de súmula vinculante, (b) procedimento de revisão de tese em sede de repercussão geral, (c) procedimento de revisão de tese em recursos de revista repetitivos, (d) procedimento de revisão de tese em incidente de resolução de demandas repetitivas, e (e) ao procedimento de revisão de tese em incidente de assunção de competência, ao lado dos quais é possível a prolação de decisões modificadoras de jurisprudência, no sentido empregado na seção 6.2 deste trabalho, em outros procedimentos que afetem o entendimento consolidado em atos caracterizáveis como base da confiança.

¹¹⁵⁰ PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. *Op. cit.*, pp. 554/555.

Prefere-se neste estudo, evitando-se equívocos terminológicos com usos consagrados na jurisdição constitucional, empregar as expressões *procedimentos ou disposições específicas de modificação na jurisprudência* e *procedimento geral de modificação na jurisprudência*, que bem descrevem a sistematização da matéria no direito positivo brasileiro.

Como será observado ao se expor cada um dos procedimentos específicos para modificação na jurisprudência, o tratamento legislativo a eles conferido é, em geral, muito sintético. Não há, na generalidade dos casos, um detalhamento dos requisitos necessários às modificações ou, ainda, maior consideração a respeito do tratamento a ser conferido aos efeitos dessas modificações. Desta forma, parece-nos necessário que aos procedimentos específicos para modificação na jurisprudência sejam aplicadas, de forma subsidiária, as disposições previstas no procedimento geral do artigo 927, tais como a possibilidade de modulação dos efeitos no tempo e a exigência de fundamentação adequada e específica.

A fim de expor o tema de forma harmônica com a própria evolução legislativa encontrada no direito brasileiro, e considerando que muitos dos aspectos relevantes do regime geral das modificações na jurisprudência já foram tratados nos tópicos anteriores, a abordagem será iniciada pelos procedimentos e disposições específicas de modificação na jurisprudência, passando, ao final, a se tratar do procedimento geral.

6.13.2. Procedimentos especiais de modificação na jurisprudência

Como referido, o direito positivo brasileiro, na temática relativa às modificações na jurisprudência, desenvolveu-se a partir de regramentos ou disposições específicas, voltados a regular determinadas hipóteses de modificações na jurisprudência, cujo amadurecimento, com o CPC/2015, levou à concepção de um procedimento geral, tratado em seu artigo 927.

Há, no direito positivo brasileiro, cinco procedimentos específicos de modificação na jurisprudência que despontam como mais importantes. Os dois primeiros surgiram como consequência direta da *Reforma do Poder Judiciário* operada pela Emenda Constitucional nº 45/04, eis que integrados à regulamentação de duas inovações por esta trazidas, os enunciados de súmula vinculante e o requisito de admissibilidade da repercussão geral.

Com efeito, a Lei 11.417/2006, que regulamentou o artigo 103-A da Constituição da República, relativo à edição de enunciados de súmula vinculante, contém disposições voltadas a regular o procedimento de modificação e de cancelamento desses enunciados. De outra parte, a Lei 11.418/2006, que regulamentou a repercussão geral, também previu de forma expressa a possibilidade de revisão de tese pelo Supremo Tribunal Federal.

Num segundo momento, com a edição da Lei 13.015/2014, foi introduzido um procedimento específico para revisão da tese firmada nos recursos de revista repetitivos (artigo 896-C, §17, da CLT), ao que se seguiu, com a edição do CPC/2015, a introdução de novos regramentos específicos, voltados a revisão de teses estabelecidas em sede de incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.

6.13.2.1. Modificação de enunciados de súmula vinculante

Os enunciados de súmula, ou simplesmente *súmulas*, condensam ou sintetizam a compreensão do órgão jurisdicional que as edita acerca de uma determinada questão jurídica, sendo elaborados a partir do momento em que a reiteração de decisões em um mesmo sentido permite extrair um enunciado que, de certa forma, *evidencia* e torna mais facilmente compreensível a *ratio decidendi* das decisões que lhe deram origem.

Desta forma, não é difícil compreender que, assim como ocorre com os precedentes e a jurisprudência, que podem se tornar obsoletos, em razão da evolução das condições sociais, econômicas ou tecnológicas, ou mesmo em razão de uma modificação na compreensão de uma determinada questão jurídica, também os enunciados de súmula podem se tornar ultrapassados, deixando de corresponder à concepção geral do direito percebida na comunidade jurídica e na própria sociedade, a exigir sua revogação, modificação ou mesmo a ampliação ou limitação de seu alcance, diante da identificação de elementos distintivos em casos supervenientes em que sua incidência seja invocada ou negada.¹¹⁵¹

¹¹⁵¹ Nesse sentido é a lição de Luiz Guilherme Marinoni, segundo o qual, "[...] como a súmula contém a definição do entendimento do Tribunal acerca de determinada questão, ela nada mais é do que o delineamento da tese ou da solução dada pelo Tribunal a uma questão jurídica ou a um caso. Sendo assim, como é absolutamente natural, o tempo - e com ele a evolução dos valores sociais, da tecnologia e da própria concepção geral do direito - pode impor ao Tribunal a conclusão de que a súmula não mais responde às necessidades para as quais foi

A questão não é estranha ao nosso legislador constitucional, que dela tratou expressamente, ainda que de forma limitada aos enunciados de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. O *caput* do artigo 103-A da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04, prevê a possibilidade de o STF "proceder à revisão ou cancelamento" desses enunciados, "na forma estabelecida em lei".¹¹⁵²

Prevê, ainda, o dispositivo constitucional, em seu parágrafo segundo, que, "sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei", a "revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade".

Num segundo momento, a Lei 11.417/06 regulamentou o procedimento de *edição, revisão e cancelamento* das súmulas vinculantes. Prevê a lei que o procedimento pode ser instaurado de ofício ou mediante requerimento de qualquer dos legitimados para propor a sua edição, relacionados em seu artigo 3º,¹¹⁵³ ressaltando-se que o rol de legitimados aí previsto é mais amplo do que o referido na Constituição da República, ampliação que encontra apoio no próprio permissivo contido no §2º de seu artigo 103-A.¹¹⁵⁴

criada, estando distante dos anseios de justiça da própria Corte. Isso ocorrendo, deve - e não pode - haver o cancelamento da súmula, aplicando-se, porque plenamente adequada, a técnica do *overruling*, utilizada no âmbito do *common law*" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 356).

¹¹⁵² Deve-se ressaltar que, antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04 e da edição da Lei 11.417/06, que a regulamentou no ponto, alguns tribunais já dispunham de regimentos próprios para os procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de seus enunciados de súmula, ordinariamente em seus regimentos internos, sendo talvez o mais destacado exemplo o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, que em seu artigo 125 regula de forma bastante minuciosa o procedimento para revisão ou cancelamento dos enunciados de súmula daquela corte.

¹¹⁵³ Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII - partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

¹¹⁵⁴ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes (...)*. *Op. cit.*, p. 198.

No tocante ao procedimento, exige a lei um *quorum* qualificado para a aprovação, pelo STF, da revisão ou do cancelamento de súmulas vinculantes, que é o mesmo estabelecido para a sua edição, qual seja, 2/3 de seus membros, reunidos em sessão plenária (artigo 2º, §3º, da Lei 11.417/06). Em outras palavras, apenas com o voto favorável de pelo menos oito ministros do STF é possível o cancelamento ou a revisão de enunciado de súmula vinculante.

Também pode ser autorizada, no procedimento de revisão ou de cancelamento de enunciado de súmula vinculante, a intervenção de *amici curiae* (artigo 3º, §2º). De outra parte, a manifestação prévia do Procurador-Geral da República é uma exigência para a revisão ou cancelamento de súmula vinculante (artigo 2º, §2º).

Esse procedimento foi detalhado no regimento interno do STF, em especial em seus artigos 354-A a 354-G, introduzidos pela Emenda Regimental nº 46/2011, mas que, até mesmo por sua natureza regimental, pouco avançaram no trato da matéria, limitando-se a especificar práticas cartorárias relacionadas às propostas de edição, revisão e cancelamento.

Dentre as disposições regimentais, merece especial referência a previsão de que, após a verificação, pelo Presidente do STF, do preenchimento dos requisitos formais da proposta de edição, revisão ou cancelamento, seja publicado edital no sítio do tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados (art. 354-B). Na medida em que a intervenção de *amici curiae* é admitida, a existência de uma divulgação adequada da proposta é mecanismo que contribui para a participação da sociedade.

O regramento em questão é insuficiente, na medida em que, embora tendo se preocupado, em alguma medida, com a ampliação da participação da sociedade por meio da admissão de *amici curiae* e com a estabilidade do entendimento sumulado, mediante exigência de um *quorum* qualificado para seu cancelamento ou modificação, bem como de prévia manifestação do Ministério Público, não criou um *espaço adequado para o diálogo humano com a sociedade*, como por exemplo a realização de audiências públicas.

Da mesma forma, o legislador nada dispôs a respeito dos efeitos dessa modificação ou desse cancelamento, relativamente às situações jurídicas constituídas a partir da confiança depositada no entendimento sumulado e cuja observância era, mais do que simples orientação, obrigatória para os demais órgãos do Poder Público e para o próprio Poder Judiciário.

Com efeito, quanto ao último ponto, embora a lei faça referência à *modulação de efeitos temporais* no artigo 4º, assim o faz apenas em relação à edição do enunciado, sendo omissa quanto à aplicabilidade da técnica quando de seu cancelamento ou modificação.¹¹⁵⁵

As deficiências no tratamento legislativo das modificações em enunciados de súmula vinculantes foram parcialmente supridas pelo CPC/2015, que previu, no §2º do artigo 927, que "a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula" pode ser precedida de *audiências públicas*, ampliando, com isso, a participação da sociedade e criando um espaço para o diálogo humano.

Não previu o novo Código, contudo, de maneira expressa pelo menos, a possibilidade de modulação temporal dos efeitos do cancelamento ou da modificação de enunciados de súmula, eis que ao tratar do tema no §3º do artigo 927, fez referência unicamente à "alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos".

Esse ponto, contudo, será objeto de análise mais detida no oitavo capítulo do presente estudo, no qual se fará estudo pormenorizado das técnicas empregadas para a proteção da confiança nas modificações na jurisprudência no direito brasileiro, cabendo por ora apenas registrar nosso entendimento no sentido de que a omissão do legislador não impede a utilização da técnica quando da modificação ou cancelamento desses enunciados.

6.13.2.2. Revisão de tese quanto à inexistência de repercussão geral

O recurso extraordinário, consoante observado anteriormente, teve seu perfil substancialmente alterado com a introdução do requisito de admissibilidade da repercussão geral, e pela subsequente edição da Lei 11.418/06, que o regulamentou. Com a repercussão geral, restou fortalecido seu papel de mecanismo por meio do qual o Supremo Tribunal Federal exerce a função de unificação da interpretação da Constituição da República.

¹¹⁵⁵ Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Não obstante, preocupou-se o legislador com a possibilidade de que, reconhecida a inexistência de repercussão geral, a aplicação automática deste novo entendimento aos recursos similares no futuro pudesse acarretar uma estagnação na compreensão do direito, impedindo sua evolução, eis que, em princípio, nunca mais seria possível que tal questão voltasse a ser apreciada pelo STF. Por essa razão, a Lei 11.418/06 previu a possibilidade de *revisão de tese* quanto à presença de repercussão geral em recurso extraordinário (artigo 543-A, §5º, CPC/73),¹¹⁵⁶ remetendo sua regulamentação ao regimento interno do Supremo.

O regimento interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), por sua vez, veio a sofrer atualização por meio da Emenda Regimental nº 21/2007, passando a prever, em seu artigo 327,¹¹⁵⁷ o instrumento da *revisão de tese*, sem, contudo, detalhar seu procedimento.

Mas a circunstância que releva anotar, para os fins deste tópico, é que o artigo 543-A, §5º, do CPC/1973, regulamentado pelo artigo 327 do RISTF, expressamente contempla a possibilidade de uma *modificação no entendimento judicial* com relação à inexistência de repercussão geral quanto a determinada matéria que chegue ao STF pela via do recurso extraordinário, *se sobrevierem novas circunstâncias capazes de alterar tal entendimento*.¹¹⁵⁸

O CPC/2015, contudo, não preservou disposição específica para o procedimento de revisão de tese em repercussão geral, de forma que, ao que nos parece, a questão passa a ter tratamento, a partir da vigência do novo Código, em conformidade com as disposições gerais do procedimento de modificação na jurisprudência contempladas em seu artigo 927.

A eliminação de uma previsão específica de revisão de tese em repercussão geral é medida adequada na sistemática do novo Código. De um lado, o regramento do CPC/73 nada dispunha a respeito do procedimento a ser adotado, pelo que em termos normativos pouco contribuiu para o trato da matéria. De outra parte, a simples previsão da possibilidade de modificação é algo em certa medida desnecessário, por ser natural que o STF pode alterar sua

¹¹⁵⁶ "§5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal" (grifo nosso).

¹¹⁵⁷ Art. 327. A Presidência do Tribunal recusará recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, bem como aqueles cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do Tribunal, salvo se a tese tiver sido revista ou estiver em procedimento de revisão (grifo nosso).

¹¹⁵⁸ FERNANDES, Eric Baracho Dore; FERREIRA, Siddharta Legale. Irrecorrível, mas nem tanto (...). *Op. cit.*, p. 201.

compreensão acerca da presença da repercussão geral.¹¹⁵⁹ A melhor solução foi realmente a adotada pelo novo Código, que submeteu a questão ao regramento geral do artigo 927.

Sob a égide do CPC/73, o instituto teve aplicação, a título de exemplo, no RE 614.232/RS,¹¹⁶⁰ relativo à forma de incidência do imposto de renda sobre rendimentos recebidos acumuladamente por força de decisão judicial, se em regime de caixa ou em regime de competência. O tema já havia sido objeto de apreciação pelo STF no RE 592.211/RJ, no qual se reconheceu não existir repercussão geral.¹¹⁶¹

No novo caso (RE 614.232/RS), a União interpôs agravo regimental (artigo 327 do RISTF) em face da decisão monocrática que havia negado seguimento ao extraordinário por ausência de repercussão geral, na linha do decidido no precedente, sustentando a recorrente ter havido uma alteração no quadro fático-jurídico, eis que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região havia declarado a inconstitucionalidade parcial do artigo 12 da Lei 7.713/88, que regulava a incidência do imposto de renda para a situação sob discussão.

O STF, no julgamento do agravo regimental, acolheu os argumentos da União, aplicando o instituto da *revisão de tese* para alterar seu entendimento e reconhecer a repercussão geral. Entendeu o STF que, diante da decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e, tratando-se de tributo federal, a não apreciação da matéria acarretaria uma violação aos princípios da isonomia tributária e da uniformidade geográfica de sua incidência.

É bem verdade que houve, no julgamento, intenso debate a respeito de tratar-se de hipótese de revisão de tese ou de um verdadeiro *distinguishing*, havendo se orientado o entendimento dos Ministros predominantemente para a compreensão de que o caso anterior era diverso do atual, porque naquele a discussão se deu sob uma ótica infraconstitucional, e por isso não lhe foi reconhecida repercussão geral, ao passo que no caso atual a questão tinha uma ótica constitucional, em que a repercussão geral agora se revelava presente.

¹¹⁵⁹ Como ressaltou Tiago Asfor Rocha Lima, "as constantes mutações sociais podem, hipoteticamente, tornar relevante e transcendente uma matéria constitucional que em uma determinada época não o era, passando, pois, a questão a ter repercussão geral e a viabilizar a admissão do recurso extraordinário" (LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. Op. cit., p. 292).

¹¹⁶⁰ STF.Pleno. RE 614.232-AgR-QO-RG/RS (Repercussão Geral na Questão de Ordem no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário). Rel. Min. Ellen Gracie. j. 20/10/2010. DJe-043 04/03/2011.

O argumento, ao que nos parece, não é sustentável. Se o caso anterior tinha um viés infraconstitucional, a conclusão deveria ter sido pelo não conhecimento do recurso extraordinário, por não estar configurada hipótese de cabimento e não, como se deu no caso anterior, pelo não reconhecimento da repercussão geral. A discussão acerca da repercussão geral pressupõe que se esteja diante de hipótese em que o recurso extraordinário veicula uma questão constitucional. Se não havia, como se sustentou, uma questão constitucional no caso anterior, então não seria caso de se discutir a repercussão geral. Daí porque nos parece que a razão está com a Ministra Relatora Ellen Gracie e demais Ministros que a acompanharam, no sentido de que o novo julgamento configurava efetivamente uma *revisão de tese* quanto à repercussão geral na questão constitucional discutida.

6.13.2.3. Revisão de tese em incidente de resolução de demandas repetitivas

O incidente de resolução de demandas repetitivas, como observado, é um mecanismo introduzido pelo CPC/2015, considerado pela própria Comissão de Juristas encarregada da elaboração do anteprojeto como uma de suas principais inovações, cuja finalidade é viabilizar uma rápida uniformização dos entendimentos judiciais, relativamente a questões de direito que se apresentem de forma recorrente em um grande número de processos.

Suscitado o incidente perante o Tribunal de Justiça ou perante o Tribunal Regional Federal, todos os processos em curso tanto em segundo, quanto em primeiro grau, inclusive nos Juizados Especiais e respectivas Turmas Recursais, em que seja discutida a questão de direito, são suspensos para superveniente aplicação uniforme da tese jurídica nele definida.

Havendo, no incidente, a interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário, a solução que vier a ser dada pelo STJ ou STF, conforme o caso, será aplicada a todos os processos em curso no território nacional.

A uniformização de entendimentos por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, contudo, não significa uma estagnação da jurisprudência, na medida em que é possível a *revisão de tese* por parte do tribunal que julgou o incidente.

¹¹⁶¹ STF. Pleno. RE 592.211-RG/RJ. Rel. Min. Menezes Direito. J. 06/11/2008. DJe-222, divulg. 20/11/2008, public. 21/11/2008.

Com efeito, embora não estivesse originalmente prevista no anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas, nem no texto aprovado na primeira etapa de tramitação no Senado, a *revisão de tese* acabou por ser expressamente prevista no Substitutivo apresentado na Câmara dos Deputados pelo Deputado Federal Paulo Teixeira, incorporando-se ao texto posteriormente aprovado pelo Senado, passando a corresponder ao artigo 986 do Código ("A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III").

O regramento contido no novo Código, relativamente ao procedimento de revisão de tese, é sucinto, havendo alguns aspectos, no entanto, mercedores de breve comentário.

Um primeiro ponto a ser destacado é a previsão de que a revisão de tese só pode ser realizada pelo *próprio tribunal que a fixou*. Como já exposto, só há verdadeira modificação na jurisprudência quando o próprio órgão jurisdicional em que se sedimentou o entendimento judicial revê seu anterior posicionamento. Desta forma, órgãos jurisdicionais em inferior posição na hierarquia organizacional não podem rever a tese fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas por um tribunal que ocupe posição mais elevada.

Outro aspecto diz respeito à possibilidade de a revisão de tese dar-se de ofício, pelo próprio tribunal, ou mediante requerimento dos legitimados referidos no inciso III do artigo 977, quais sejam, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Não nos parece adequada a restrição legal quanto à legitimidade ativa para requerer a revisão de tese, eis que não há justificativa para a exclusão dos demais legitimados do artigo 977. De forma a guardar uma simetria com disposições específicas correlatas, como, por exemplo, o regramento das modificações de enunciados de súmula vinculante, os legitimados a requerer a revisão de tese deveriam ser os mesmos legitimados a requerer a instauração do incidente. Não obstante, considerando que o tribunal pode, de ofício, dar início ao procedimento de revisão, a limitação legal restará inócua, já que qualquer interessado poderá se manifestar no sentido da revisão de tese e o tribunal, vislumbrando relevância na pretensão, instaurará de ofício o procedimento de revisão.

De outra parte, a doutrina vem apontando a existência de inconstitucionalidade formal na limitação aos legitimados do artigo 977, III, do CPC/2015, na medida em que a referência a este último dispositivo teria sido feita apenas na revisão final do texto já aprovado no Senado Federal, antes de seu envio à sanção da Presidência da República.¹¹⁶²

Além desse importante aspecto, parece-nos que a maior deficiência do dispositivo é o seu laconismo, eis que nenhum detalhamento veicula acerca do procedimento a ser adotado para a revisão de tese. A solução, ao que nos parece, reside na aplicação das disposições atinentes ao procedimento geral estabelecido no artigo 927, inclusive com a realização de audiências públicas e a admissão de *amici curiae*, bem como na aplicação subsidiária de normas adotadas em procedimentos similares, como o de revisão de enunciado de súmula vinculante, soluções que vêm contando com apoio na doutrina.¹¹⁶³

Ressalte-se que a realização de audiências públicas e a intervenção de *amici curiae* podem ser extraídas de uma interpretação sistemática do novo Código, haja vista que o §2º do artigo 927 estabelece que "a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em *juízo de casos repetitivos* poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese" (itálico nosso). Ressalte-se que devem ser entendidos como casos repetitivos, nos termos do artigo 928 do Código, os julgamentos realizados não apenas em sede de recursos especial e extraordinário repetitivos, mas também em incidentes de resolução de demandas repetitivas. A mesma conclusão pode ser alcançada em relação à admissibilidade da utilização da técnica de modulação temporal dos efeitos da decisão modificadora, por aplicação do §3º do artigo 927 do novo Código, que faz expressa referência ao julgamento de casos repetitivos.

6.13.2.4. Revisão de tese em incidente de assunção de competência

Também em relação ao novo *incidente de assunção de competência*, o Código de Processo Civil de 2015 veiculou regra em que expressamente prevê a possibilidade de revisão da tese nele firmada. Trata-se do §3º do artigo 947, que abaixo se transcreve:

¹¹⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado. Op. cit.*, p. 630.

¹¹⁶³ *Ibidem*, pp. 630/631.

Art. 947. [...]

§3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

Assim como em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, o novo Código foi absolutamente omissivo em relação ao procedimento a ser adotado para a revisão de tese em sede de incidente de assunção de competência.

Tal qual observado ao se comentar a revisão de tese em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, a omissão do legislador é suprida, também aqui, pela aplicação de disposições legais voltadas a regular procedimentos com idêntica finalidade, tais como a Lei 11.417/06, que regula o procedimento para a revisão e cancelamento de enunciados de súmula vinculante e, em especial, as disposições do artigo 927 do novo Código, que tratam do procedimento geral para as modificações na jurisprudência.

6.13.2.5. Revisão de tese em recursos de revista repetitivos

A Lei 13.015/2014, como referido, introduziu profundas alterações na disciplina dos recursos de revista, inspirando-se no Código de Processo Civil de 1973 para desenvolver um procedimento especificamente voltado aos recursos de revista repetitivos, mas em muitos aspectos avançando em relação à disciplina do processo civil comum.

Destaca-se, dentre os avanços mencionados, a existência de disposição específica acerca da possibilidade de modificação na jurisprudência consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho, para a qual buscou estabelecer uma disciplina mínima, em conformidade com o disposto no parágrafo 17 do artigo 896-C, abaixo transcrito:

Art. 896-C. [...]

§ 17. Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.

O dispositivo introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma disciplina até então inédita no campo das modificações na jurisprudência, antecipando algumas das regras que seriam posteriormente consagradas no Código de Processo Civil de 2015.

De início, destaca-se que a regra legal apresenta um rol de possíveis causas para a modificação no entendimento consolidado, quais sejam, as alterações na *situação econômica, social ou jurídica* existente por ocasião da consolidação do entendimento anterior. Esse rol é meramente exemplificativo, haja vista que, consoante exposto anteriormente, embora modificações no contexto social ou econômico sejam uma das mais relevantes causas para a modificação de um entendimento jurisprudencial consolidado, por certo não são as únicas. Muitas modificações na jurisprudência, ainda que sob críticas da doutrina, decorrem da simples alteração na composição dos órgãos colegiados ou do convencimento de que o entendimento até então adotado estava equivocado (*supra*, seção 6.3).

De outra parte, a previsão de que o entendimento consolidado pode ser alterado em razão de modificações na *situação jurídica* há de ser tomada com alguma reserva, eis que só há verdadeira modificação na jurisprudência quando o novo entendimento se forma sobre a mesma base normativa em que se consolidou o entendimento anterior. Se há uma modificação no direito positivo, o que se tem não é uma modificação na jurisprudência, mas sim a formação de um novo entendimento a partir de uma nova base normativa.

O regramento também demonstra a preocupação do legislador com a preservação de relações jurídicas desenvolvidas sob a égide do entendimento anterior. Embora o dispositivo não faça referência expressa ao princípio da proteção da confiança, limitando-se a falar em segurança jurídica, parece-nos que o termo segurança jurídica deve ser aí compreendido tanto em sua dimensão objetiva (segurança jurídica *stricto sensu*), quanto em sua dimensão subjetiva (proteção da confiança).

Prevê também o dispositivo da CLT a utilização de uma das mais importantes técnicas de proteção substancial da confiança, a modulação dos efeitos temporais, incorporando a lição da doutrina, que já vinha defendendo sua utilização nas modificações na jurisprudência e antecipando-se ao Código de Processo Civil de 2015, que viria a consagrá-la. Sobre esse ponto, em particular, se tratará nos dois últimos capítulos do presente estudo.

Por fim, cabe registro de que nem o CPC/73, nem o CPC/2015, trazem disposições específicas em relação à revisão de tese firmada em recursos especiais e extraordinários repetitivos. Isso não significa, por evidente, que tais modificações não sejam possíveis. Ao contrário, a opção do legislador, no novo Código, foi a de que tais modificações tenham tratamento no procedimento geral do artigo 927, que em muitos momentos fazem referência expressa ao julgamento de *casos repetitivos*, no que se incluem, por disposição do artigo 928, os recursos especiais e extraordinários repetitivos.

6.13.3. Procedimento geral de modificação na jurisprudência

Ao lado dessas disposições que tratam das modificações na jurisprudência em casos específicos, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu em seu artigo 927 um conjunto de regras de aplicabilidade geral, que pode ser considerado um *procedimento geral de modificação na jurisprudência*, na medida em que rege todas as hipóteses de modificação na jurisprudência para as quais não haja regramento específico e que, ainda, é subsidiariamente aplicável aos regramentos particulares, no que não conflitarem.

Muitas das disposições deste regramento geral já foram objeto de comentário ao longo deste trabalho, como a exigência de uma *fundamentação adequada e específica* apta a demonstrar a necessidade da superação do entendimento consolidado (*supra*, seção 6.7). Outros aspectos, mais diretamente relacionados aos mecanismos de proteção substancial e procedimental de confiança introduzidos pelo CPC/2015, serão analisados no último capítulo. Neste momento, objetiva-se apenas apresentar os aspectos fundamentais do regramento geral.

De início, o novo Código contempla mecanismos de participação democrática nos processos em que se afigure possível a modificação na jurisprudência, em especial a realização de audiências públicas e a intervenção de *amici curiae* ("§2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese"). Objetiva-se, com o dispositivo, proporcionar ao órgão judicial, antes de eventual modificação no entendimento consolidado, conhecer de

maneira abrangente os diferentes aspectos envolvidos e as perspectivas apresentadas pelos diversos segmentos da sociedade atingidos pela mudança.

Caso, após esse diálogo com a sociedade, o tribunal venha a alterar sua jurisprudência consolidada, poderá utilizar-se da técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão que implementa o novo entendimento, mitigando, assim, eventuais reflexos negativos que a modificação possa projetar sobre os jurisdicionados que agiram em conformidade com o entendimento anterior, depositando sua confiança em sua manutenção. Limitou o Código, contudo, a utilização da técnica aos tribunais superiores, nos termos de seu §3º, segundo o qual "na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica".¹¹⁶⁴

A modificação na jurisprudência deve ser, ainda, acompanhada de uma *fundamentação adequada e específica*, apta a demonstrar que o novo entendimento é superior àquele que está sendo superado. Rejeita, portanto, o novo código, a realização de modificações implícitas ou a utilização de técnicas menos abertas de modificação, tais como a *transformação (transformation)*, utilizada em tribunais dos Estados Unidos. As modificações devem ser explícitas, francas, deixando claro para a sociedade e para a comunidade jurídica a ocorrência da modificação e as razões que levaram o tribunal a empreendê-la.

Por fim, estabelece o Código, no parágrafo quarto do artigo 927,¹¹⁶⁵ que as modificações na jurisprudência devem observar uma série de princípios, em especial a segurança jurídica, a proteção da confiança e o respeito à igualdade de tratamento, o que se justifica pelo fundamental papel que as decisões judiciais desempenham nos sistemas jurídicos contemporâneos para a promoção da igualdade perante o direito (*supra*, seção 2.8.4) e para a construção de um cenário previsível em que os jurisdicionados possam planejar e desenvolver suas atividades em sociedade (*supra*, seção 2.8.2).

¹¹⁶⁴ Acerca da limitação, pelo CPC/2015, do emprego da técnica da modulação temporal aos tribunais superiores, cf. as considerações desenvolvidas na seção 5.4.3.7.

¹¹⁶⁵ §4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

7. A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NAS MODIFICAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO

7.1. Considerações iniciais

Como se observa do exposto anteriormente, a superação de entendimentos sedimentados nos tribunais é fenômeno presente tanto nos países de *common law* (*overruling*), quanto nos de *civil law* (*revirement*), apresentando-se como um *fenômeno comum a todos os ordenamentos*,¹¹⁶⁶ que decorre, principalmente, da evolução das condições sociais subjacentes, que impõem sua adequação aos novos anseios da sociedade.

Por outro lado, reconhece-se que modificações em entendimentos consolidados, embora inevitáveis, constituem um fator de insegurança, reduzindo a previsibilidade dos jurisdicionados em relação às consequências dos atos por eles praticados e vulnerando a confiança depositada no entendimento anterior, razão pela qual os sistemas jurídicos estrangeiros há aproximadamente um século têm buscado formas de amenizar seu impacto, por meio da adoção de mecanismos de proteção substancial e procedimental da confiança.

Misabel Derzi noticia que já em 1923 se registra, na Justiça suíça, um caso envolvendo modificação no entendimento jurisprudencial quanto ao prazo para a prática de ato processual em ação proposta por uma comunidade de moradores de Berna em face do Estado. O ato, conforme longa compreensão judicial, teria sido praticado tempestivamente; no entanto, afastando-se do entendimento consolidado, reconheceu-se a perda do prazo.¹¹⁶⁷

Levada a questão ao Tribunal Federal e, posteriormente, ao Tribunal de segunda instância da Basileia, reconheceu-se, em decisão proferida em 1930, ter havido violação à confiança da comunidade por parte do Estado, razão pela qual a alteração do entendimento com relação ao prazo aplicável, embora correta, não deveria ser aplicada ao caso concreto, que continuaria regido pelo prazo sedimentado na jurisprudência anterior.¹¹⁶⁸

¹¹⁶⁶ VERDE, Giovanni. Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (...). *Op. cit.*, p. 6.

¹¹⁶⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, p. 505.

¹¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 505.

Também no início do século XX começa a se desenvolver nos Estados Unidos a técnica da *superação prospectiva* ou *prospective overruling*, cuja finalidade era igualmente harmonizar, de um lado, a necessidade de modificação de entendimentos consolidados e, de outro, a preservação da segurança jurídica e da confiança depositada no precedente superado, mediante operação com os efeitos no tempo da decisão que caracteriza o *overruling*.

Esses são alguns exemplos de como os diferentes sistemas jurídicos têm desenvolvido técnicas com o objetivo de equilibrar a necessidade de se avançar na compreensão judicial do direito, a fim de que este acompanhe o dinamismo das sociedades contemporâneas, e a preservação, na medida do possível, da confiança depositada pelos jurisdicionados na estabilidade da jurisprudência, fator essencial ao planejamento das atividades em sociedade.

Como bem observou Michel de Virville, em texto anexo ao relatório apresentado à Corte de Cassação francesa pela comissão presidida por Nicolas Molfessis, se tais modificações são inevitáveis, "*il convient donc d'œuvrer, non pas à figer la jurisprudence, mais à en rendre les évolutions plus prévisibles et moins brutales*".¹¹⁶⁹

No presente capítulo, pretende-se discutir, sob a perspectiva da proteção substancial e procedimental da confiança, algumas dessas técnicas, a fim de se colher elementos que contribuam para a compreensão da questão no direito brasileiro, em especial diante da aprovação do CPC/2015, que expressamente tratou do tema em seu artigo 927, incorporando algumas das soluções encontradas na experiência estrangeira.

7.2. Técnicas de proteção substancial da confiança

Como já observado (*supra*, seção 1.7.2), os mecanismos de proteção substancial da confiança não atuam no procedimento adotado previamente à modificação no comportamento estatal, mas, ao contrário, operam fundamentalmente sobre as consequências de uma mudança já realizada, com a finalidade de melhor administrar os efeitos negativos dela decorrentes.

¹¹⁶⁹ Tradução livre: "*convém trabalhar, não para congelar a jurisprudência, mas para tornar as evoluções mais previsíveis e menos brutais*" (VIRVILLE, Michel de. *Quelques éléments sur les revirements de jurisprudence*).

São fundamentalmente três os mecanismos de proteção substancial da confiança apontados pela doutrina, quais sejam, a preservação do ato do poder público praticado em conformidade com o entendimento anterior, a implementação de regras de transição para a adoção do novo entendimento e a criação de medidas compensatórias ou indenizatórias.

No plano das modificações na jurisprudência, os principais mecanismos de proteção substancial da confiança encontrados no direito estrangeiro são a modulação dos efeitos temporais (que operam como uma forma de preservação dos atos já praticados sob a égide do entendimento anterior) e o desenvolvimento de regras de transição, ambos ordinariamente tratados de forma indistinta sob o rótulo de *prospective overruling*.

Também podem ser incluídas no rol de técnicas de proteção substancial a sinalização (*signaling*) e a prolação de julgamentos-alerta (*Warnurteile*). Como adiante se abordará, embora atuem em momento anterior à modificação na jurisprudência, anunciando sua iminente ocorrência, são técnicas que, por seus objetivos, aproximam-se de uma preservação do ato do poder público (entendimento judicial consolidado em ato caracterizável como base da confiança), ainda que de forma temporária, característica ainda mais evidente na sinalização, em que desde logo se reconhece o equívoco do entendimento anterior.

Assim, nas seções subsequentes serão analisadas as principais técnicas de proteção substancial da confiança desenvolvidas no direito estrangeiro com o objetivo de minimizar os efeitos negativos decorrentes das modificações na jurisprudência.

7.2.1. A técnica do *prospective overruling*

A regra tradicionalmente adotada, quanto aos efeitos temporais das decisões que operam modificações na jurisprudência (*overruling*), é a retroatividade.¹¹⁷⁰ Em outras

In: MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence: rapport remis à monsieur le premier président Guy Canivet*. Paris: Litec, 2005, p. 173).

¹¹⁷⁰ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 423. No mesmo sentido: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 244.

palavras, a decisão que revoga um precedente atinge não só as situações que se constituirão no futuro, mas também aquelas já ocorridas por ocasião da mudança de orientação.

Essa ampla retroatividade é, de fato, muito sólida na prática judicial inglesa,¹¹⁷¹ embora a doutrina aponte sinais de alguma abertura à atribuição de efeitos prospectivos a tais modificações (*prospective overruling*), como se extrai do julgamento realizado pela *House of Lords* no caso *National Westminster Bank plc vs. Spectrum Plus Ltd. and Others* (2005), no qual, embora sem aplicar o *prospective overruling* ao caso concreto, entendeu-se que a prática não seria incompatível com o direito inglês.¹¹⁷²

Com efeito, Cross e Harris descrevem a atribuição de efeitos retroativos ao *overruling* no direito inglês como uma *prática corrente e invariável* da *House of Lords*, que se liga à tradicional concepção da jurisdição como atividade de mera declaração, impondo-se, exatamente por tal razão, que a decisão retroaja para atingir todos os fatos produzidos sob a égide do direito existente e agora reconhecido na decisão que opera o *overruling*.¹¹⁷³⁻¹¹⁷⁴

Clássicas são as palavras de Blackstone, no sentido de que "em se considerando que a antiga decisão é manifestamente absurda ou injusta, é declarado, não que seja um *direito equivocado* (*bad law*), mas que ele *não é direito* (*not law*).¹¹⁷⁵ Assim, ao praticar o *overruling*, reconhece-se que aquilo que se considerava ser o direito aplicável *não era, na verdade, o direito*; o direito é o que se reconheceu na nova decisão e, como tal, sempre foi vigente, devendo, por tal razão, ser retroativamente aplicado.

¹¹⁷¹ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. *Op. cit.*, p. 344.

¹¹⁷² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial* (...). *Op. cit.*, pp. 430/432.

¹¹⁷³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. *Op. cit.*, p. 228. Ressaltam os autores, contudo, que a aplicação da técnica já foi cogitada em alguns votos dissidentes da *House of Lords*, do que seriam exemplos os votos de Lord Simon of Glaisdale no julgamento *Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.* (1976) e de Lord Diplock em *R. v. National Insurance Commissioner ex parte Hudson* (1972), não tendo sido acolhida a proposição, mantendo-se a *House of Lords* fiel à doutrina da retroatividade (*ibidem*, pp. 231/232).

¹¹⁷⁴ Dentre outros casos em que a *House of Lords* expressamente se recusou a atribuir efeito prospectivos às suas decisões, podem ser mencionadas as decisões proferidas em *West Midland Baptist (Trust) Association Inc v. Birmingham Corporation* (1970), *Launchbury v. Morgans* (1973) e em *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council* (1999), referidas por Lord Nicholls of Birkenhead nos itens 12 e 13 de seu voto proferido em *National Westminster Bank plc vs. Spectrum Plus Ltd. and Others* (2005) (Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudmt/jd050630/nat-1.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2015).

¹¹⁷⁵ No original: "For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was *bad law*, but that it was *not law*" (itálicos no original) (BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Book the First. Oxford: Clarendon Press, 1765, p. 70. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/30802/30802-h/30802-h.htm#Page_63>. Acesso em: 27 ago. 2015).

É de se ressaltar, contudo, que as reformas legislativas havidas no ano de 1998 no Reino Unido introduziram uma série de dispositivos legais que atribuem expressamente aos tribunais o poder de modular os efeitos temporais de suas decisões em determinadas matérias, de forma que, ao menos sob a ótica do legislador, caminha-se para uma superação dessa visão tradicional de que as decisões judiciais devam ser necessariamente retroativas.

Assim, por exemplo, o *Scotland Act 1998*, em sua seção 102, autoriza qualquer tribunal, ao decidir que "um ato do parlamento escocês ou qualquer disposição de referido ato não se insere na competência legislativa do parlamento" ou, ainda, que "um membro do Executivo escocês não tenha o poder de fazer, confirmar ou aprovar uma disposição de legislação subordinada", a "remover ou limitar quaisquer efeitos retrospectivos da decisão", ou ainda, "suspender os efeitos da decisão por qualquer período e sob quaisquer condições, de forma a permitir que o defeito seja corrigido".¹¹⁷⁶

O cenário não é diferente nos países de *civil law*, que na sua generalidade atribuem efeitos retroativos às decisões que alteram jurisprudência consolidada, apenas em situações muito excepcionais afastando-se de tal regra. É o quadro delineado, por exemplo, na jurisprudência alemã,¹¹⁷⁷ finlandesa,¹¹⁷⁸ francesa,¹¹⁷⁹ italiana¹¹⁸⁰ e norueguesa.¹¹⁸¹⁻¹¹⁸²

Sem prejuízo da regra geral de retroatividade, presente no *common law* e no *civil law*, nos Estados Unidos tem-se buscado um equilíbrio entre a necessidade de permitir a evolução do direito e de se proteger a confiança depositada pelos jurisdicionados no entendimento anterior, conduzindo ao desenvolvimento da técnica denominada *prospective overruling*, consistente, em síntese, na aplicação prospectiva da nova orientação pretoriana.¹¹⁸³

¹¹⁷⁶ Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/46/section/102>>. Acesso em: 27 ago. 2015. Disposição de semelhante teor está presente no *Northern Ireland Act 1998*, seção 81 (Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/47/section/81>>. Acesso em: 27 ago. 2015) e, embora atualmente revogado, também havia semelhante disposição no *Government of Wales Act 1998*.

¹¹⁷⁷ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, pp. 57/58; JAEGER, Marc. Notion et politique du revirement (...). *Op. cit.*, p. 39.

¹¹⁷⁸ AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. *Op. cit.*, p. 97.

¹¹⁷⁹ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 133.

¹¹⁸⁰ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. *Op. cit.*, p. 179.

¹¹⁸¹ ENG, Svein. Precedent in Norway. *Op. cit.*, p. 212.

¹¹⁸² Outros exemplos poderiam ser incluídos neste rol. Para uma análise do tema em outros ordenamentos de *civil law*, cf. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel. *Interpreting precedents (...)*. *Op. cit.*

¹¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC (...)*. *Op. cit.*, pp. 169/170.

Também na Índia, por influência norte-americana, a técnica vem sendo utilizada, embora exclusivamente pela Suprema Corte e limitada à jurisdição constitucional, a partir da interpretação do artigo 142 da Constituição da Índia,¹¹⁸⁴ que confere a este tribunal amplos poderes para "realizar completa justiça em qualquer causa ou questão sob sua apreciação", apontando-se como a primeira vez em que se fez uso do *prospective overruling* o julgamento do caso *Golaknath v. State of Punjab* (1967).¹¹⁸⁵

A técnica é empregada nas situações em que se identifica a necessidade de prestigiar e proteger a confiança depositada no precedente revogado, cuja superação não seria previsível.¹¹⁸⁶ Por meio dela se realiza, portanto, uma modulação temporal dos efeitos da nova orientação jurisprudencial, a fim de que esta se aplique para o futuro ou a partir de algum outro marco temporal estabelecido pelo tribunal que dela faz uso.

7.2.1.1. Evolução histórica nos Estados Unidos

Na medida em que o *prospective overruling* teve origem nos Estados Unidos, bem como nesse país teve seu maior desenvolvimento teórico e aplicação na prática judiciária, merece especial consideração o estudo de sua evolução histórica na prática norte-americana.

O *prospective overruling* se desenvolveu nos Estados Unidos a partir do século XX. Em 1917 George F. Canfield o reconheceu como princípio em palestra na Ordem dos

¹¹⁸⁴ Art. 142. (1) The Supreme Court in the exercise of its jurisdiction may pass such decree or make such order as is necessary for doing complete justice in any cause or matter pending before it, and any decree so passed or order so made shall be enforceable throughout the territory of India in such manner as may be prescribed by or under any law made by Parliament and, until provision in that behalf is so made, in such manner as the President may by order prescribe. (Disponível em: <http://india.gov.in/sites/upload_files/npi/files/coi_part_full.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2015).

¹¹⁸⁵ Item 20 do voto de Lord Nicholls of Birkenhead em *National Westminster Bank plc vs. Spectrum Plus Ltd. and Others* (2005) (Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudmt/jd050630/nat-1.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2015). Para uma visão panorâmica da aplicação da técnica do *prospective overruling* na Índia, cf. KUMAR, M. V. Pratap. *Prospective overruling*. Disponível em: <<http://www.legalserviceindia.com/articles/prul.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

¹¹⁸⁶ Conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni, "para que a não retroatividade se justifique, exige-se que a credibilidade do precedente não tenha sido abalada, de modo a não tornar previsível a sua revogação. Caso a doutrina e os tribunais já tenham advertido para o equívoco do precedente ou apontado para a sua conveniente ou provável revogação, não há confiança justificável ou confiança capaz de fazer acreditar que os jurisdicionados tenham, legitimamente, traçado os seus comportamentos e atividades de acordo com o precedente" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op. cit., p. 420).

Advogados da Carolina do Sul.¹¹⁸⁷ Seu reconhecimento pela Suprema Corte norte-americana se deu em 1932, no caso *Great Northern Railway Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.*,¹¹⁸⁸ razão pela qual a técnica, nos Estados Unidos, é por vezes denominada *sunbursting*.¹¹⁸⁹

Não obstante, no direito norte-americano, a discussão acerca dos efeitos temporais das modificações na jurisprudência teve seu maior desenvolvimento no processo penal, em especial no que se refere à admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, doutrina que, construída na jurisprudência da Suprema Corte, recebeu a denominação de *exclusionary rules*.

A esse respeito, a Suprema Corte norte-americana, num primeiro momento, e na linha de sua compreensão inicial do princípio federativo, entendia que as garantias constitucionais previstas nas oito primeiras emendas à Constituição americana (*Bill of Rights*) não se aplicavam aos Estados, em razão de sua autonomia federativa, assentando que a inadmissibilidade das provas ilícitas estava restrita àquelas obtidas por autoridades policiais federais, sendo admissíveis as provas obtidas ilicitamente por autoridades estaduais.¹¹⁹⁰

Assim, em *Wolf v. Colorado* (1949), a Suprema Corte decidiu que as provas obtidas por meios ilícitos por autoridades policiais dos Estados eram admissíveis no processo penal,

¹¹⁸⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op. cit.*, pp. 203/204. Thomas da Rosa de Bustamante aponta, como um precedente em que a técnica teria sido aplicada, embora em período anterior à sua elaboração teórica, que veio a ocorrer apenas no início do século XX, a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Bingham v. Miller* (1848), por meio da qual se entendeu que o Parlamento não teria competência para conceder o divórcio, embora preservando-se os atos até então praticados (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, pp. 414/415).

¹¹⁸⁸ MEERBEECK, Jérémie Van. *De la certitude à la confiance (...)*. *Op. cit.*, pp. 419/420; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, pp. 508/509; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito(...)*. *Op. cit.*, p. 270.

¹¹⁸⁹ Item 18 do voto de Lord Nicholls of Birkhead em *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited and others and others* (Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudmt/jd050630/nat-1.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2015).

¹¹⁹⁰ “When it was first recognized by the Supreme Court, the exclusionary rule applied only to evidence seized by federal officials. The Court did not apply it to the states, because it did not regard the Bill of Rights as applicable to the states.” (Em tradução livre: “Quando foi pela primeira vez reconhecida pela Suprema Corte, a regra de exclusão se aplicava unicamente a evidência apreendida por oficiais federais. A Corte não a aplicou aos Estados, porque não considerava a Carta de Direitos aplicável aos Estados”) (KLOTTER, John C.; KANOVITZ, Jacqueline R.; KANOVITZ, Michael I. *Constitutional law*. 8. ed. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1998, p. 230). Para uma análise da evolução da doutrina das *exclusionary rules*, cf. ROMANO NETO, Odilon. Influência americana na reforma do código de processo penal. In: *Revista eletrônica de direito processual*. vol. IV. Ano 3. Rio de Janeiro: UERJ, jul./dez. 2009, pp. 333/335. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2012.

sendo tal entendimento modificado apenas no célebre caso *Mapp v. Ohio* (1961),¹¹⁹¹ no qual se consolidou o entendimento prevalente até os dias atuais, no sentido da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, independentemente da autoridade que a obtenha.¹¹⁹²

Diante da modificação na jurisprudência, seguiram-se diversas tentativas, pela via do *habeas corpus*, de ver revertidas anteriores condenações criminais que tiveram por fundamento provas obtidas ilicitamente por autoridades estaduais, razão pela qual a Suprema Corte viu-se compelida a discutir a extensão dos efeitos da modificação jurisprudencial, o que se deu em especial no célebre caso *Linkletter v. Walker*, de 1965.¹¹⁹³

Em *Linkletter v. Walker*, a Suprema Corte entendeu que a nova orientação adotada em *Mapp v. Ohio* não poderia ser aplicada retroativamente, na medida em que “abalaria a confiança que os órgãos do Estado haviam depositado em *Wolf vs. Colorado*, além de impor desarrazoada carga de trabalho ao Judiciário”.¹¹⁹⁴ Desenha-se, portanto, neste célebre julgado, a doutrina do *prospective overruling* ou da *superação prospectiva ou para o futuro*.

Os critérios para a atribuição de eficácia prospectiva às mudanças jurisprudenciais, porém, só vieram a ser definidos com maior clareza em *Stovall v. Denno* (1967), levando em

¹¹⁹¹ Em *Mapp v. Ohio*, a Suprema Corte norte-americana apreciou a legitimidade de uma condenação criminal imposta à Sr.a Mapp, por posse de material pornográfico, na medida em que este material foi apreendido em sua residência por oficiais de polícia de Cleveland, sem o respaldo de um mandado de busca e apreensão, eis que, no ato da realização da diligência, os policiais exibiram à acusada um suposto mandado de busca e apreensão, cuja efetiva existência não foi comprovada em juízo (“At the trial no search warrant was produced by the prosecution”), registrando-se, inclusive no julgamento da Corte Suprema de Ohio, dúvida se em algum momento referido mandado teria efetivamente existido (“There is, in the record, considerable doubt as to whether there ever was any warrant for the search of defendant’s home”). Confrontada com tal situação, a Suprema Corte norte-americana, após análise da evolução de sua jurisprudência acerca das garantias constitucionais da Quarta e da Quinta emendas à Constituição americana, em combinação com a garantia do devido processo (*due process clause*) prevista da Décima-Quarta emenda, chega à conclusão de que, em *Wolf v. Colorado*, a Suprema Corte, embora reconhecendo serem tais regras de exclusão oponíveis aos Estados, afastou em concreto sua aplicação, fundada em circunstâncias fáticas que não mais se encontravam presentes 35 anos depois daquela decisão. Assim, por exemplo, em *Wolf v. Colorado* um dos argumentos utilizados pela Suprema Corte é que havia grande discrepância no entendimento sobre a matéria entre as Cortes Estaduais, sendo em grande número aquelas que consideravam inoponíveis aos Estados as cláusulas de exclusão, de forma que a Suprema Corte não poderia simplesmente desprezar a experiência dessas Cortes Estaduais; tal situação, porém, já não estaria mais presente, eis que passados vários anos de *Wolf v. Colorado*, o número de Cortes Estaduais que ainda consideravam as regras de exclusão inaplicáveis aos Estados era significativamente menor. Diante desse contexto de modificação das circunstâncias que embasaram *Wolf v. Colorado*, entendeu a Suprema Corte que a conclusão lá alcançada não poderia mais ser sustentada, razão pela qual modificou seu entendimento até então consolidado, passando doravante a entender que as cláusulas de exclusão eram igualmente aplicáveis aos Estados-membros.

¹¹⁹² Sobre o caso *Mapp v. Ohio*, cf. BODART, Bruno Vinicius da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. In: *Revista de processo (RePro)*. Ano 36.vol. 198, ago. 2011, p. 392.

¹¹⁹³ *Ibidem*, p. 392.

¹¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 392.

consideração a amplitude da confiança depositada no entendimento anterior pelas autoridades responsáveis pela aplicação da lei e o impacto que a aplicação retroativa eventualmente terá sobre a administração judiciária.¹¹⁹⁵

Outros julgados são apontados pela doutrina como de fundamental importância para a compreensão da doutrina do *prospective overruling* nos Estados Unidos, em especial a decisão proferida pela Suprema Corte em *Chevron Oil Co. v. Huson* (1971), considerada como aquela em que se definiram os parâmetros para a aplicação da doutrina em casos cíveis. Nesta decisão se estabeleceu que a atribuição de efeitos prospectivos às decisões de superação de precedentes (*prospective overruling*) deveria levar em consideração as vantagens e desvantagens envolvidas no emprego da técnica, dada a história da regra jurídica, sua finalidade e seus efeitos, bem como a verificação se, em concreto, a aplicação retroativa do novo entendimento seria apta a violar a confiança depositada pelos jurisdicionados no entendimento anterior, gerando um tratamento não equitativo.¹¹⁹⁶

Não obstante, após esse período de desenvolvimento da técnica do *prospective overruling*, cuja aplicação pela Suprema Corte norte-americana se deu em diversas oportunidades, a doutrina tem apontado para uma perda de prestígio da técnica, cuja utilização, a partir dos anos 1980, em razão das críticas a ela direcionadas, vem se fazendo cada vez menos frequente nos Estados Unidos.¹¹⁹⁷

Com efeito, relata a doutrina que a Suprema Corte, nos julgados proferidos em *United States v. Johnson* e em *Griffith v. Kentucky* (1987), afastou-se da compreensão estabelecida em *Linkletter v. Walker*, voltando a se orientar pela necessidade de se reconhecer efeitos retroativos às decisões que modificassem precedentes em matéria criminal, aplicando-se desde logo a nova orientação aos casos pendentes de julgamento.¹¹⁹⁸

Na jurisdição civil, o prestígio da doutrina do *prospective overruling* começa a se abalar no julgamento de *American Trucking Associations, Inc. v. Smith* (1990), no qual,

¹¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 392/393.

¹¹⁹⁶ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, p. 513; MELLO, Patrícia Perrone de Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito(...)*. *Op. cit.*, p. 271.

¹¹⁹⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, pp. 511/512; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, pp. 246/249.

¹¹⁹⁸ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, pp. 513/514; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 247.

embora preservada sua aplicação, sujeitou-se a severas críticas por parte dos *Justices* que adotaram posição contrária à sua compatibilidade com o papel do Poder Judiciário.¹¹⁹⁹ Em *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia* (1991) foram igualmente feitos questionamentos quanto à compatibilidade do *prospective overruling* com a Constituição.¹²⁰⁰

No julgamento de *Harper v. Virginia Department of Taxation* (1993), as críticas até então desenvolvidas ao *prospective overruling* acabam por conduzir a um afastamento da técnica, marcando um retorno da Suprema Corte à sua compreensão inicial de que as decisões modificadoras de jurisprudência devem ter efeitos retroativos,¹²⁰¹ posição reafirmada em 1994 no julgamento de *Landgraf v. USI Film Products*.¹²⁰²

Como se observa, embora os Estados Unidos tenham sido o *berço* da técnica de superação de precedentes com efeitos prospectivos (*prospective overruling*), no momento atual o emprego da técnica está em claro declínio, verificando-se nos julgados mais recentes da Suprema Corte um retorno à original atribuição de efeitos retroativos.

7.2.1.2. Modalidades de *prospective overruling*

Conforme ressalta a doutrina, não há uma modalidade única de *prospective overruling*, apresentando-se esta sob variantes diversas,¹²⁰³ com maior ou menor grau de afastamento da regra geral de retroação ou, em outras palavras, com maior ou menor grau de preservação da aplicação do precedente revogado às situações jurídicas anteriores à de sua superação.

É possível, por exemplo, que a decisão revogadora do precedente produza efeitos futuros imediatos, alcançando todas as relações jurídicas constituídas após sua prolação ou, ainda, que se fixe um marco temporal no futuro, a partir do qual o novo entendimento será aplicado. Há variantes em que o novo entendimento é aplicado ao caso que ensejou a

¹¹⁹⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, p. 515.

¹²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 515/516; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, pp. 247/248.

¹²⁰¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, pp. 516/517.

¹²⁰² PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 248.

¹²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC (...)*. *Op. cit.*, pp. 169/172; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, pp. 415/422.

superação do precedente, em respeito ao esforço argumentativo da parte que conseguiu convencer o tribunal da necessidade de mudança, ao passo que há outras situações em que nem mesmo o caso em que se deu o *overruling* é alcançado pelo novo entendimento, continuando a relação jurídica nele discutida a ser regida pelo precedente revogado.

Igualmente possível, conforme leciona a doutrina, é a combinação dessas diferentes técnicas, dando origem a situações intermediárias no tratamento dos efeitos temporais da decisão que supera um precedente (*overruling*).¹²⁰⁴

Diante dessa variedade de técnicas de modulação temporal, ou mesmo da possibilidade de sua combinação, a utilização do termo *prospective overruling* acaba ficando restrita à designação genérica da técnica consistente em afastar a aplicação retroativa de um novo entendimento,¹²⁰⁵ o que, de outra forma, seria a regra não só nos sistemas jurídicos do *civil law*, mas também nos sistemas jurídicos do *common law*.¹²⁰⁶

7.2.1.2.1. O *prospective prospective overruling*

Uma primeira modalidade ou variante de *prospective overruling* é o denominado *prospective prospective overruling*, segundo o qual a aplicação do novo entendimento se dá apenas a partir de um marco temporal futuro estabelecido pelo tribunal que praticou o *overruling*, de forma que as relações jurídicas constituídas em momento anterior ao fixado continuam a ser regidas pelo entendimento consagrado no precedente revogado.

Não há uma aplicação imediata da solução adotada na decisão revogadora do precedente. Estabelece-se, ao contrário, um marco temporal futuro, a partir do qual as relações jurídicas novas passarão a ser regidas pelo novo entendimento. Há, em outras palavras, a postergação dos efeitos do precedente revogador.

¹²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC (...)*. *Op. cit.*, p. 170.

¹²⁰⁵ *Ibidem*, p. 170.

¹²⁰⁶ "Frise-se que no *Common Law*, em regra, a revogação deve ter efeitos retroativos. Apenas excepcionalmente, quando há confiança justificada no precedente, é que se admite dar efeitos prospectivos ao *overruling*" (CARNEIRO JUNIOR, Amílcar Araújo. Parâmetros do *common law* (...). *Op. cit.*, p. 115).

Ficam excluídos, portanto, da regulação contida no novo entendimento não apenas o caso sob julgamento e no qual se deu a modificação na jurisprudência, mas também os casos anteriores e todos os demais que se refiram a relações jurídicas constituídas no período que antecede o marco temporal estabelecido no precedente revogador.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a técnica do *prospective prospective overruling* foi utilizada, por exemplo, quando do julgamento do caso *Spaniel v. Mounds View School District n. 621* pela Corte de Minnesota, eis que esta revogou anterior precedente em que reconhecia a imunidade às unidades estudantis municipais, mas declarou que o novo entendimento somente seria aplicado a partir do término da próxima legislatura.¹²⁰⁷

É técnica que se assemelha à utilizada no Brasil em sede de controle de constitucionalidade, por força do artigo 27 da Lei 9.868/99, que também autoriza o Supremo Tribunal Federal a estabelecer marcos futuros para a incidência da decisão que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo.

7.2.1.2.2. O *pure prospective overruling*

Nesta modalidade de *prospective overruling*, a decisão que modifica a jurisprudência anterior tem, como o próprio nome sugere, uma aplicação *puramente* direcionada para o futuro, de forma que o novo entendimento alcança unicamente os fatos ocorridos após a data da decisão que implementa a modificação na jurisprudência.

Os fatos ocorridos anteriormente à decisão, inclusive aqueles objeto de discussão no caso em que se deu a modificação na jurisprudência, permanecem regidos pelo entendimento consagrado na jurisprudência revogada.¹²⁰⁸ Lord Nicholls of Birkenhead, no item 9 de seu já referido voto proferido em *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited and others and others* sintetizou com precisão o *pure prospective overruling*:

Overruling deste tipo simples ou "puro" tem por consequência que a decisão da corte tenha um efeito exclusivamente prospectivo. A decisão se aplica unicamente a

¹²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 421.

¹²⁰⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, p. 420.

transações ou acontecimentos havidos após a data da decisão da corte. Todas as transações realizadas, ou eventos ocorridos, antes dessa data continuam a ser governados pelo direito tal qual era concebido antes que a corte tenha dado sua decisão.¹²⁰⁹

Em síntese, *nopure prospective overruling* o novo entendimento não retroage para alcançar fatos anteriores à prolação da decisão revogadora, permanecendo esses fatos, inclusive os discutidos no próprio caso em que prolatada a decisão de *overruling*, regulados pelo entendimento anterior.¹²¹⁰ A aplicação do novo entendimento é, portanto, *puramente prospectiva*, como indica a denominação que a doutrina dá à própria técnica.

7.2.1.2.3. O *regular* ou *selective prospective overruling*

Nesta modalidade de *prospective overruling*, a Corte que opera a modificação na jurisprudência busca conferir maior equilíbrio à necessidade de se preservar a confiança depositada pelo universo de jurisdicionados no entendimento anteriormente consolidado, de um lado e, de outro, prestigiar o esforço daqueles que buscaram desenvolver uma argumentação apta à demonstração da incorreção do entendimento anterior.¹²¹¹

Segundo esta técnica, embora a decisão modificadora projete seus efeitos para o futuro, atingindo apenas os fatos ocorridos após a modificação, o caso em que se deu a modificação é regido pelo novo entendimento, como forma de prestigiar o esforço dispendido pela parte que conseguiu demonstrar a incorreção do entendimento anterior.

Também é admitido que o novo entendimento alcance todos aqueles que ajuizaram ações antes da modificação da jurisprudência, embora esta não tenha ocorrido

¹²⁰⁹ Tradução livre do original: "Overruling of this simple or 'pure' type has the effect that the court ruling has an exclusively prospective effect. The ruling applies only to transactions or happenings occurring after the date of the court decision. All transactions entered into, or events occurring, before that date continue to be governed by the law as it was conceived to be before the court gave its ruling" (Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudmt/jd050630/nat-1.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2015).

¹²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC (...)*. *Op. cit.*, pp. 170/171. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 421.

¹²¹¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial (...)*. *Op. cit.*, pp. 420/421.

especificamente em seus processos, na medida em que, de certa forma, todos contribuíram, com seus argumentos, para o desenvolvimento do direito.¹²¹²

Esta última variante foi empregada, por exemplo, pela CJUE, no já referido *Caso Legros* (C-163/90) (*supra*, seção 5.4.2), em que se decidiu pela inexigibilidade de direitos de importação (*octroi de mer*) pela administração aduaneira francesa, atribuindo, porém, em razão do comportamento das instituições comunitárias (em especial da Comissão Europeia), efeitos prospectivos à decisão. Apesar da atribuição de efeitos prospectivos à sua decisão, decidiu a CJUE que as partes diretamente envolvidas no caso, bem como aqueles que até a data da decisão houvessem interposto recurso ou qualquer outro meio de impugnação, poderiam se beneficiar do novo entendimento e repetir os valores indevidamente pagos.¹²¹³

Servindo-nos dos ensinamentos de *Lord Nicholls of Birkenhead* no citado caso *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited and others and others*, em que designa esta variante como *limitada* ou *seletiva*, pode a técnica ser assim sintetizada:

Outras formas de *prospective overruling* são mais limitadas e 'seletivas' no seu distanciamento dos efeitos normais das decisões judiciais. A decisão em sua operação pode ser prospectiva e, adicionalmente, retrospectiva quanto aos seus efeitos entre as partes no caso no qual a decisão é proferida. Ou a decisão pode ser prospectiva e, adicionalmente, retrospectiva entre as partes no caso no qual a decisão foi proferida e também entre as partes em quaisquer outros casos já pendentes perante os tribunais. Há outras variações sobre o mesmo tema.¹²¹⁴

Essa modalidade de superação prospectiva, que nos parece a mais equilibrada, busca, de um lado, proteger a confiança depositada no precedente, mas de outro respeita a *própria dinâmica processual*, prestigiando a parte que, tendo desenvolvido uma argumentação sólida e consistente, convenceu o tribunal a modificar seu entendimento.¹²¹⁵

¹²¹² *Ibidem*, pp. 420/421.

¹²¹³ O caso, como já referido, não trata especificamente de uma modificação na jurisprudência, mas a técnica empregada tem idêntico conteúdo à prospectividade seletiva ora analisada.

¹²¹⁴ Tradução livre do original: "10. Other forms of prospective overruling are more limited and 'selective' in their departure from the normal effect of court decisions. The ruling in its operation may be prospective and, additionally, retrospective in its effect as between the parties to the case in which the ruling is given. Or the ruling may be prospective and, additionally, retrospective as between the parties in the case in which the ruling was given and also as between the parties in any other cases already pending before the courts. There are other variations on the same theme" (Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudmt/jd050630/nat-1.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2015).

¹²¹⁵ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 422.

Sua aplicação parece, ainda, particularmente adequada ao direito brasileiro, cuja evolução, consoante verificado no capítulo quarto, caminha em alguma medida para a adoção de processos-modelo, tanto em sede de recurso extraordinário, quanto especial e de revista, com uma seleção de processos representativos da controvérsia, ficando os demais sobrestados aguardando julgamento. A aplicação da prospectividade seletiva, regendo-se pelo novo entendimento todos os casos já ajuizados, prestigia todos aqueles que envidaram esforços para a modificação na jurisprudência, independentemente de haver ou não o seu recurso sido selecionado como representativo da controvérsia.

7.2.1.3. Críticas à técnica do *prospective overruling*

A técnica do *prospective overruling*, em especial em sua variante mais rígida do *pure prospective overruling*, em que a limitação dos efeitos retroativos da decisão afasta a sua incidência até mesmo no próprio caso em que se operou a modificação, não é imune a críticas, na medida em que retira qualquer resultado útil do jurisdicionado que, por meio de uma argumentação rigorosamente elaborada, conseguiu a superação do precedente. O esforço demandado para o convencimento do tribunal não é recompensado pela tutela jurisdicional pretendida, embora se lhe reconheça razão, quanto à incorreção do entendimento anterior.¹²¹⁶

Considera-se, mesmo, que o emprego indiscriminado do *pure prospective overruling* pode ter o efeito perverso de desestimular o esforço das partes em buscar a superação de um precedente, contribuindo para uma estagnação do direito, ao invés de estimular sua evolução, que é, ao final, o que se pretende com a modulação temporal.¹²¹⁷

Com efeito, uma das razões sustentadas por aqueles que defendem o emprego da técnica da revogação com efeitos prospectivos é que esta contribuiria para que o Judiciário tenha uma posição menos conservadora na atualização de sua jurisprudência, na medida em que lhe permite conter os efeitos da modificação, limitando eventuais consequências gravosas que poderiam decorrer da aplicação retroativa do novo entendimento.

¹²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC (...)*. *Op. cit.*, p. 171.

¹²¹⁷ *Ibidem*, p. 171.

A gravidade das consequências decorrentes de uma modificação na jurisprudência com efeitos retroativos pode inibir a realização de tais mudanças, muitas vezes necessárias à evolução do direito. É um verdadeiro *freio* ao exercício do poder de rever entendimentos anteriores.¹²¹⁸ Conferir aos tribunais o poder de conter os efeitos negativos da modificação, pelo manejo dos efeitos temporais da decisão, contribuiria, assim, para a evolução do direito.

Não obstante, essa evolução depende de um trabalho de convencimento desempenhado pelas partes nos casos levados ao Judiciário. Se as partes, em razão da aplicação de uma prospectividade pura, não terão qualquer benefício pelo esforço argumentativo despendido, perderão o interesse em demonstrar ao Judiciário o desacerto do entendimento anterior ou a necessidade de sua evolução, contribuindo, paradoxalmente, para uma estagnação do direito.

De outra parte, objeções também são feitas no plano da isonomia, ao argumento de que a técnica criaria um tratamento desigual entre jurisdicionados, na medida em que parcela deles (aqueles cujos atos foram praticados antes do *overruling*) permaneceria regida, em suas condutas, pelo entendimento antigo, ao passo que os jurisdicionados que praticarem atos após a decisão já o fariam sob a égide do novo entendimento. Mesmo em sua forma *seletiva* ou *limitada*, haveria uma diferenciação de tratamento entre os jurisdicionados que propuseram ações judiciais antes da modificação e aqueles que assim não o fizeram.¹²¹⁹

Impõe-se, assim, um equilíbrio no manejo da técnica da superação prospectiva, a fim de que dela se extraiam os necessários benefícios, relacionados à proteção da confiança dos jurisdicionados, sem, contudo, desestimular a própria evolução do direito.

¹²¹⁸ CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. *Precedent in english law. Op. cit.*, p. 229.

¹²¹⁹ A propósito dessa crítica, merece transcrição excerto do voto de *Lord Nicholls* of Birkenhead: "27. This [o tratamento desigual] is most marked in criminal cases, where 'pure' prospective overruling would leave a successful defendant languishing in prison. 'Selective' prospective overruling avoids this consequence but it could see a successful defendant freed while others in like case stayed in prison. In civil cases 'pure' prospective overruling would hinder the development of the law by discouraging claimants from challenging a prevailing view of the law. 'Selective' overruling, if only the successful claimant benefits from the change, is likely to mean that persons in like case are treated differently. Further, it would introduce an arbitrary element into the law. The ability to obtain an effective remedy could depend upon which of several challenges reaches the House of Lords first. Even if everyone who had already commenced proceedings was given the benefit of the court ruling there would still be scope for discrimination: there would be discrimination between those who knew they might have a claim and started proceeding post-haste and those, lacking proper advice, who were unaware they might have a claim" (Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudmt/jd050630/nat-1.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2015).

Nessa linha, parece-nos que a melhor fórmula de superação prospectiva é aquela em que os efeitos da decisão modificadora se projetam apenas para o futuro, mas alcançando também o caso em que se operou a modificação e, na medida do possível, todos os casos pendentes de julgamento nesta ocasião, uma vez que esta modalidade permite considerar a *atuação concreta* dos jurisdicionados diante do entendimento anterior, ainda que analisada a tal atuação de forma conjunta (por grupos de casos ou de situações) e não individualizada.¹²²⁰

7.2.1.4. A modulação temporal nas modificações na jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia

Como observado (*supra*, seção 1.3), o direito comunitário europeu, desde o Tratado de Roma (1957), por meio do qual foi instituída a Comunidade Econômica Europeia, incorporou o princípio da proteção da confiança, autorizando a CJUE a modular os efeitos das decisões que declarem a nulidade de regulamentos expedidos por órgãos comunitários, autorização ampliada com o Tratado de Lisboa, para alcançar também as decisões que declarem a nulidade de atos administrativos oriundos desses mesmos órgãos, na linha do que já vinha entendendo a Corte de Justiça da União Europeia em sua jurisprudência.

A partir dessas autorizações existentes no direito comunitário positivo, a jurisprudência da CJUE evoluiu para admitir também a modulação de efeitos temporais de decisões que alterem sua jurisprudência. Em outras palavras, passou a Corte a admitir a modulação temporal nas modificações na jurisprudência no âmbito comunitário.¹²²¹

Um exemplo de modulação de efeitos temporais nas modificações na jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia nos é trazido por Jérémie Van Meerbeek,¹²²² relativamente ao caso *Cabanis v. Issarte*, julgado no ano de 1996.¹²²³

¹²²⁰ Acerca da mitigação da exigência de uma análise individualizada da atuação dos jurisdicionados nas hipóteses de modificações na jurisprudência cf., *supra*, as considerações desenvolvidas na seção 1.5.

¹²²¹ MEERBEECK, Jérémie Van. *De la certitude à la confiance (...)*. *Op. cit.*, p. 84.

¹²²² *Ibidem*, p. 84.

¹²²³ C.J.U.E, C-308/93 (*Cabanis v. Issarte*), j. de 30/04/1996. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de77852e1b8a6b48eeba96adea3e8eeaa.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaNyQe0?text=&docid=99318&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=268162>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

No caso em questão, a Corte discutiu acerca da extensão de direitos previstos no sistema de seguridade social holandês à viúva de um trabalhador de nacionalidade francesa que trabalhara por períodos intercalados na Holanda, lá se aposentando. No acórdão proferido em *Cabanis v. Issarte*, ressaltou-se que, em conformidade com anteriores julgados da CJUE,¹²²⁴ adotava-se uma interpretação restritiva do Regulamento nº 1408/71, relativamente à igualdade de direitos securitários entre nacionais de um país e cidadãos de outros países da comunidade, mas que tal interpretação restritiva não mais poderia subsistir por contrária à "liberdade de circulação de trabalhadores", ao "princípio da não-discriminação" e à "tendência no sentido da universalização da cobertura de segurança social".

Não obstante, a CJUE acolheu a alegação de que a alteração em sua jurisprudência, por ampliar o acesso a benefícios sociais, comparativamente à sua jurisprudência consolidada, poderia trazer graves consequências, no que diz respeito ao financiamento dos regimes de seguridade social, havendo por bem limitar no tempo os efeitos de sua decisão, para determinar que o novo entendimento não poderia ser invocado, quanto a benefícios relativos a períodos anteriores à nova decisão, salvo em relação a pessoas que tenham, anteriormente a esta data, iniciado uma ação judicial ou apresentado uma reclamação equivalente.¹²²⁵

Neste julgamento, foi suficiente à CJUE, para decidir no sentido da realização da modulação dos efeitos da decisão no tempo, a existência de graves consequências econômicas decorrentes da modificação na jurisprudência. Não obstante, em outros acórdãos, parece haver uma tendência em não se reconhecer tal circunstância, por si só, como suficiente.

Com efeito, em *Steven Malcolm Brown v. The Secretary of State for Scotland* (C-197/86),¹²²⁶ a CJUE, ao apreciar a recusa da Escócia em conceder uma bolsa de estudos universitários para a subsistência de *Brown*, com base apenas em sua nacionalidade, entendeu

¹²²⁴ C-40/76 (*Kermaschek*), C-157/84 (*Fracogna*), C-94/84 (*Deak*), C-147/87 (*Zaoui*), C-243/91 (*Taghavi*) e C-310/91 (*Schmid*).

¹²²⁵ Parágrafo 48 do acórdão. A confrontação entre as versões em português ("o presente acórdão só pode ser invocado em apoio de reivindicações relativas a prestações referentes a períodos anteriores à data da sua prolação, salvo no que diz respeito às pessoas que tenham, antes dessa data, intentado uma acção judicial ou apresentado uma reclamação equivalente") e em inglês ("this judgment cannot be relied on in support of claims concerning benefits relating to periods prior to the date of delivery of this judgment, except by persons who have, prior to that date, initiated proceedings or raised an equivalent claim"), quanto a este ponto central, permite identificar ter sido esta a limitação temporal imposta ao novo entendimento.

¹²²⁶ Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=94667&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=602421>>. Acesso em: 15 set. 2015.

que o princípio da não-discriminação previsto nos tratados da União Europeia albergavam o pagamento de taxas de matrícula e mensalidades escolares, mas não o pagamento de auxílios voltados à subsistência do estudante que, por se tratarem de benefícios ligados à política de ensino e à política social, não estariam protegidos pelos tratados de não-discriminação.

Não obstante, no superveniente julgamento de *Rudy Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Lovain-la Neuve* (Bélgica) (C-184/99),¹²²⁷ em que se discutia o direito ao recebimento de um benefício destinado a assegurar o mínimo à subsistência de uma estudante francesa (Rudy), que cursava educação física na Bélgica, a CJUE, considerando o fortalecimento da cidadania europeia em supervenientes tratados, entendeu que os benefícios sociais a estudantes estavam protegidos pelo princípio da não-discriminação, superando assim seu anterior entendimento fixado em *Brown*.¹²²⁸

O Estado belga solicitou a modulação temporal dos efeitos dessa nova decisão, ao argumento de que a mudança de orientação traria uma "perturbação retroativa" dos sistemas de abono social. Tal modulação, no entanto, foi recusada pela CJUE, ao argumento de que a simples gravidade das consequências econômicas oriundas da modificação não são suficientes para a modulação temporal, exigindo-se também que o comportamento dos Estados-Membros ou da própria Comissão Europeia tenha induzido um comportamento contrário ao regulamento. Relevante, a respeito, a transcrição dos parágrafos 52 e 53 do acórdão:

52. Além disso, é jurisprudência constante que as consequências financeiras que podem resultar para um Estado-Membro de um acórdão proferido a título prejudicial não justificam, por si sós, a limitação dos efeitos no tempo desse acórdão (v., designadamente, acórdão Buchner e o., já referido, nº 41).

53. Efectivamente, o Tribunal de Justiça só recorreu a esta solução em circunstâncias bem precisas, quando, por um lado, existia um risco de repercussões econômicas graves devidas em especial ao número elevado de relações jurídicas constituídas de boa fé com base na regulamentação considerada como estando validamente em vigor e que, por outro, se mostrava que os particulares e as autoridades nacionais tinham sido incitados a um comportamento não conforme à regulamentação comunitária em virtude de uma incerteza objectiva e importante quanto ao alcance das disposições comunitárias, incerteza para a qual tinham

¹²²⁷ Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46599&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=593312>>. Acesso em: 15 set. 2015.

¹²²⁸ Ressalte-se que, em rigor, não houve aqui propriamente uma modificação na jurisprudência, no sentido em que definida no capítulo anterior, na medida em que a *nova orientação* da CJUE decorreu de um novo contexto normativo surgido após o julgamento do caso Brown. De toda forma, na medida em que o caso foi tratado pela CJUE como sendo uma modificação na sua jurisprudência, cabe analisar as consequências que dela extraiu, na temática da modulação temporal.

eventualmente contribuído os próprios comportamentos adotados por outros Estados-Membros ou pela Comissão (v. acórdão Roders e o., já referido, nº 43).

Como se observa, o emprego da técnica da modulação temporal exigiria, além das graves consequências econômicas advindas da nova orientação, que aquele que suportará esses custos decorrentes da mudança tenha sido induzido a atuar de forma contrária ao regulamento por *comportamentos adotados por outros Estados-Membros ou pela Comissão*.

Esta foi também a orientação adotada pela CJUE no já referido *Caso Legros* (C-163/90) (*supra*, seção 5.4.2), em que se contrapuseram importadores de veículos e a administração aduaneira francesa, no qual a Corte, em decisão acerca da cobrança do *octroi de mer*, houve por bem limitar os efeitos de sua decisão no tempo porque, de um lado, as repercussões econômicas da mudança eram muito significativas e, adicionalmente, porque o próprio ambiente de incerteza e a oscilação no comportamento das instituições comunitárias induziram as autoridades aduaneiras francesas a atuar contra a regulação comunitária.

Assim, uma análise da jurisprudência da CJUE em matéria de modulação temporal dos efeitos de suas decisões mostra que a regra ainda é a atribuição de efeitos retroativos, na medida em que, tratando-se de decisões que interpretam a legislação comunitária, a compreensão prevalente é a de que a regra comunitária é interpretada tal qual deveria ter sido aplicada desde a sua edição, sendo assim em princípio alcançados pela decisão mesmo os casos anteriores. Excepcionalmente, a modulação temporal é admitida, desde que (1) haja consideráveis repercussões econômicas decorrentes da nova orientação e (2) o comportamento daquele que suportará tais repercussões econômicas tenha sido em alguma medida induzido pelo ambiente de incerteza ou pela atuação dos próprios órgãos comunitários. A exigência de que esses dois requisitos sejam cumpridos está presente na generalidade dos casos em que a modulação foi discutida no âmbito da CJUE, que apenas excepcionalmente admitiu o emprego da técnica unicamente em razão das graves repercussões econômicas da decisão.

7.2.2. A técnica dos julgamentos-alerta (*Warnurteile*)

Outro mecanismo desenvolvido com a finalidade de mitigar os efeitos negativos projetados pelas modificações na jurisprudência, utilizado principalmente por cortes alemãs, são os denominados julgamentos-alerta (*Warnurteile*), de que se servem os tribunais para anunciar publicamente que nova reflexão está em curso a respeito de questão jurídica em relação à qual a jurisprudência já se consolidou, sendo possível sua futura modificação.¹²²⁹

São, dessarte, verdadeiro *anúncio público* realizado pelo tribunal com o fim de diminuir o efeito-surpresa decorrente de uma possível modificação na jurisprudência, na medida em que esse anúncio público viabilizaria o planejamento pelos jurisdicionados.¹²³⁰

Na seara tributária, por exemplo, o anúncio de que há uma discussão em curso no tribunal a respeito da legalidade de um tributo até então considerado inexigível por jurisprudência pacífica permitiria que os contribuintes desse tributo provisionassem os valores necessários ao seu pagamento, na hipótese de ocorrer efetiva modificação na jurisprudência, evitando, com isso, serem surpreendidos pela necessidade de pagar de uma única vez elevados valores, o que poderia prejudicar seu equilíbrio financeiro e até mesmo comprometer a atividade empresarial, o que seria danoso para a própria sociedade.

Diferentemente da superação prospectiva (*prospective overruling*), portanto, em que se atua com o objetivo de minorar os efeitos deletérios da modificação sobre a confiança depositada em um entendimento jurisdicional (atuação que se pode dizer *a posteriori*), nos julgamentos-alerta o que se busca é, por meio de uma atuação prévia ou preventiva, obstar o surgimento de expectativas legítimas decorrentes da confiança depositada pelo jurisdicionado no entendimento sedimentado, alertando-o de que este não é seguro e, possivelmente, não é definitivo, não servindo, por tal razão, como base da confiança.¹²³¹

É importante ressaltar, porém, que a existência de um anúncio público de possível alteração na jurisprudência (julgamento-alerta) não significa que efetivamente tal alteração

¹²²⁹ Sobre o tema: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta (...). *Op. cit.*; CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada (...). *Op. cit.*, pp. 44/51.

¹²³⁰ Como ressalta Antonio do Passo Cabral, os julgamentos-alerta "equivalem a uma pronúncia de que a corte 'duvida' da correção do entendimento aplicado até aquele momento, e portanto se afigura possível a alteração de sua conclusão a respeito do tema" (CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada (...). *Op. cit.*, p. 45).

¹²³¹ *Ibidem*, p. 44. Como ressalta o autor, "caso programe suas atividades com base no entendimento que venha a ser alterado, o indivíduo não poderá alegar expectativas legítimas dignas de proteção, porque sua conduta, a partir do momento do anúncio público, fora tomada assumindo o risco da mudança" (*ibidem*, p. 46).

será operada. O julgamento-alerta não é necessariamente seguido de uma alteração na jurisprudência. O que se sinaliza é uma *possibilidade de alteração*, decorrente de uma reflexão em curso a respeito do acerto do entendimento sedimentado, de forma a reduzir o efeito-surpresa da mudança de orientação, caso esta venha concretamente a ocorrer.¹²³²

Exatamente por isso críticas vêm sendo desenvolvidas em relação à técnica de prolação de julgamentos-alerta, na medida em que tem sido apontado pela doutrina que a ausência de um claro direcionamento acerca do sentido em que se orientará a jurisprudência traz grande insegurança jurídica no período superveniente ao anúncio público.¹²³³ Como aponta Antonio do Passo Cabral, para os críticos da técnica, "correto seria mudar imediatamente o entendimento e ponderar, com base na continuidade jurídica, a necessidade de aplicação de regras de transição (como a modulação temporal dos efeitos da decisão)".¹²³⁴

A técnica dos julgamentos-alerta vem sendo utilizada com maior amplitude no direito alemão, em especial pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Tribunal Constitucional, embora decisões do gênero sejam também encontradas na jurisprudência da *House of Lords* inglesa, no Tribunal Federal suíço e, ainda, no Tribunal Constitucional austríaco, consoante nos dá notícia também Antonio do Passo Cabral.¹²³⁵

Parece-nos que a técnica de fato apresenta algumas vantagens, na medida em que prepara a sociedade para uma possível alteração no entendimento consolidado, podendo os atores sociais adotar as providências que entenderem adequadas diante do quadro de possível mudança. No entanto, como bem ressaltou Ravi Peixoto, em comentário à técnica da *sinalização*, "as desvantagens dessa técnica [...] ultrapassam as suas vantagens".¹²³⁶

Com efeito, o objetivo perseguido pela técnica dos julgamentos-alerta é justamente proporcionar maior previsibilidade aos jurisdicionados, alertando-os de que uma modificação

¹²³²*Ibidem*, p. 45.

¹²³³*Ibidem*, p. 47.

¹²³⁴*Ibidem*, p. 47.

¹²³⁵ Refere o autor que a *House of Lords* fez uso da técnica, por exemplo, no julgamento *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.*, de 1963 (*ibidem*, pp. 47/49). Para uma análise detida deste caso, cf. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom. Op. cit.*, p. 344.

¹²³⁶ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica. Op. cit.*, p. 228. Ressalte-se que o autor não diferencia a técnica dos julgamentos-alerta da técnica da *sinalização*, tratando-as conjuntamente sob a denominação de *técnica da sinalização*. A despeito dessa equiparação, a crítica que o autor desenvolve nos parece absolutamente adequada, quando direcionada especificamente aos julgamentos-alerta.

de entendimento pode ocorrer, em razão de um amadurecimento do tribunal acerca da questão jurídica envolvida. Com isso, seriam mitigados os efeitos negativos decorrentes dessa modificação, na hipótese de sua concreta ocorrência.

Ocorre que, consoante reconhece a doutrina, a prolação de julgamento-alerta não necessariamente significa que a modificação de entendimento vá ocorrer. É possível que, após o período necessário à maturação da questão jurídica, o tribunal venha, no futuro, a proferir decisão que confirme e - consequentemente - reforce o entendimento consolidado.¹²³⁷ Além disso, não há qualquer parâmetro temporal a respeito de quando o tribunal voltará a apreciar um caso em que a necessidade de modificação venha a ser novamente enfrentada.

No período compreendido entre a prolação do julgamento-alerta e a decisão que venha, no futuro, a confirmar ou modificar o entendimento consolidado, instaura-se um cenário de absoluta insegurança jurídica, eis que o entendimento consolidado não pode mais ser considerado *base da confiança*, na medida em que alertada a sociedade de que o mesmo é duvidoso, mas por outro lado não há nenhuma evidência segura de que a modificação vá efetivamente ocorrer e em que momento.¹²³⁸

Cria-se um verdadeiro *limbo jurídico* no qual fica mergulhada a questão jurídica, perdendo os jurisdicionados qualquer parâmetro de orientação de seu comportamento. Servindo-nos da precisa crítica de Lucas Buril de Macêdo, embora direcionada à técnica sob a denominação de *sinalização*, os julgamentos-alerta são, "bem vistas as coisas, um meio de *afastar a segurança de uma regra, sem estabelecer a segurança em outra*".¹²³⁹

Por tais razões, pensamos que, a despeito das opiniões em contrário, razão assiste à parcela da doutrina que entende que a incorporação da técnica pelo direito brasileiro é medida nociva, que provoca insegurança, contrariamente às próprias finalidades perseguidas.¹²⁴⁰

¹²³⁷ *Ibidem*, pp. 226/227.

¹²³⁸ *Ibidem*, p. 227.

¹²³⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 411 (itálicos no original). Ressalte-se que o autor não adota a distinção entre julgamentos-alerta e sinalização, tal qual se faz no presente estudo. Não obstante, sua crítica parece apontar, corretamente, ao que aqui se denomina julgamentos-alerta, ou seja, o anúncio público de que a matéria está sob nova apreciação no tribunal.

¹²⁴⁰ Nesse sentido, cf. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 228.

Melhores resultados seriam alcançados, como pugna parcela da doutrina,¹²⁴¹ pela introdução de mecanismos endoprocessuais de ampliação do diálogo do Judiciário com a sociedade, tais como a admissão de *amici curiae* e a realização de audiências públicas, nos processos cujo julgamento possa conduzir à modificação de entendimento consolidado, fixando-se um prazo razoável para a conclusão do julgamento.

Por certo o desenvolvimento de um diálogo nesta forma também demanda algum tempo, durante o qual alguma incerteza haveria acerca da modificação do entendimento; no entanto, a criação de meios institucionais de diálogo com a sociedade no próprio processo e estabelecido um prazo para o seu encerramento, por certo torna-se mais simples a *gestão das incertezas* pela sociedade, até porque a cada ato processual se faz possível acompanhar a evolução das discussões e desenvolver prognósticos acerca de seus resultados, o que não é possível quando o diálogo tendente ao *amadurecimento* da questão se faz extra-autos e sem uma perspectiva temporal minimamente delimitada para seu encerramento.

7.2.3. A técnica do *signaling* ou sinalização

Merece análise, por fim, também como técnica desenvolvida com o objetivo de equilibrar a permanente *tensão entre evolução do direito e proteção da confiança*¹²⁴² nas modificações na jurisprudência, a técnica conhecida por *signaling*, *technique of signaling* ou, ainda, *sinalização*, desenvolvida por tribunais norte-americanos.

O *signaling* ou sinalização é uma técnica de decisão utilizada pelos tribunais para anunciar a provável alteração em seu entendimento consolidado a respeito de determinada questão jurídica, indicando para a sociedade e para a comunidade jurídica que os precedentes

¹²⁴¹ *Ibidem*, p. 228.

¹²⁴² "[...] a história do Direito o comprova: o ordenamento jurídico é perpassado por uma secular relação de tensão entre permanência e ruptura, entre estabilidade e mudança, entre o que tende a ser eterno e o que tende à perpétua mudança." (MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 131).

ou a jurisprudência que o veiculam não devem mais ser considerados base da confiança, eis que provavelmente serão abandonados num futuro próximo.¹²⁴³

Em outras palavras, os tribunais reconhecem a existência de um equívoco no entendimento consolidado, mas optam por não abandoná-lo, ou seja, por não praticar o *overruling*, mantendo-o temporariamente, para preservar a confiança dos jurisdicionados, limitando-se, assim, a anunciar sua futura alteração.¹²⁴⁴ Por tal razão Marinoni, com precisão, leciona que a técnica do *signaling* "pavimenta o caminho para o *overruling* do precedente que acredita deva ser preservado em virtude da justificada confiança".¹²⁴⁵

Em outras palavras, com o emprego da técnica do *signaling*, a Corte evita que a comunidade jurídica, a sociedade e as partes sejam tomadas de surpresa com o abandono de um entendimento consolidado, optando por simplesmente sinalizar esse futuro abandono, o qual, tendo em vista o imperativo de preservação da confiança, é provisoriamente mantido.

Embora parcela da doutrina não diferencie as técnicas do julgamento-alerta e da sinalização,¹²⁴⁶ parece-nos que ambas, embora guardem proximidade, não se confundem.

Como apontou Antonio do Passo Cabral, a diferença substancial entre as técnicas de julgamento-alerta (*Warnurteil*) e *signaling* é que, com relação aos primeiros, não se aponta uma conclusão pelo desacerto do entendimento anterior, mas apenas se anuncia publicamente que uma nova reflexão está em curso, ao passo que o *signaling* já apresenta uma conclusão

¹²⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op. cit., p. 334; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Modulação temporal da jurisprudência*. Op. cit., p. 34. Taruffo e La Torre dão notícia de que o emprego da técnica ocorre, em alguma medida e de maneira aparentemente menos consciente, também na Itália: "Sometimes it happens that, examining the arguments used and paying attention to the *obiter dicta*, one may guess that the court is probably going to change its orientation in future cases" (Tradução livre: Algumas vezes ocorre que, examinando os argumentos utilizados e prestando atenção aos *obiter dicta*, pode-se prever que a corte provavelmente irá modificar sua orientação em casos futuros") (TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. Op. cit., p. 179). Também na Suécia há notícia de seu emprego ("Yet the Supreme Court may write its decision in a manner indicating that it is inclined to perform a more radical change of practice than it does in the case under adjudication") (Tradução livre: Embora a Suprema Corte possa escrever sua decisão de um modo a indicar que está inclinada a realizar uma modificação de prática mais radical do que realiza no caso sob julgamento") (BERGHOLTZ, Gunnar; PECZENIK, Aleksander. *Precedent in Sweden*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 310).

¹²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op. cit., p. 334. No mesmo sentido: ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito (...)*. Op. cit., p. 92.

¹²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op. cit., p. 337.

¹²⁴⁶ Nesse sentido, cf. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., pp. 224/231; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Op. cit., p. 410.

pelo desacerto do entendimento consolidado, que apenas não é superado (*overruled*) por razões de segurança jurídica, que impõem sua preservação ainda por algum tempo.¹²⁴⁷

Naturalmente, como bem aponta Marinoni, nem todo precedente enseja a utilização da técnica do *signaling*, exigindo-se de um modo geral que o precedente goze de efetiva confiabilidade entre os jurisdicionados e a comunidade jurídica, uma vez que “a autoridade e a força do precedente podem variar no tempo”.¹²⁴⁸

Assim, se o precedente já vinha sofrendo críticas por parte da doutrina, principalmente por juristas e professores respeitados no meio jurídico, verificando-se que já vinha perdendo força e credibilidade, a tendência é não se reconhecer a necessidade de aplicação da técnica, procedendo-se desde logo à sua superação.¹²⁴⁹

De outra parte, é possível que a constatação do equívoco do entendimento anterior se dê em caso não diretamente relacionado à questão jurídica objeto do precedente, mas em caso relativo a questão correlata, em que o precedente cuja superação é sinalizada seja tratado de forma apenas lateral, como simples *obiter dictum*.

Nesse caso, não seria de fato apropriado realizar o *overruling*, porque o caso trata de matéria diversa, mas se deixa desde logo *pavimentado* o caminho para a futura superação, quando a corte se deparar com um caso apropriado.¹²⁵⁰ A sinalização, nessa hipótese, tem a vantagem adicional de abrir espaço para uma *superação antecipada* (*anticipatory overruling*) pelas instâncias inferiores, na medida em que estas podem antever com clareza a revogação e desde logo aplicar aos casos sob julgamento a orientação que provavelmente será adotada.

Assim, diferentemente do anúncio-público ou julgamento-alerta, técnica que, consoante pensamos, apresenta desvantagens que não recomendam sua adoção no direito brasileiro, a técnica da sinalização, na medida em que aponta um caminho mais seguro para o qual provavelmente se orientará a jurisprudência, é técnica que minimiza o impacto de sua futura modificação, tornando adequada sua utilização também entre nós.

¹²⁴⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada (...). *Op. cit.*, p. 48.

¹²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 335.

¹²⁴⁹ *Ibidem*, p. 336.

¹²⁵⁰ Sobre o papel do *obiter dictum* na preparação de uma futura modificação na jurisprudência cf., ainda, COUTRON, Laurent. L'identification du revirement (...). *Op. cit.*, pp. 81/83.

7.3. Técnicas de proteção procedimental da confiança

No direito comparado também são encontrados mecanismos procedimentais que buscam tornar mais conscientes as modificações na jurisprudência, contribuindo para que se revistam da cautela necessária e considerem todos os aspectos envolvidos, inclusive a confiança depositada pelos jurisdicionados nos entendimentos jurisprudenciais superados.

Essas técnicas não buscam lidar com os efeitos de uma modificação na jurisprudência já empreendida, mas ao contrário, atuam *preventivamente*, tornando mais previsível, amadurecido e participativo o procedimento voltado a operá-la, diminuindo assim seu impacto sobre os jurisdicionados, que têm melhores condições de se preparar e nela influir.

Nas seções subseqüentes serão apresentadas as principais técnicas adotadas para, do ponto de vista procedimental, tornar mais previsíveis as modificações na jurisprudência, protegendo assim a confiança depositada pelos jurisdicionados.

7.3.1. A reserva de plenário ou a exigência de especial quorum de deliberação

Dentre as técnicas de proteção procedimental existentes no direito comparado, merece destaque a exigência de que a modificação na jurisprudência fique restrita, principalmente nas Cortes Supremas, aos colegiados de maior abrangência, em especial o plenário e os órgãos fracionários de composição mais ampla, negando-se aos demais órgãos dos tribunais o poder de isoladamente rever entendimentos sedimentados pelo tribunal.

Esse é um procedimento previsto, por exemplo, no artigo 686º do Código de Processo Civil Português de 2013 para o Supremo Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:¹²⁵¹

¹²⁵¹ Este dispositivo é reprodução fiel do artigo 732º-A do CPC/61, cuja vigência se encerrou em 1º de setembro de 2013.

Artigo 686.º

Uniformização de jurisprudência

1 — O Presidente do Supremo Tribunal de Justiça determina, até à prolação do acórdão, que o julgamento do recurso se faça com intervenção do pleno das secções cíveis, quando tal se revele necessário ou conveniente para assegurar a uniformidade da jurisprudência.

2 — O julgamento alargado, previsto no número anterior, pode ser requerido por qualquer das partes e deve ser proposto pelo relator, por qualquer dos adjuntos, pelos presidentes das secções cíveis ou pelo Ministério Público.

3 — O relator, ou qualquer dos adjuntos, propõe obrigatoriamente o julgamento ampliado da revista quando verifique a possibilidade de vencimento de solução jurídica que esteja em oposição com jurisprudência uniformizada, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito.

4 — A decisão referida no n.º 1 é definitiva.

Segundo o dispositivo referido, o julgamento do recurso de revista pode ser deslocado para o pleno das secções cíveis, a fim de assegurar a uniformidade da jurisprudência. É mecanismo que, em seus objetivos e forma de estruturação, guarda semelhanças com a assunção de competência, que já se fazia presente no artigo 555, §1º, do CPC/73 (com a redação dada pela Lei 10.352/01), no regimento interno do Superior Tribunal de Justiça brasileiro e que foi agora incorporado com maior amplitude no CPC/2015.

O julgamento ampliado pode ser proposto ainda, nos termos do número 3 do artigo, nas hipóteses em que vislumbrada a possibilidade de modificação na jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça, ressaltando-se que em tal hipótese a submissão ao Plenário não é simplesmente facultada, mas *obrigatória*, consoante literalmente estabelece o dispositivo. Havendo, portanto, a "possibilidade de vencimento de solução jurídica que esteja em oposição com jurisprudência uniformizada, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito", a submissão ao Plenário é necessária, não estando os órgãos fracionários autorizados a proceder isoladamente à alteração.¹²⁵²

Por influência do direito português, o Código de Processo Civil de Macau, no artigo 652-A, prevê o julgamento ampliado dos recursos dirigidos ao Tribunal de Última Instância, nas hipóteses em que houver a "possibilidade de vencimento de solução jurídica que esteja em oposição com a de acórdão anteriormente proferido pelo mesmo tribunal, no domínio da

¹²⁵² Na lição de Paula Costa e Silva, "a transferência da competência pelo colegiado de três juízes à sessão plenária das secções civis no caso no qual seja possível uma inversão da jurisprudência da Corte mostra que a lei não consente que esta inversão, ou seja a criação de uma nova orientação jurisprudencial, provenha de um colegiado restrito" (No original: "Il trasferimento della competenza dal collegio di tre giudici all'adunanza plenaria delle sezioni civili nel caso in cui sia possibile una inversione della giurisprudenza della Corte mostra che la legge non consente che questa inversione, ossia la creazione di un nuovo orientamento giurisprudenziale,

mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito", exigindo-se, em tais casos, que a apreciação se dê em plenário, ante a referência expressa ao artigo 46, número 2, da Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau.¹²⁵³⁻¹²⁵⁴

Também na Espanha há disposição semelhante em relação às modificações na jurisprudência do Tribunal Constitucional, contida no artigo 13 de sua Lei Orgânica (*Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*),¹²⁵⁵⁻¹²⁵⁶ muito embora a doutrina relate que na prática judiciária tal exigência nem sempre seja observada.¹²⁵⁷

O Tribunal Constitucional é integrado por doze membros (artigo 5º de sua Lei Orgânica) e sua atuação pode se dar por meio do *Pleno*, ou de alguma de suas *Salas* ou *Secciones* (artigo 6º da Lei Orgânica). O Tribunal é dividido em duas *Salas*, integrada cada uma por seis juízes, que por sua vez se subdividem em duas *Secciones*, sendo, portanto, colegiados menores na estrutura do Tribunal (artigos 7º e 8º da Lei Orgânica).¹²⁵⁸

Embora os julgamentos possam ocorrer ordinariamente nas *Salas* e nas *Secciones*, conforme competências estabelecidas na Lei Orgânica, sempre que houver a possibilidade de afastamento de *doutrina constitucional* assentada pelo Tribunal, a decisão deverá ser necessariamente tomada pelo *Pleno*, eis que o referido artigo 13 da Lei Orgânica dispõe que nas hipóteses em que uma das *Salas* entender pelo afastamento de qualquer ponto da doutrina constitucional, "la cuestión se someterá a la decisión del Pleno".

Em linha semelhante, na Noruega, Svein Eng esclarece que há uma lei do ano de 1926 (Act of 25 June 1926, nº 2), cujo §1º contém importante regra segundo a qual sempre que um

dipenda da un collegio ristretto”) (SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza (...). *Op. cit.*, p. 415).

¹²⁵³ Texto do CPC de Macau disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/40/codprocivpt/codprociv0601.asp>>. Acesso em: 13 set. 2015. Texto da Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/01/lei09.asp>>. Acesso em: 13 set. 2015.

¹²⁵⁴ LIMA, Viriato Manuel Pinheiro de. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. 1ª reimpr. Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2010, pp. 709/711.

¹²⁵⁵ Artículo trece. Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno.

¹²⁵⁶ RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 262.

¹²⁵⁷ *Ibidem*, pp. 285/286.

¹²⁵⁸ ROBLES GARZÓN, Juan Antonio et al. *Conceptos básicos de derecho procesal civil*. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 100.

ou mais juízes de uma Turma da Suprema Corte (*ordinary panel ou Høyesterett*)¹²⁵⁹ desejarem rever o entendimento manifestado em anterior precedente da própria Turma ou do Plenário, deverá obrigatoriamente submeter a decisão ao Plenário, que então deliberará acerca da necessidade ou não de se rever o entendimento anterior.¹²⁶⁰

Embora a regra não imponha um dever de seguir os precedentes da própria Corte, bem como não restrinja a competência desta de rever seus próprios precedentes, sua introdução se deu como "um meio de unificação da prática dos juízes nas Turmas quando estiverem em desacordo quanto a seguir uma prévia decisão da Suprema Corte".¹²⁶¹

Por fim, cabe registro de que a doutrina tem identificado uma tendência também na Corte de Justiça da União Europeia em estabelecer limitações procedimentais às modificações na jurisprudência, especialmente ao reservar a realização dessas mudanças ao colegiado mais amplo (*Grande Chambre*),¹²⁶² embora essa exigência, na prática, não tenha sido observada em todos os casos e nem haja na Corte um universo de acórdãos que permita delimitar com clareza as hipóteses em que a modificação deva ser feita pelo colegiado mais amplo e aquelas em que colegiados menos expressivos poderiam se afastar da jurisprudência consolidada.¹²⁶³

A adoção de tal limitação procedimental pela Corte, ainda que não se possa considerar uma prática totalmente consolidada, é vista como uma medida importante para que se demonstre sua preocupação com a *coesão interna de suas decisões*, a *coerência da ordem jurídica comutária* e, ainda, com a preservação da *segurança jurídica*.¹²⁶⁴

¹²⁵⁹ Conforme leciona Svein Eng, o termo *Høyesterett* é utilizado tanto para designar a Suprema Corte (sentido amplo do termo), quanto para designar cada uma de suas três Turmas, compostas cada uma por cinco juízes (sentido restrito do termo) (ENG, Svein. *Precedent in Norway. Op. cit.*, p. 189).

¹²⁶⁰ *Ibidem*, pp. 191 e 200/202.

¹²⁶¹ No original: "[...] as a means of unifying the practice of the judges in ordinary panels when they were in disagreement about whether to follow a previous decision of the Supreme Court" (*ibidem*, p. 202).

¹²⁶² A Corte de Justiça da União Europeia é composta por um juiz por Estado-Membro, organizando-se em Câmaras (*Chambres*) integradas por três ou cinco juízes. O Tratado de Nice, celebrado em 26 de fevereiro de 2001, que em linhas gerais buscou adaptar a estrutura da União Europeia à ampliação no número de Estados-Membros, introduziu em sua organização um colegiado mais amplo, denominado *Grande Chambre*, composto atualmente por quinze juízes, nos termos do Protocolo n. 3 anexo ao Tratado sobre o Estatuto da Corte de Justiça da União Europeia. Em questões específicas, especialmente de cunho administrativo, podem as deliberações ocorrer em plenário. (Texto integral do Protocolo n. 3 disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/staut_cons_fr.pdf>. Acesso em: 07 set. 2015). Para uma análise da estrutura da Corte de Justiça da União Europeia cf., ainda, DONY, Marianne. *Droit de l'Union européenne. Op. cit.*, pp. 172/173.

¹²⁶³ COUTRON, Laurent. L'identification du revirement (...). *Op. cit.*, pp. 77/78.

¹²⁶⁴ *Ibidem*, p. 78.

De outra parte, a exigência de um quorum diferenciado para a deliberação nos casos em que possa se operar uma modificação na jurisprudência consolidada é igualmente exigência encontrada no direito comparado, apresentando-se como exemplo novamente o direito processual português, cujo artigo 687º, número 4, do Código de Processo Civil de 2013,¹²⁶⁵ exige, para a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça a presença de pelo menos três quartos dos juízes em exercício nas seções cíveis. Em outras palavras, não só se exige decisão plenária, como referido no artigo 686º, número 3, como a deliberação em plenário exige um quorum de deliberação qualificado.

Exigências desta ordem, embora demandem adaptações e possivelmente até mesmo algum temperamento¹²⁶⁶ para sua eventual incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, afiguram-se-nos de extrema relevância, na medida em que ao mesmo tempo em que deixam aberto um campo de discussão no qual uma modificação na jurisprudência se faz possível, com o que não fica estagnada a evolução do direito, preserva-se a estabilidade da jurisprudência e dos precedentes da Corte, não dando margem a entendimentos personalistas contrários ao entendimento da Suprema Corte.

7.3.2. Ampliação do contraditório

A ampliação do diálogo processual e a maior participação da sociedade em processos nos quais possa vir a se dar uma modificação na jurisprudência tem sido igualmente apontado no direito comparado como um importante mecanismo de proteção procedimental da confiança, na medida em que a participação da sociedade torna mais consciente a mudança e deixa mais claras para o tribunal as consequências dela advindas.

Na França, como já referido, foi elaborado importante relatório por um grupo de trabalho constituído pela Corte de Cassação e presidido por Nicolas Molfessis. Uma das proposições desse grupo era justamente a ampliação do diálogo processual com as partes a

¹²⁶⁵ Que é reprodução fiel do que já dispunha o artigo 732º-B, número 4, do Código de Processo Civil de 1961.

¹²⁶⁶ O quorum de deliberação de três quartos dos juízes, como o exigido na legislação portuguesa, por exemplo, não nos parece limitação cuja adoção seja adequada entre nós, na medida em que se afigura particularmente excessiva, podendo conduzir a uma estagnação na jurisprudência dos tribunais.

respeito dos efeitos da modificação na jurisprudência, de forma que estas pudessem expor suas posições até mesmo em relação à eventual modulação temporal.¹²⁶⁷

Modelo semelhante ao proposto pelo grupo de trabalho existe em Portugal, na medida em que o artigo 687º, número 2, do CPC/2013, reproduzindo integralmente o que já dispunha o artigo 732º-B, número 2, do CPC/61, ao tratar do julgamento dos recursos de revista pelo Supremo Tribunal de Justiça, expressamente dispõe que "se a decisão a proferir envolver alteração de jurisprudência anteriormente uniformizada, o relator ouve previamente as partes caso estas não tenham tido oportunidade de se pronunciar sobre o julgamento alargado", sendo ainda possível a realização de audiência para discussão da questão (artigo 681º do CPC/2013, que reproduz integralmente o que já dispunha o artigo 727º-A do CPC/61).

Para além disso, defendeu o relatório do grupo de trabalho da Corte de Cassação francesa que o diálogo processual fosse aberto também para a sociedade, não devendo ficar restrito às partes, na medida em que, operando-se a modificação na jurisprudência, e tendo esta um papel criador do direito, a questão é de interesse de toda a sociedade e não apenas das partes. Nada mais justificável, afirma o relatório, do que *aqueles cujos interesses sejam afetados pela decisão que modifica a jurisprudência possam exprimir sua posição*.¹²⁶⁸

Para tal fim, defende o recurso à figura do *amicus curiae*, em especial por meio da abertura do diálogo às *organizações e representantes dos interesses em causa na decisão a ser proferida*. Uma abertura desse gênero seria extremamente útil, na medida em que o tribunal se beneficiaria de *informações indispensáveis à sua decisão*, sem que de outro lado se configure qualquer violação ao direito das partes diretamente envolvidas no conflito.¹²⁶⁹

Cabe ressaltar, ainda, que ao lado do relatório principal apresentado pelo grupo de trabalho, houve a elaboração de relatórios anexos, tratando de temas específicos, admitindo-se inclusive a contribuição de entidades profissionais para enriquecimento do debate. Nesse contexto, merece destaque a contribuição da Câmara de Comércio e Indústria de Paris, que defendeu a proposta contida no relatório principal de introdução de um procedimento de *amicus curiae* (*procédure d'amicus curiae*), autorizando a intervenção de entidades da

¹²⁶⁷ MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence (...)*. *Op. cit.*, p. 40.

¹²⁶⁸ No original: "Il est en effet justifié que ceux dont les intérêts sont mis en cause à l'occasion de la décision de revirement puissent exprimer leur position" (*ibidem*, p. 41).

sociedade civil antes da efetiva realização de uma modificação na jurisprudência, para a devida consideração das *necessidades da vida econômica*.¹²⁷⁰

A ampliação do diálogo processual nas modificações da jurisprudência vem sendo defendida também no direito comunitário europeu, havendo na doutrina proposta de que nos casos em tramitação na CJUE em que possa se operar uma modificação, haja a "reabertura do procedimento oral a fim de permitir aos Estados-membros apresentar suas observações".¹²⁷¹

Outra forma de ampliação do diálogo nas modificações na jurisprudência é a intervenção obrigatória do Ministério Público, ante o reconhecimento de que a ruptura com linha jurisprudencial consolidada é fato de extrema relevância e que envolve um interesse público no adequado equilíbrio dos interesses envolvidos, de modo a permitir a evolução da jurisprudência com o máximo respeito às expectativas lastreadas no entendimento anterior.

Intervenção nesses termos é prevista no direito português, na medida em que o artigo 687º, número 1, do CPC/2013¹²⁷² estabelece que, havendo a ampliação do julgamento do recurso de revista (o que, consoante referido na seção anterior, é obrigatório nas hipóteses de modificação na jurisprudência), a intervenção do Ministério Público é obrigatória.¹²⁷³⁻¹²⁷⁴

Como se observa, a doutrina e a legislação estrangeiras reconhecem que a ampliação do diálogo processual, não apenas entre as partes, mas também com a sociedade, pela admissão de *amici curiae* e intervenção do Ministério Público, é medida que contribui para a proteção da confiança dos jurisdicionados, além de configurar importante ferramenta de participação democrática e de concretização do princípio do contraditório.

¹²⁶⁹ *Ibidem*, pp. 41/42.

¹²⁷⁰ CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS. L'application dans le temps de la règle jurisprudentielle. In: MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence: rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*. Paris: Litec, 2005, p. 160.

¹²⁷¹ COUTRON, Laurent. L'identification du revirement (...). *Op. cit.*, p. 78.

¹²⁷² No que reproduz fielmente o que já dispunha o artigo 732º-B, número 1, do CPC/61.

¹²⁷³ Art. 687º, número 1: "Determinado o julgamento pelas secções reunidas, o processo vai com vista ao Ministério Público, por 10 dias, para emissão de parecer sobre a questão que origina a necessidade de uniformização da jurisprudência."

¹²⁷⁴ Disposição com teor praticamente idêntico, claramente inspirada no direito português, é encontrada no artigo 652-B, número 1, do Código de Processo Civil de Macau: "Determinado o julgamento ampliado do recurso, o processo vai com vista ao Ministério Público, por 10 dias, para emissão de parecer sobre a questão que origina a necessidade de uniformização da jurisprudência". Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/40/codprocipt/codprocipt0601.asp>>. Acesso em: 13 set. 2015.

7.3.3. Modelo de julgamento e divulgação de votos dissidentes

Outro aspecto considerado relevante pela doutrina para a proteção da confiança, do ponto de vista procedimental, é o modelo de julgamento adotado pelos tribunais, bem como a prática de divulgação de votos dissidentes, especialmente em relação aos tribunais superiores, cujas decisões têm maior peso na orientação de comportamentos na sociedade.

Uma análise comparativa revela que, embora haja pequenas variações procedimentais em cada país, nos sistemas jurídicos de *common law* e de *civil law* predominam dois modelos de julgamento razoavelmente identificáveis nos tribunais.¹²⁷⁵

No primeiro, embora o julgamento seja colegiado, seu resultado é apresentado como uma decisão única, sem a identificação dos votos proferidos por cada um dos membros do colegiado e sem a divulgação de eventuais votos dissidentes, não sendo possível saber se o julgamento foi unânime ou se houve dissenso, bem como não sendo possível identificar como votou cada juiz e qual ou quais dentre eles tiveram maior influência no resultado final.

É o modelo adotado, por exemplo, por tribunais franceses e italianos, bem como na Corte de Justiça da União Europeia, nos quais não há divulgação dos votos individuais dos juízes, quer tenham sido eles no sentido adotado pela decisão, quer sejam eles votos dissidentes. A decisão é sempre apresentada como um resultado presumivelmente oriundo de entendimento unânime entre seus membros.¹²⁷⁶⁻¹²⁷⁷

Troper e Grzegorzczuk anotam que esse modelo de julgamento é adotado ao fundamento de que a divulgação de votos dissidentes enfraqueceria a legitimidade dos

¹²⁷⁵ Para uma ampla abordagem comparativa dos modelos de julgamento adotados pelos países que integram a União Europeia cf. RAFFAELLI, Rosa. *Dissenting opinions in the supreme courts of the member states*. Brussels: Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2012. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.

¹²⁷⁶ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 110; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. *Op. cit.*, p. 150; TINIÈRE, Romain. Les revirement de jurisprudence de la CJUE (...). *Op. cit.*, p. 149.

¹²⁷⁷ Embora na Itália continue sendo vedada a divulgação de votos dissidentes, há um particularidade digna de nota em seu sistema. Desde 1988, com a vigência da nova lei de responsabilidade civil dos juízes, os votos dissidentes podem ser registrados a pedido do juiz votante, sendo mantidos em sigilo em envelope lacrado (RAFFAELLI, Rosa. *Dissenting opinions in the supreme courts of the member states*. *Op. cit.*, p. 18).

tribunais, na medida em que suas decisões deixariam de ser vistas como *a expressão da verdade*, para serem consideradas *meras opiniões majoritárias*.¹²⁷⁸⁻¹²⁷⁹

No segundo modelo, há a individualização dos votos de cada um dos membros do colegiado, com sua conseqüente divulgação, inclusive dos votos dissidentes, o que permite identificar como votou cada um dos membros do colegiado, conhecendo-se com clareza seus respectivos entendimentos, bem como as razões em que se fundamentaram não só os votos que adotaram a tese vencedora, mas também aqueles que desta divergiram.

Esse modelo é adotado, por exemplo, na Inglaterra e nos Estados Unidos, em que cada um dos juízes que tomaram parte no julgamento pode apresentar seus votos (*opinions*) em separado, sejam eles concordantes ou dissidentes em relação ao voto condutor do julgamento (*opinion of the Court*). A apresentação em separado de votos concordantes não é obrigatória, mas qualquer dos juízes pode fazê-lo, se assim o desejar, até mesmo para apresentar um acréscimo de fundamentação em relação ao voto condutor.¹²⁸⁰

É também o modelo seguido pela Noruega, em especial nos julgamentos realizados pela Suprema Corte, cujas decisões são integradas pelos votos em separado dos diferentes juízes que participaram do julgamento. Ao primeiro juiz votante cabe a exposição da questão jurídica discutida e dos fatos, seguindo-se o seu voto, estrutura semelhante à do voto do relator nos julgamentos dos tribunais brasileiros. Os demais juízes votantes apresentam seus votos em separado, acompanhando ou discordando do relator.¹²⁸¹

¹²⁷⁸ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 110.

¹²⁷⁹ Outras razões apontadas para a adoção deste modelo são (a) a preservação da independência dos juízes frente a pressões externas, (b) a preservação da independência dos juízes nacionais que integram cortes internacionais frente a pressões dos Estados que os indicaram, (c) maior clareza da decisão final, (d) preservação da colegialidade, (e) maior celeridade e menores custos nos julgamentos (RAFFAELLI, Rosa. *Dissenting opinions in the supreme courts of the member states*. *Op. cit.*, pp. 9/12).

¹²⁸⁰ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *Op. cit.*, p. 322; SUMMERS, Robert Samuel. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, p. 360. A doutrina diferencia claramente duas espécies de *separate opinions* ou, literalmente, *votos em separado*. De um lado há as *dissenting opinions* ou votos dissidentes, em que o juiz votante não concorda com o resultado a que chegou o tribunal, com a decisão adotada, propriamente considerada. De outro lado, há a *concurring opinion*, em que o juiz concorda com o resultado alcançado, mas não com os fundamentos que a maioria utilizou para dar suporte a este resultado; em outras palavras, o juiz concorda com a decisão, mas não com os seus fundamentos, razão pela qual divulga em separado o seu voto, que se orienta no mesmo sentido quanto ao resultado, mas apresenta uma fundamentação diversa, *concorrente* com aquela adotada pela maioria (RAFFAELLI, Rosa. *Dissenting opinions in the supreme courts of the member states*. *Op. cit.*, p. 8).

¹²⁸¹ ENG, Svein. Precedent in Norway. *Op. cit.*, p. 193.

Esse modelo de julgamento sofre uma atenuação nos demais tribunais noruegueses, que atuam no julgamento de recursos de apelação (*lagmannsrett*), em que a decisão apresentada é coletiva e subscrita por todos os juízes, mas que discrimina, em sua fundamentação, as diferentes posições adotadas pelos juízes que participaram do julgamento.¹²⁸² Nessa modalidade de julgamento, não há votos em separado, mas isso não chega a impedir que se conheça os diferentes posicionamentos havidos no julgamento.

O Brasil adota um modelo de julgamento que pode ser considerado integrante do segundo grupo, na medida em que existe a possibilidade tanto de divulgação de votos dissidentes, muitas vezes denominados *votos-vencidos*, por representarem uma visão minoritária, em relação ao entendimento que predominou no colegiado, bem como de votos concorrentes, para a veiculação de fundamentação diversa daquela adotada pela maioria, embora direcionada à obtenção de um mesmo resultado quanto à decisão.

Alguns países adotam modelos intermediários, de forma que seus tribunais, embora apresentando suas decisões de forma unitária, autorizam a divulgação em separado dos votos dissidentes.

A Alemanha, ao menos quanto às decisões do Tribunal Federal Constitucional,¹²⁸³ adota este modelo intermediário, na medida em que, em conformidade com o que dispõe a Lei do Tribunal Constitucional Federal, as respectivas decisões devem ser redigidas e assinadas pelos juízes que tomaram parte na decisão, autorizando-se, contudo, a divulgação em separado de votos dissidentes, seja com relação ao resultado da decisão (*dissenting opinion*), seja com relação aos seus fundamentos (*concurring opinion*).¹²⁸⁴

De forma semelhante, os tribunais espanhóis também apresentam suas decisões de forma unitária, subscrita por todos os juízes que tomaram parte no julgamento, autorizando,

¹²⁸² *Ibidem*, p. 193.

¹²⁸³ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 23.

¹²⁸⁴ BVerfGG, §30

(1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet in geheimer Beratung nach seiner freien, aus dem Inhalt der Verhandlung und dem Ergebnis der Beweisaufnahme geschöpften Überzeugung. Die Entscheidung ist schriftlich abzufassen, zu begründen und von den Richtern, die bei ihr mitgewirkt haben, zu unterzeichnen. [...].

(2) Ein Richter kann seine in der Beratung vertretene abweichende Meinung zu der Entscheidung oder zu deren Begründung in einem Sondervotum niederlegen; das Sondervotum ist der Entscheidung anzuschließen. Die Senate können in ihren Entscheidungen das Stimmenverhältnis mitteilen. Das Nähere regelt die Geschäftsordnung. (grifos nossos)

contudo, que estes apresentem, caso queiram, um voto em separado, seja para concordar, seja para discordar da decisão do tribunal, os quais são anexados à decisão única e com ela publicados, muito embora não sejam estritamente considerados parte do julgamento.¹²⁸⁵

Também adota o modelo intermediário a Finlândia, cujas decisões da Suprema Corte são apresentadas de forma *coletiva*, de modo que "os nomes dos juizes que formaram a maioria são publicados", mas seus votos são computados de forma coletiva, não sendo possível ao público externo saber exatamente qual deles teve maior influência no resultado. Não obstante, os votos dissidentes podem ser divulgados em separado.¹²⁸⁶

A doutrina tem estabelecido uma relação entre o modelo de julgamentos e a prática de divulgação de votos dissidentes com a proteção da confiança, apontando que modelos de julgamento que permitem a identificação das posições individuais dos juizes favorecem a proteção da confiança, na medida em que permitem ao jurisdicionados *antecipar* eventual abandono de um entendimento jurisprudencial a partir da mensuração de sua solidez.¹²⁸⁷

Por tal razão também entre nós se tem defendido a importância da divulgação dos votos dissidentes, não apenas como forma de o julgador ressaltar seu posicionamento pessoal acerca da questão decidida, mas para, dirigindo-se à sociedade e à comunidade jurídica, transmitir-lhes o grau de autoridade de que se reveste o precedente.¹²⁸⁸

¹²⁸⁵ RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 264.

¹²⁸⁶ AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. *Op. cit.*, p. 72.

¹²⁸⁷ JAEGER, Marc. Notion et politique du revirement (...). *Op. cit.*, p. 38; FERRAND, Frédérique. La rétroactivité des revirements de jurisprudence (...). *Op. cit.*, p. 86.

¹²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas* (...). *Op. cit.*, pp. 29/30.

8. A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NAS MODIFICAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

8.1. Considerações iniciais

O fenômeno das modificações na jurisprudência também está de longa data presente no Brasil, embora a doutrina nacional e o direito positivo apenas mais recentemente venham demonstrando uma preocupação específica com seus efeitos negativos sobre as expectativas normativas formadas a partir de entendimentos consolidados no Poder Judiciário.

Desta forma, a doutrina mais recente vem propondo a utilização de mecanismos voltados à proteção procedimental e substancial da confiança nas modificações na jurisprudência e o legislador, atento a esses apelos, vem gradualmente incorporando ao nosso arcabouço jurídico instrumentos já empregados no direito estrangeiro, do que são exemplos mais destacados a modulação temporal dos efeitos da modificação na jurisprudência, que encontra inspiração na técnica norte-americana do *prospective overruling* e a ampliação do diálogo com a sociedade, inclusive com a admissão da intervenção de *amici curiae*.

Esses mecanismos de proteção da confiança começaram a ser introduzidos por meio de disposições voltadas à regulação de hipóteses específicas de modificações na jurisprudência, tais como a revisão e o cancelamento de enunciados de súmula vinculante, evoluindo de forma gradual e encontrando seu ponto culminante no CPC/2015, que introduziu um *procedimento geral* para as modificações na jurisprudência (*supra*, seções 6.13 a 6.13.3).

Neste capítulo final será desenvolvido um estudo direcionado a identificar e analisar os mecanismos de proteção da confiança já empregados nas modificações na jurisprudência no direito brasileiro, apresentando, ao final, algumas propostas, *de lege ferenda*, com as quais se espera contribuir para o aprimoramento no tratamento legislativo da matéria.

8.2. Visão panorâmica da doutrina nacional

Em conformidade com o anteriormente exposto (*supra*, seção 5.3.3), a doutrina nacional vem aceitando de maneira ampla que os atos jurisdicionais podem ser considerados base da confiança, sobretudo aqueles oriundos dos tribunais superiores, que têm a função precípua de atribuir unidade de sentido ao direito, a fim de que sua aplicação uniforme promova a igualdade perante o direito exigida pela Constituição da República.

Desta sorte, uma vez consolidado um entendimento jurisdicional pelos tribunais que têm, nos termos da Constituição, a atribuição de dar a última palavra acerca da questão controvertida, a compreensão então adotada passa a orientar e a condicionar o processo de tomada de decisões pelos jurisdicionados, que celebram negócios jurídicos, planejam e conduzem suas atividades confiando na manutenção desse entendimento.

Portanto, a modificação de um entendimento consolidado em um ato jurisdicional considerado base da confiança enseja a incidência do princípio da proteção da confiança, tanto em um aspecto preventivo (proteção procedimental), quanto em um aspecto repressivo (proteção substancial), com o objetivo de tornar menos surpreendente a modificação.

Essa é a posição que vem sendo amplamente defendida por doutrinadores de escol, em especial no que diz respeito à atribuição de efeitos prospectivos às decisões que alterem jurisprudência consolidada. Vários estudos se destacam neste campo, como o parecer pioneiro da lavra de Luís Roberto Barroso, elaborado no ano de 2005,¹²⁸⁹ ante a iminente modificação na jurisprudência do STF em relação ao crédito-prêmio do IPI, no qual defendia a aplicação prospectiva do novo entendimento, caso se concretizasse a modificação que se desenhava pelos votos até então proferidos, bem como a coleção de ensaios de Tercio Sampaio Ferraz Junior, Roque Antonio Carrazza e Nelson Nery Junior, editada no ano de 2008,¹²⁹⁰ nos quais reconheciam a necessidade de se atribuírem efeitos prospectivos às decisões do STJ que alterassem jurisprudência consolidada, como forma de proteger a confiança nesta depositada.

Misabel Derzi, em obra de referência sobre o tema publicada em 2009,¹²⁹¹ igualmente defendeu que as modificações na jurisprudência projetassem efeitos unicamente para o futuro,

¹²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*

¹²⁹⁰ FERRAZ JR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

¹²⁹¹ DERZI, Misabel. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, pp. 188/189, 317 e 551/553.

ou seja, propondo a ampla utilização da modulação temporal como um mecanismo de proteção da confiança depositada pelos jurisdicionados no entendimento anteriormente consolidado pelo Poder Judiciário, sobretudo em questões tributárias.

Na mesma época, Valter Shuenquener de Araújo publica sua obra sobre o princípio da proteção da confiança, defendendo igualmente sua incidência em relação aos atos jurisdicionais e propondo que, nas hipóteses em que ocorrida uma modificação em jurisprudência consolidada, os efeitos do novo entendimento se apliquem apenas aos fatos praticados no futuro, continuando os fatos anteriores a ser regulados pela jurisprudência antiga,¹²⁹² e defendendo, ainda, a adoção de mecanismos de proteção procedimental prévios à alteração do entendimento estatal, sobretudo por meio de um fortalecimento do contraditório, mediante possibilidade de prévia manifestação dos interessados.¹²⁹³

De maneira mais ampla, Humberto Ávila defende, para além da simples atribuição de efeitos prospectivos, a adoção de regras materiais ou formais gerais de transição, que permitam aferir de maneira individualizada quais atos praticados pelos jurisdicionados devem ser protegidos, porque praticados *em razão* do entendimento jurisdicional modificado, manifestando-se como um concreto exercício da confiança na base.¹²⁹⁴

A partir desses estudos, a introdução de mecanismos para a proteção procedimental e substancial da confiança vem sendo defendida em monografias e em inúmeros artigos publicados em periódicos e em coletâneas de artigos sobre o tema, como é exemplo a obra coletiva coordenada por Sacha Calmon Navarro Coêlho, sob o sugestivo título "*Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*",¹²⁹⁵ em que a tônica, nos diversos estudos que a integram, é que as decisões judiciais modificadoras de jurisprudência consolidada em matéria tributária devem ter aplicação prospectiva.

¹²⁹² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança (...)*. *Op.cit.* p. 175.

¹²⁹³ *Ibidem*, pp. 213/220. Embora o autor não se refira especificamente à proteção procedimental aplicada às modificações na jurisprudência, direcionando a abordagem do tema às modificações de posturas administrativas, a incidência desses mecanismos também às modificações na jurisprudência é inferida do conjunto de sua obra, que estende a estas, de maneira inequívoca, a incidência do princípio da proteção da confiança, do que decorre, por consequência, a extensão também dos mecanismos de proteção procedimental por ele defendidos.

¹²⁹⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica (...)*. *Op. cit.*, pp. 503/505.

¹²⁹⁵ COÊLHO, Sacha Camon Navarro (coord.). *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

No atual cenário doutrinário no Brasil, é possível afirmar, portanto, que se reconhece não apenas que os atos jurisdicionais podem, em determinadas circunstâncias, ser considerados base da confiança, como também que *devem ser empregados mecanismos especificamente voltados à proteção das legítimas expectativas* formadas a partir de entendimentos consolidados no Judiciário, tanto do ponto de vista procedimental quanto, principalmente, do ponto de vista substancial, despontando como principal instrumento invocado pela doutrina a técnica da modulação temporal.

8.3. Observações extraídas da casuística da utilização dos mecanismos de proteção da confiança nas modificações na jurisprudência

Apesar das importantes vozes em doutrina favoráveis à utilização de mecanismos de proteção procedimental e substancial da confiança nas modificações na jurisprudência, a análise de alguns casos relevantes em que tais modificações ocorreram, em especial em matéria processual, permite verificar que, embora encontrando aceitação no STF, o emprego desses mecanismos ainda enfrenta resistências na jurisprudência do STJ.

O primeiro grupo de casos, bastante debatido na doutrina,¹²⁹⁶ diz respeito à modificação do entendimento do STF e do STJ, quanto ao termo inicial da contagem do prazo recursal para o Ministério Público e para a Defensoria Pública.

O entendimento prevalente no STJ era o de que os prazos de interposição de recursos pelo Ministério Público eram contados da oposição nos autos, pelo promotor ou procurador, do termo de ciência do ato judicial e não do momento em que os autos eram recebidos na repartição pública.¹²⁹⁷ Esse entendimento, contudo, acabou por ser abandonado no STJ, em

¹²⁹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta (...). *Op. cit.*, p. 32; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Modulação temporal da jurisprudência. Op. cit.*, p. 103.

¹²⁹⁷ REsp 258.034/SP (STJ. 5ª Turma. Rel. Min. Gilson Dipp. j. 02/05/2002. DJ 03/06/2002, p. 237), Resp 330.137/SP (STJ. 5ª Turma. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. j. 06/03/2003. DJ 31/03/2003, p. 243), EDcl no REsp 403.153/SP (STJ. 1ª Turma. Rel. Min. José Delgado. j. 18/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 202) e REsp 261.356/SP (STJ. 5ª Turma. Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06/05/2003, DJ 16/06/2003, p. 365), dentre outros. É importante ressaltar, contudo, que o entendimento não era pacífico, registrando-se julgados da mesma época em sentido diverso, entendendo que o prazo haveria de ser contado da entrada dos autos na repartição, do que é exemplo o REsp nº 284.118 (STJ. 6ª Turma. Rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 26/03/2001. DJ 16/04/2001).

razão de superveniente julgamento do HC 83.255/SP,¹²⁹⁸ no qual o STF entendeu que o termo inicial do prazo recursal do Ministério Público era a entrada dos autos na repartição.¹²⁹⁹

Dado o longo predomínio do entendimento anterior, em um primeiro momento o STJ considerou tempestivos os recursos interpostos com lastro na jurisprudência até então sedimentada, deixando de aplicar o novo entendimento aos recursos anteriores. Em assim agindo, o STJ acolheu de forma implícita a técnica da modulação temporal, com o objetivo de não comprometer a segurança jurídica e, ainda, prestigiar a confiança depositada pelo Ministério Público no entendimento anterior. Registrem-se, a respeito, as importantes considerações da Ministra Laurita Vaz em seu voto proferido no REsp 796.488/CE:¹³⁰⁰

Não se pode olvidar, todavia, que o entendimento jurisprudencial, até então, há muito sedimentado no STF e no STJ, era justamente no sentido inverso, ou seja, entendia-se que a intimação pessoal do Ministério Público se dava com o "ciente" lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial.

[...]

Dessa maneira, em setembro de 2003, o Ministério Público Federal não poderia ter ciência da modificação de posicionamento, que ocorreu com o julgamento do HC 83.255/SP, sendo a publicação do Informativo n.º 328 de 05/11/2003.

Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que se estaria criando obstáculo insuperável. Vale dizer: depois de a parte ter realizado o ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenada com o não-conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança. Isso se traduziria, simplesmente, em usurpação sumária do direito de recorrer, o que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, mormente se a parte recorrente representa e defende o interesse público.

Em face de tais considerações, ao que se me afigura, a mudança de entendimento implementada pela nova leitura feita pelas Cortes Superiores deve alcançar os casos futuros, não aqueles consolidados na constância da orientação anterior. (grifos nossos)

Como se vê, o voto proferido acolheu integralmente a ideia de que a jurisprudência reiterada e pacífica do STJ induziu o comportamento do Ministério Público, quando da interposição de seus recursos, na medida em que este se baseou, para a contagem do prazo, no

¹²⁹⁸ STF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 05/11/2003. DJ 12/03/2004, p. 38.

¹²⁹⁹ Nas palavras do Ministro Relator Marco Aurélio, o prazo recursal não poderia ficar "à disposição da parte quanto aos termos inicial e final", o que acabaria por ocorrer, se mantido o entendimento anterior de que o prazo era contado da oposição do "ciente".

¹³⁰⁰ STJ. 5ª Turma. REsp 796.488/CE. Rel. Min. Laurita Vaz. j. 28/02/2008. DJe 07/04/2008. No mesmo sentido: REsp 738.187/DF (STJ. 5ª Turma. Rel. Min. Felix Fischer. j. 06/12/2005. DJ 13/03/2006, p. 363) (este caso tratava especificamente do prazo para interposição de recursos pela Defensoria Pública, aplicando-se o mesmo entendimento sedimentado para os prazos do Ministério Público e ressaltando para aplicação apenas a recursos interpostos após o julgamento pelo STF do HC 83.255/SP, por razões de *segurança jurídica*) e HC 113.168/RJ (STJ. 5ª Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. j. 11/12/2008. DJe 16/02/2009), dentre outros.

entendimento sedimentado, não se podendo, por tal razão, retroagir-se a aplicação do novo entendimento, para agora considerar-se intempestivos os recursos já interpostos.

Surpreendentemente, porém, em superveniente julgamento havido em sede de embargos de divergência,¹³⁰¹ o STJ decidiu por aplicar o novo entendimento também aos recursos interpostos antes da mudança de orientação, considerando-os, assim, intempestivos. O relator Ministro Castro Meira, em seu voto, acompanhado por seus pares, manifestou que

[...] não pairam dúvidas de que esse entendimento é aplicável também aos recursos apresentados em momento anterior à sedimentação do posicionamento da Corte Especial, haja vista que é manifesto o conteúdo declaratório dos julgamentos, os quais não criaram nova regra acerca da tempestividade - fenômeno que apenas advém da edição de uma lei -, mas apenas procederam à interpretação de normas já vigentes.

Como se observa, embora o STJ, nesta relevante discussão, tenha em um primeiro momento acolhido a técnica da modulação temporal em face da modificação na jurisprudência, esta não foi a posição que ao final prevaleceu no tribunal, que se orientou por uma concepção tradicional da função jurisdicional, não levando em conta o caráter paradigmático de suas decisões, nem a confiança daqueles que por elas se orientaram.

Discussão similar foi desenvolvida no STJ em relação ao termo inicial de contagem dos prazos para a Defensoria Pública, eis que o tribunal também considerava a data de aposição nos autos do "ciente" pelo Defensor Público. Contudo, em razão do já referido julgamento do HC 83.255/SP, o STJ modificou sua jurisprudência também em relação à Defensoria Pública, passando a contar os prazos a partir da entrada dos autos na repartição.

Contudo, em pelo menos dois julgados, um da quinta e outro da terceira turma,¹³⁰² o STJ entendeu que os recursos interpostos antes da publicação do acórdão do STF no HC 83.255/SP deveriam ter a tempestividade aferida com base na jurisprudência antiga, ou seja, contando-se o prazo da aposição do "ciente", modulando no tempo o novo entendimento.

¹³⁰¹ STJ. Corte Especial. AgRg nos EResps 403153/SP. Rel. Min. Castro Meira. j. 02/08/2010. DJe 23/08/2010.

¹³⁰² STJ. 5ª Turma. REsp 738187/DF. Rel. Min. Felix Fisher. J. 06/12/2005. DJ 13/03/2006, p. 363; STJ. 3ª Turma. AgRg no AgRg no Ag 656360/RJ. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 15/03/2011. DJe 24/03/2011.

Embora a questão seja similar à desenvolvida em relação ao termo inicial do prazo para o Ministério Público, os desfechos, no tocante à necessidade de se proteger a confiança depositada no entendimento anterior, foram diferentes, eis que, relativamente aos prazos para o Ministério Público, após o emprego inicial da técnica da modulação, verificou-se um retrocesso pela Corte Especial, que entendeu pela aplicação do novo entendimento a todos os recursos, inclusive aos interpostos antes da modificação do entendimento.

Relativamente à contagem dos prazos para a Defensoria Pública não se verificou tal retrocesso, não se tendo notícia de que a questão tenha sido apreciada pela Corte Especial. Contudo, o julgamento da Corte Especial, relativo aos prazos para o Ministério Público, ocorrido em 2010, por representar o entendimento do colegiado de maior abrangência, deveria se sobrepor ao entendimento das Turmas e não deveria ser afastado por estas, como ocorreu no acórdão da 3ª Turma,¹³⁰³ que embora posterior ao da Corte Especial, a este sequer fez referência, revelando mais uma vez a já referida descontinuidade na jurisprudência do STJ.

Ressalte-se, relativamente a essa controvérsia quanto à contagem dos prazos, que semelhante discussão se deu na Itália, quanto ao prazo para o oferecimento de oposição, na medida em que a Corte de Cassação modificou interpretação consolidada há mais de cinquenta anos, aplicando a nova interpretação retroativamente para considerar intempestivos os atos já praticados, postura que recebeu, também lá, severas críticas da doutrina.¹³⁰⁴

Entendemos, assim, que à luz do princípio da proteção da confiança, que pode ser igualmente utilizado para proteger as expectativas do Ministério Público e da Defensoria Pública, no tocante à forma de contagem do prazo, o STJ, no julgamento havido na Corte Especial,¹³⁰⁵ não deu a melhor solução ao negar aplicação à técnica da modulação temporal.

¹³⁰³STJ. 3ª Turma. AgRg no AgRg no Ag 656360/RJ. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 15/03/2011. DJe 24/03/2011.

¹³⁰⁴ Remo Caponi, em crítica à aplicação retroativa do novo entendimento, sustentou que "o comparecimento em juízo tempestivo não pode tornar-se intempestivo porque a Corte de Cassação muda de ideia sucessivamente" (CAPONI, Remo. Overruling em matéria processual e garantias constitucionais. Tradução de Alexandre Freitas Câmara. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. n. 85, out./nov./dez. 2010, p. 63). Neste artigo, o autor faz uma crítica à decisão da Corte de Cassação italiana nº 19246, do ano de 2010, na qual alterou sua interpretação do artigo 645, 2ª parte, do Código de Processo Civil italiano (redução pela metade para o prazo para oferecimento de oposição), consolidada desde a decisão nº 3053, do ano de 1955, aplicando a nova interpretação aos processos em curso, de forma a considerar intempestivas, em conformidade com a nova interpretação, as oposições anteriormente oferecidas.

¹³⁰⁵ STJ. Corte Especial. AgRg nos EResps 403153/SP. Rel. Min. Castro Meira. j. 02/08/2010. DJe 23/08/2010.

Não obstante, ainda que se aceite a premissa, com a qual não se concorda, de que a aplicação do princípio da proteção da confiança aos casos em questão encontre obstáculo na própria estruturação teórica que doutrina e jurisprudência a ele têm dado, enquanto mecanismo de proteção de expectativas legítimas dos cidadãos frente ao Estado,¹³⁰⁶ ao passo que a discussão travada no STJ dizia respeito ao prazo recursal para o Ministério Público e para a Defensoria Pública, e não para o cidadão, parece claro que, ainda que com lastro no princípio mais amplo da segurança jurídica, da segurança-continuidade¹³⁰⁷ e da não-surpresa,¹³⁰⁸ haveria de se resguardar as condutas adotadas pelo Ministério Público com base no entendimento até então consolidado quanto ao termo inicial do prazo recursal.

Outro grupo de casos em que houve expressa discussão acerca da aplicabilidade da modulação temporal às modificações na jurisprudência diz respeito à oscilação na jurisprudência do STJ em relação à necessidade de reiteração do recurso especial interposto na pendência de julgamento de embargos de declaração, quando estes são improvidos.

A jurisprudência do STJ quanto ao tema era instável, registrando-se tanto acórdãos no sentido da necessidade da reiteração,¹³⁰⁹ quanto no sentido da desnecessidade.¹³¹⁰ A questão veio a se pacificar com o julgamento, pela Corte Especial, do REsp 776.265/SC,¹³¹¹ com o qual se sedimentou o entendimento de que a parte que interpôs o recurso especial, na pendência de julgamento de embargos de declaração interpostos pela outra parte, deve reiterar o recurso especial, ainda que o julgamento dos embargos em nada modificasse o acórdão.

A rigor, não nos parece que a situação narrada configure uma modificação na jurisprudência, eis que havia acórdãos nos dois sentidos, em número significativo, situação que só veio a ser uniformizada com o julgamento pela Corte Especial. Consoante exposto no sexto capítulo, só se pode falar em modificação na jurisprudência quando já há a estabilização do entendimento jurisdicional, o que no caso ora analisado não se verificava.

¹³⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta (...). *Op. cit.*, pp. 32/33; CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada (...). *Op. cit.*, pp. 36/38.

¹³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 36/38.

¹³⁰⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. *Op. cit.*, pp. 01/02.

¹³⁰⁹ Dentre outros: STJ. 3ª Turma. AgRg no Ag 787.086/SC. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 16/11/2006. DJ 04/12/2006, p. 306.

¹³¹⁰ Dentre outros: STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 441016/RJ. Rel. Min. Paulo Gallotti. J. 25/06/2004. DJ 02/10/2006, p. 317.

¹³¹¹ STJ. Corte Especial. REsp 776265/SC. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Rel. para Acórdão Min. César Asfor Rocha. J. 18/04/2007. DJ 06/08/2007, p. 445.

Não obstante, o próprio STJ, em julgamentos subsequentes, entendeu ter havido uma modificação na jurisprudência por força do julgamento no REsp 776.265/SC, desenvolvendo, a partir disso, uma discussão acerca da possibilidade de modulação temporal, razão pela qual o caso - apesar de em rigor não se tratar de modificação na jurisprudência - merece referência.

Em um primeiro momento, o STJ entendeu, no AgRg no Ag 827.293/RS,¹³¹² que, tendo havido uma modificação na jurisprudência quanto à necessidade de reiteração do recurso especial, o novo entendimento só deveria ser aplicado aos recursos interpostos após o julgamento do REsp 776.265/SC, admitindo-se os recursos anteriores, mesmo não reiterados.

Não obstante, em casos subsequentes, o STJ deixou de aplicar qualquer modulação,¹³¹³ sendo relevante observar que, no julgamento do AgRg nos EDcl no Ag 983.549/DF,¹³¹⁴ em que se discutia a aplicação da modulação temporal em modificação na jurisprudência relativa à contribuição para o INCRA, a 2ª Turma do STJ chegou a qualificar como isolada a decisão adotada no AgRg no Ag 827.293/RS. Ressalte-se, a respeito, ilustrativo excerto do voto do Ministro Mauro Campbell Marques, relator do AgRg nos EDcl no Ag. 983.549:

A título de argumento obiter dictum, cumpre destacar, o entendimento perfilhado no julgamento do AgRg no Ag 827.293/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Relator p/ acórdão Ministro José Delgado, DJ de 22.11.2007 (citado nas razões recursais), que conferiu "modulação temporal" ao decisum da Corte Especial (REsp 776265/SC), revela decisão isolada que, evidentemente, não espelha a hodierna jurisprudência desta Corte no sentido de que a aplicação da cognominada "modulação temporal" revela situação excepcional adstrita às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade, com supedâneo no art. 27 da Lei 9.868/99.

Como se pode observar, à parte da circunstância de a questão relativa à necessidade de reiteração do recurso especial não configurar, em rigor, uma modificação na jurisprudência, o STJ mais uma vez retrocedeu, em decisão da Corte Especial, ao se orientar pelo descabimento da técnica da modulação temporal nas modificações em sua jurisprudência.

¹³¹² STJ. 1ª Turma. AgRg no Ag 827.293/RS. Rel. Min. Denise Arruda. Rel. p/ Acórdão Min. José Augusto Delgado. j. 25/09/2007. DJ 22/11/2007, p. 193.

¹³¹³ Dentre outros: STJ. 6ª Turma. AgRg no Ag 956792/RO. Rel. Min. Og Fernandes. j. 14/02/2012. DJE 05/03/2012.

¹³¹⁴ STJ. 2ª Turma. AgRg nos EDcl no Ag 983549/DF. Rel. Min Mauro Campbell Marques. J. 23/04/2009. DJE 13/05/2009.

Outro caso bastante discutido na doutrina¹³¹⁵ diz respeito à modificação na jurisprudência do STF em relação à competência para julgamento de ações movidas pelo empregado em face do empregador para a obtenção de indenização a título de danos morais. O STF havia entendido inicialmente que a competência para o julgamento de tais ações era da Justiça Estadual comum, conforme acórdão proferido no RE 438.639.¹³¹⁶ Aproximadamente três meses depois, no julgamento do Conflito de Competência nº 7.204/MG,¹³¹⁷ orientou-se em sentido diverso, para compreender que a competência seria da Justiça do Trabalho.

O principal ponto que levou à nova compreensão foi a modificação na redação do artigo 114 da CRFB/88, relativo à competência da Justiça do Trabalho, pela Emenda Constitucional nº 45/04. Diante disso, seria possível sustentar que sequer haveria uma verdadeira modificação na jurisprudência, tendo em vista a mudança na *base normativa*.¹³¹⁸

Ocorre que, no julgamento do conflito de competência, o STF entendeu que a Emenda Constitucional, no ponto, não alterou propriamente a competência da Justiça do Trabalho, mas apenas explicitou uma competência que, mesmo à luz da redação anterior do artigo 114, já seria da Justiça do Trabalho e que, por tal razão, estava equivocado o entendimento anterior.

A fim de afastar a possível arguição de nulidade em inúmeros processos, o STF, sob o rótulo de modulação temporal, estabeleceu verdadeira *regra de transição*,¹³¹⁹ dispondo que todos os processos anteriormente julgados pela Justiça Estadual nesta permaneceriam até o trânsito em julgado e respectiva execução, ao passo que os processos ainda não julgados seriam remetidos para a Justiça do Trabalho, com aproveitamento total dos atos processuais até então praticados. É o que restou sintetizado no item 5 da ementa do respectivo acórdão:

[...]

5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é

¹³¹⁵ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas (...)*. *Op. cit.*, p. 119; ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica (...)*. *Op. cit.*, p. 504; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais (...)*. *Op. cit.*, p. 367.

¹³¹⁶ STF. Pleno. RE 438639/MG. Rel. Min. Carlos Britto. Rel. p/ Acórdão Min. Cezar Peluso. J. 09/03/2005. DJe-043, divulg. 05/03/2009, public. 06/03/2009.

¹³¹⁷ STF. Pleno. CC 7204/MG. Rel. Min. Carlos Britto. J. 29/06/2005. DJ 09/12/2005, p. 5.

¹³¹⁸ Acerca exigência de uma mesma base normativa para a caracterização de uma modificação na jurisprudência, cf., *supra*, a seção 6.2.

¹³¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica (...)*. *Op. cit.*, p. 504.

preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. (grifo nosso)

O STF, no caso em questão, não vislubrou óbice à utilização de técnicas de proteção substancial da confiança, a fim de evitar o reconhecimento da nulidade de decisões proferidas em inúmeros processos, tendo os juízos e tribunais ordinários agido em conformidade com o entendimento até então adotado pelo STF. Ao contrário do STJ, nos exemplos anteriormente analisados, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de fixação de regras de transição, a fim de que a incidência do novo entendimento, em matéria de competência, não tivesse reflexos negativos sobre processos em curso ou mesmo já encerrados.

8.4. Mecanismos de proteção substancial empregados no direito brasileiro

A partir de uma análise do ordenamento jurídico brasileiro e de casos em que houve modificações na jurisprudência, pode-se identificar, com o suporte da doutrina especializada, a utilização de dois mecanismos de proteção substancial da confiança, quais sejam, a modulação dos efeitos temporais das decisões modificadoras de jurisprudência e o estabelecimento de regras de transição para a aplicação do novo entendimento.

8.4.1. A modulação temporal dos efeitos de decisões que modificam a jurisprudência

Um dos mais importantes mecanismos de proteção substancial da confiança encontrados no direito estrangeiro é a técnica de modulação no tempo dos efeitos das decisões judiciais modificadoras de jurisprudência consolidada, tratada pela doutrina e pelos tribunais estrangeiros sob a denominação de *prospective overruling* (*supra*, seção 7.2).

A doutrina brasileira, a partir dessa prática encontrada em especial nos Estados Unidos (embora atualmente em declínio), tem defendido que também no Brasil as decisões modificadoras de jurisprudência consolidada sejam objeto de *modulação temporal*, à semelhança do que é atualmente praticado pelo STF no controle de constitucionalidade, não só concentrado, mas também difuso, em razão da *objetivação do controle difuso*.

A fim de se analisar esse importante mecanismo, agora incorporado pelo CPC/2015, convém, inicialmente, tecer algumas considerações acerca dos efeitos das decisões judiciais no tempo, bem como acerca da compreensão atual do STF, no tocante à modulação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, de forma a subsidiar a análise e as conclusões que se pretende extrair, relativamente à aplicabilidade do instituto da modulação temporal também às decisões modificadoras de precedentes ou de jurisprudência consolidada.

8.4.1.1. Os efeitos das decisões judiciais no tempo

A análise do tema da modulação temporal pressupõe algumas breves considerações acerca da projeção no tempo dos efeitos das decisões judiciais, que são significativamente diversos daqueles encontrados nas demais funções típicas do Estado.

Com efeito, a atividade legislativa ordinariamente projeta efeitos para o futuro, em razão das limitações constitucionais impostas à sua retroação, eis que colocados a salvo o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, da CRFB/88). A regra, portanto, em relação aos efeitos temporais da lei nova, é que estes não atinjam atos e direitos consolidados antes de sua entrada em vigor.¹³²⁰ Embora o legislador tenha em consideração aspectos colhidos no passado e no presente, tais como os costumes, a tradição, a moral, dados estatísticos e outros, é certo que seu comprometimento é com o futuro.¹³²¹

A projeção dos efeitos da lei nova para o passado é medida excepcional e normalmente dotada de um caráter protetivo, como se dá, por exemplo, com a retroação da lei penal mais benéfica ao acusado, imposta pelo artigo 5º, XL, da Constituição da República e contemplada, em nível infraconstitucional, pelo artigo 2º do Código Penal.

Da mesma forma, a atividade administrativa em geral se projeta apenas para o futuro, eis que atividade consistente na prática de atos materiais que buscam implementar disposições

¹³²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, p. 261.

¹³²¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Mudanças da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, p. 415.

legais e planos governamentais.¹³²² Ainda que muitas vezes seja orientada por experiências passadas, que evidenciaram a necessidade de determinada prática, os efeitos da nova prática se projetam para o futuro, resguardando atos praticados no passado.

As decisões judiciais, ao contrário, apresentam um comportamento diverso, sob o aspecto temporal. É típico da função jurisdicional, em sua perspectiva tradicional de atividade voltada a solucionar conflitos concretos de interesse (a sua *função privada*), lidar com o passado, apreciando a correção ou incorreção de atos já praticados, de forma a sobre eles projetar os efeitos da decisão judicial, colhendo suas consequências ao longo do tempo.

Isto se dá porque o conteúdo declaratório existente em qualquer decisão judicial sempre se projeta sobre atos cuja origem está no passado, bem como sobre suas consequências produzidas ao longo do tempo. Conforme leciona Misabel Derzi, "a decisão somente poderá ocorrer no presente, relativamente a fato anterior".¹³²³

É certo, porém, que nem todas as decisões judiciais, mesmo sob tal perspectiva tradicional, projetam efeitos exclusivamente para o passado. O efeito declaratório pode se projetar ordinariamente para o passado, mas outros efeitos decorrentes da decisão podem ter e, em alguma medida, ordinariamente têm uma eficácia mais ampla no tempo.

Assim, ações de natureza constitutiva muitas vezes projetam efeitos única ou principalmente para o futuro (ações de divórcio, por exemplo). Ações cautelares, da mesma forma, projetam seus efeitos principalmente para o futuro, mediante imposição de medidas que afastem o risco de lesão ao direito invocado pelo autor.¹³²⁴ As sentenças condenatórias, embora tendo seus efeitos desencadeados por fatos ocorridos no passado e projetando seu conteúdo declaratório para o passado, também projetam seus efeitos em parte para o futuro, impondo o cumprimento de obrigações pelo vencido, cuja exigência pode se dar, se

¹³²² BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, pp. 261/262. Não se ignora, entretanto, que a atividade administrativa, em especial a atividade fiscalizatória exercida pelos órgãos públicos, também se desenvolve sobre atos praticados no passado. A análise das projeções da atividade administrativa no tempo, contudo, é tema que foge ao objeto do presente estudo.

¹³²³ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, pp. 60 e 317. No mesmo sentido ressalta Humberto Ávila que "a atividade do Poder Judiciário é orientada, primordialmente, para o passado, porque as decisões vertem sobre fatos narrados pelas partes ocorridos antes da prolação da decisão que culmina a prestação jurisdicional. O julgador, por consequência, ocupa-se do passado, orientando-se pelas normas vigentes e pelos fatos ocorridos antes do seu pronunciamento" (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* (...). *Op. cit.*, p. 166).

¹³²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, p. 262.

necessário, por meio da execução forçada.¹³²⁵ As sentenças mandamentais ordinariamente projetam efeitos para o futuro, impondo o dever de cumprimento de uma ordem do juízo.¹³²⁶

Dessarte, embora a atividade jurisdicional, em especial quanto ao seu conteúdo declaratório, esteja voltada principalmente para o passado, sobre este projetando seus efeitos, a decisão judicial também pode repercutir no presente e no futuro, sendo a ela inerente uma "eficácia pluridimensional, pela mescla que produz relativamente ao passado e ao futuro".¹³²⁷

8.4.1.2. A modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Consoante abordamos em dissertação desenvolvida no mestrado, uma das questões fundamentais no tema de controle de constitucionalidade diz respeito à determinação da natureza do ato normativo inconstitucional, se inexistente, nulo ou ineficaz. Discute-se, em outras palavras, se a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato normativo atua no plano da existência, da validade ou da eficácia.¹³²⁸

No direito brasileiro prevalece o entendimento de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato normativo atua no plano da validade, declarando a existência de um vício (a contrariedade com a Constituição) que lhe acarreta a invalidade. O ato inconstitucional é ato que ingressa no mundo jurídico (plano da existência), mas cuja validade é comprometida por sua incompatibilidade com a Constituição.¹³²⁹

Outra questão também fundamental no tema se relaciona à determinação da natureza da invalidade de que padece o ato inconstitucional. Em outras palavras, tendo reconhecido a doutrina e a jurisprudência nacionais ser inválido o ato inconstitucional, faz-se necessário definir se o mesmo é um ato nulo ou simplesmente anulável.

¹³²⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, p. 231.

¹³²⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas (...)*. *Op. cit.*, p. 248.

¹³²⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica (...)*. *Op. cit.*, p. 166. No mesmo sentido, leciona Misabel Derzi que "a sentença representa ainda a constituição do Direito, que relaciona passado, presente e futuro, é pluridimensional" (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, p. 229).

¹³²⁸ ROMANO NETO, Odilon. *Coisa Julgada Inconstitucional (...)*, pp. 40/43.

Sobre tal questão, doutrina e jurisprudência nacionais, alinhando-se à doutrina sedimentada pela Suprema Corte norte-americana, a partir do pensamento de Alexander Hamilton,¹³³⁰⁻¹³³¹ perfilharam a linha de que o ato inconstitucional é um ato nulo, eivado de um vício de origem, sendo certo que a decisão que o reconhece tem caráter meramente declaratório, colhendo, desta forma, todos os efeitos dele originados.¹³³²

Portanto, segundo entendimento prevalente na doutrina e na jurisprudência nacionais, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato normativo, dada a sua natureza declaratória, tem eficácia retroativa, alcançando todos os efeitos produzidos sob sua égide, de modo a desfazê-los, conduzindo seus destinatários, na medida do possível, ao estado em que se encontravam antes de sua edição.¹³³³

Alinhou-se, assim, o direito brasileiro ao entendimento prevalente na maioria dos países ocidentais, sendo a principal exceção a Áustria, que permaneceu fiel à doutrina de Kelsen, para quem a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato normativo tem natureza constitutiva negativa, de forma que seus efeitos não seriam retroativos, mas prospectivos, sendo válido o ato inconstitucional até a decisão da Corte Constitucional.¹³³⁴⁻¹³³⁵

A rigorosa imposição de efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade, tal qual se consolidou na tradição jurídica brasileira, por vezes acarretava dificuldades de ordem prática, suscitando problemas de maior magnitude do que aqueles decorrentes da preservação, ainda que limitada no tempo, dos efeitos do ato normativo inconstitucional.

¹³²⁹ *Ibidem*, p. 41.

¹³³⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers* – nº 78 (...). *Op. cit.*

¹³³¹ Sobre o ponto, expusemos em nossa dissertação que “[...] a Suprema Corte Norte-Americana, no já referido julgado *Marbury v. Madison*, alinhando-se ao pensamento manifestado por Alexander Hamilton, assentou a tese da nulidade da lei inconstitucional, de forma que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem natureza declaratória, retroagindo os efeitos de tal declaração ao nascimento da lei e colhendo *ab initio* todos os efeitos jurídicos produzidos, os quais deverão ser desfeitos, conduzindo-se os destinatários da lei ao *statu quo ante*” (ROMANO NETO, Odilon. *Coisa julgada inconstitucional* (...). *Op. cit.*, p. 41).

¹³³² *Ibidem*, p. 41. Como bem observa Misabel Derzi, a própria Constituição da República se refere às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade como *declaratórias*, tal como se dá no §2º do art. 103, em que trata da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dispondo que "declarada a inconstitucionalidade por omissão [...]" (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário* (...). *Op. cit.*, p. 237). Na mesma linha é a lição de Humberto Ávila, com apoio na referida lição de Misabel Derzi (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica* (...). *Op. cit.*, p. 532).

¹³³³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. *Op. cit.*, pp. 15/16.

¹³³⁴ ROMANO NETO, Odilon. *Coisa julgada inconstitucional* (...). *Op. cit.*, p. 42.

¹³³⁵ Ravi Peixoto aponta, como países que também adotam a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* a Bulgária, Ciprus, República Checa, França, Grécia, Hungria, Itália, Letônia (Latvia), Lituânia, Luxemburgo, Malta, Polónia, Romênia, Eslováquia e Eslovênia (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 253).

Tal circunstância não foi ignorada pelo STF, eis que, como registra Almiro do Couto e Silva,¹³³⁶ a discussão atinente à preservação dos efeitos do ato inconstitucional já se fez presente no julgamento do RE n. 79.343,¹³³⁷ do qual foi relator o Ministro Leitão de Abreu, que, em seu voto, defendeu que, *em determinadas circunstâncias*, a fim de se proteger a *boa-fé*, relativamente às relações jurídicas desenvolvidas sob o ato normativo inconstitucional, fosse apurado "até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo".

Também se pode apontar, como registro histórico, o voto do Ministro Bilac Pinto no RE 78.594,¹³³⁸ em que se reconheceu a validade dos atos praticados por funcionário cuja investidura se deu em razão de lei declarada inconstitucional, havendo o Ministro, em seu voto, consignado que "os efeitos desse tipo de declaração de inconstitucionalidade não podem ser sintetizados numa regra única, que seja válida para todos os casos".¹³³⁹

Apesar das razões lançadas nos dois votos referidos, a jurisprudência do STF não acolheu a linha proposta, mantendo-se fiel à doutrina da nulidade dos atos normativos inconstitucionais e da retroatividade dos efeitos da decisão que a reconhece.¹³⁴⁰ Sem prejuízo, os votos dos Ministros Bilac Pinto e Leitão de Abreu resistem como importantes registros históricos de que as discussões a respeito do tema não foram ignoradas pelo STF, mesmo em épocas anteriores ao ingresso formal da modulação temporal no direito positivo.

No entanto, embora prevaleça entre nós o entendimento no sentido da nulidade do ato normativo inconstitucional e do caráter declaratório da decisão que reconhece sua inconstitucionalidade, do que decorre a retroatividade de seus efeitos, o ordenamento jurídico brasileiro admite que, sob determinadas condições, os efeitos dessa decisão se projetem unicamente para o futuro (efeitos *ex nunc*) ou para um momento diverso daquele em que o ato

¹³³⁶ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro (...). *Op. cit.*, p. 282.

¹³³⁷ STF. 2ª Turma. RE 79.343/BA. Rel. Min. Leitão de Abreu. j. 31/05/1977. DJ 02/09/1977, p. 5970.

¹³³⁸ STF. 2ª Turma. RE 78.594/SP. Rel. Min. Bilac Pinto. j. 07/06/1974. DJ 04/11/1974, p. 8176.

¹³³⁹ Entendimento semelhante foi adotado no RE 78.533/SP (STF. 2ª Turma. RE 78.533/SP. Rel. Min. Firmino Paz. Rel. p/ acórdão Min. Décio Miranda. j. 13/11/1981. DJ 26/02/1982, p. 1290). Neste caso discutia-se a validade de penhora realizada por oficial de justiça nomeado com base em lei declarada inconstitucional. Apesar da posição do Min. Firmino Paz, relator, no sentido da nulidade da penhora, a Turma, por maioria, orientou-se no sentido da preservação do ato, acompanhando a dissidência aberta pelo Min. Décio Miranda.

¹³⁴⁰ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro (...). *Op. cit.*, p. 282.

normativo ingressou no mundo jurídico. É o fenômeno em doutrina denominado *modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade*.¹³⁴¹

De fato, a modulação temporal dos efeitos de decisões proferidas em controle de constitucionalidade é prevista, no controle concentrado, para as ações diretas de inconstitucionalidade (por ação e por omissão), ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental, em conformidade com o que dispõem o artigo 27 da Lei 9.868/99 e o artigo 11 da Lei 9.882/99.¹³⁴²

Esses dispositivos invocam como fundamentos para a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade a *segurança jurídica* e o *excepcional interesse social*, impondo, ainda, como requisito formal, que o Supremo Tribunal Federal apenas está autorizado a modular os efeitos de suas decisões, afastando-se da regra geral da retroatividade, se a maioria qualificada de dois terços de seus Ministros assim concordar.

Já em relação ao controle difuso, inexistente regra que preveja a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato normativo. Não obstante, o STF vem, em diversos julgados, reconhecendo que a modulação é igualmente possível em controle difuso de inconstitucionalidade.¹³⁴³

¹³⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, p. 263.

¹³⁴² Art. 27 [Lei 9.868/99]. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 11 [Lei 9.882/99]. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹³⁴³ Esta orientação já se apresentava de forma embrionária no julgamento do RE nº 122.202/MG (STF. 2ª Turma. Rel. Min. Francisco Rezek. j. 10/08/1993. DJ 08/04/1994, p. 7243), em que se decidiu pela desnecessidade de devolução de verbas remuneratórias percebidas com fundamento em lei declarada inconstitucional, no período que antecedeu a declaração de inconstitucionalidade. A questão, no entanto, veio a ser enfrentada de forma expressa em importantes julgamentos subsequentes, dentre os quais se destaca, dentre outros, o RE 197.917/SP (STF. Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. j. 06/06/2002. DJ 07/05/2004, p. 8). Neste recurso, cujo julgamento foi afetado ao plenário, o STF reconheceu a inconstitucionalidade de lei municipal que, inobservando a proporcionalidade constitucionalmente exigida entre população e número de vereadores, fixava número excessivo de cadeiras. Não obstante, invocando a segurança jurídica, houve por bem modular os efeitos temporais de tal decisão, de modo que a mesma só se aplicasse para o futuro, respeitando-se os mandatos dos atuais vereadores. Em seu extenso voto, condutor no tocante à definição dos efeitos temporais da decisão, o Ministro Gilmar Mendes, após análise dos modelos americano e português de controle de constitucionalidade, observa que nesses sistemas – o primeiro de controle difuso e o segundo, um sistema misto – é adotada a técnica de limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que demonstraria inexistir qualquer incompatibilidade entre declaração incidental de inconstitucionalidade e limitação de seus efeitos, o que o leva a

De se observar, portanto, que na jurisdição constitucional a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, embora sujeita a requisitos materiais e formais, está presente tanto no controle concentrado, quanto no controle difuso, sendo no primeiro caso em decorrência de expressa disposição legal e, no segundo, de construção pretoriana, inspirada na experiência de sistemas jurídicos estrangeiros.

Não faltaram críticas da doutrina ao instituto da modulação temporal, na medida em que, ao limitar a retroatividade natural das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, decorrente da nulidade absoluta do ato normativo declarado inconstitucional, a técnica acabaria por permitir a prevalência, ainda que temporária, do ato inconstitucional, vulnerando o princípio da supremacia da Constituição.¹³⁴⁴

Prevaleceu, porém, a corrente que defende que a modulação temporal, longe de significar um afastamento do princípio da supremacia da Constituição, é uma técnica que permite ao julgador, por um juízo de ponderação, buscar um regramento para a produção dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade que satisfaça ao imperativo de proteção da Constituição, sem, no entanto, conduzir a resultados indesejados pela própria Constituição, porque contrários à segurança jurídica ou a relevantes interesses sociais.

Razão assiste, portanto, aos que defendem que o fundamento jurídico para a preservação dos efeitos do ato normativo reputado inconstitucional não é o próprio ato normativo, até porque reconhecida sua invalidade; o fundamento para a preservação dos

concluir que “não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental” (p. 15 de seu voto). Em doutrina defende a possibilidade de modulação temporal das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso, dentre outros: DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário (...)*. *Op. cit.*, p. 244 e ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 283/286.

¹³⁴⁴ Questionando a constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/99, foram propostas duas ações diretas de inconstitucionalidade, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, autuadas sob os números 2.154 e 2.258. Nenhuma delas teve ainda julgamento definitivo pelo STF, mas parece claro que seu resultado será o reconhecimento de que inexistente inconstitucionalidade no dispositivo legal, haja vista que, a despeito de tal questionamento, o STF vem fazendo largo uso do instituto da modulação temporal, seja no controle concentrado, seja no controle difuso de constitucionalidade. Como ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto proferido na ADI 2.240, relativa à criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, “[...] não parecem precedentes, pois, as impugnações à constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99. É certo que o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou, definitivamente, sobre a constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99. É notório, porém, que o Tribunal já está a aplicar o art. 27 aos casos de controle incidental e controle abstrato. Desse modo, parece superado o debate sobre a legitimidade da fórmula positivada no referido artigo”. (STF, Pleno, ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Roberto Grau, j. 09/05/2007, DJe-072 03/08/2007).

efeitos dele oriundo se encontra em outros princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica e a proteção da confiança, estes sim plenamente válidos.¹³⁴⁵

Assim, não se trata de fazer prevalecer, ainda que por limitado período, ato inconstitucional frente à Constituição, mas sim de preservar os efeitos que sob a sua égide se produziram, com fundamento em outros princípios constitucionais que são ponderados com o princípio da supremacia da Constituição.¹³⁴⁶

Nessa linha, leciona Luís Roberto Barroso que, ao utilizar-se da técnica da modulação temporal, o julgador não abandona o princípio da supremacia constitucional, mas exerce um juízo de ponderação entre a norma constitucional violada e a norma constitucional que protege os efeitos já produzidos pelo ato declarado inconstitucional.¹³⁴⁷

Desta forma, pode-se afirmar que no estágio atual de desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil, a técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade está consagrada tanto no controle concentrado, quanto no controle difuso, encontrando-se em perfeita harmonia com os princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção da confiança.

8.4.1.2.1. A modulação temporal na edição de súmulas vinculantes

Como já referido, desde a Emenda Constitucional nº 45/04, o STF está autorizado a editar enunciados de súmula dotados de efeitos vinculantes, desde que observado o regramento contido no artigo 103-A da Constituição da República. A regulamentação das

¹³⁴⁵ SHOUERI, Luís Eduardo; SANTOS, Aline Nunes dos. Reflexões sobre a modulação dos efeitos das decisões judiciais a partir da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. In: *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 112.

¹³⁴⁶ Consoante bem destacou o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento da questão de ordem suscitada no RE 353.657/PR, "a anulação da norma inconstitucional, com a modulação dos efeitos temporais da decisão, surge assim como precioso instrumento que permite temperar o princípio da supremacia constitucional com outros valores socialmente relevantes, em especial o da segurança jurídica" (STF. Pleno. RE 353.657/PR. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 25/06/2007. DJe 07/03/2008). No julgamento desse recurso extraordinário, como já se observou em momento anterior do presente estudo, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento quanto à possibilidade de creditamento do IPI com relação a insumos adquiridos com alíquota zero.

¹³⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, p. 263.

súmulas vinculantes se deu, em nível infraconstitucional, pela Lei 11.417/2006, inserida na *reforma infraconstitucional do processo*, objeto do I Pacto Republicano.

Esta lei previu que o STF poderia excepcionar a regra geral de imediata aplicabilidade dos enunciados de súmula vinculante, desde que contasse, para tanto, com o voto favorável de pelo menos 2/3 de seus ministros, com o que seria admissível a fixação de novo marco temporal para a irradiação de efeitos pelo enunciados, ou mesmo a restrição dos efeitos por eles produzidos, desde que, em qualquer caso, o STF reconhecesse também a presença de suficientes *razões de segurança jurídica* ou *excepcional interesse público*.¹³⁴⁸

Trata-se, no ponto, de previsão de modulação dos efeitos temporais dos enunciados de súmula vinculante aprovados pelo STF, situando-se a regra ao lado das outras duas existentes no controle concentrado de constitucionalidade (e empregadas pelo STF também no controle difuso), quais sejam, o artigo 27 da Lei 9.868/99 e o artigo 11 da Lei 9.882/99.

É de se observar que, embora haja uma acentuada semelhança entre os dispositivos legais em questão, eles não foram redigidos em termos absolutamente idênticos, na medida em que os dispositivos que regulam a modulação em sede de controle concentrado invocam como fundamentos para a modulação a presença de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social*, ao passo que o art. 4º da Lei 11.417/06 se refere a *razões de segurança jurídica* ou de *excepcional interesse público*.

Sobre essa questão, é de se observar que a Lei 11.417/06 originou-se do PLS 13/2006, aprovado no Senado com a redação "*excepcional interesse social*". Retornado na Câmara dos Deputados como PL 6636/2006, recebeu parecer favorável do relator do projeto, Deputado Maurício Rands, que manteve a expressão. A substituição da expressão "*interesse social*" por "*interesse público*" se deu com os votos em separado apresentados pelos Deputados Fleury e Antonio Carlos Magalhães Neto, cujos fundamentos, no entanto, não consignam justificativa expressa para a alteração. Cabe ressaltar, contudo, que esta e outras alterações foram consideradas simples emendas de redação, tanto que não ensejaram o retorno do projeto ao Senado Federal, que foi, ao contrário, remetido diretamente à sanção presidencial.

¹³⁴⁸Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Tomando em consideração principalmente o histórico da tramitação legislativa do projeto, não se vislumbra nesta distinção entre a redação dos dispositivos legais uma intenção de se conferir um regime jurídico diverso à modulação temporal em uma e outra situação, ou mesmo de estabelecer requisitos materialmente diversos. Como bem acentua a doutrina, o artigo 4º da Lei 11.417/06, o artigo 27 da Lei 9.868/99 e o artigo 11 da Lei 9.882/99 veiculam normas *com a mesma essência*,¹³⁴⁹ não parecendo, por tal razão que o legislador tenha pretendido estabelecer requisitos diversos para a modulação.

Não se pretende, com isso, afirmar que as expressões "interesse social" e "interesse público" sejam sinônimas. Há muitos contextos em que os termos têm conteúdos muito diversos, como, por exemplo, na temática das desapropriações. No entanto, em matéria de modulação temporal, não nos parece possível estabelecer uma distinção entre os termos, tal qual empregados nas leis que regulamentaram a modulação em matéria de controle concentrado de constitucionalidade e na lei que regulamentou a súmula vinculante.¹³⁵⁰

8.4.1.3. A modulação temporal dos efeitos das modificações na jurisprudência

Consoante exposto, o Supremo Tribunal Federal tem se servido da técnica da modulação temporal, quando da prolação de decisões relacionadas ao controle de constitucionalidade (concentrado e difuso), desde que presentes *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social* que justifiquem o afastamento da regra geral de que os atos inconstitucionais têm seus efeitos colhidos desde a origem (efeitos *ex tunc*).

Quando tais decisões, em controle de constitucionalidade, acarretam modificação em jurisprudência consolidada, a modulação tem sido utilizada sem particular distinção, se comparada aos casos em que ordinariamente empregada na jurisdição constitucional. É

¹³⁴⁹ TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial (...)*. Op. cit., p. 187.

¹³⁵⁰ Em sentido aparentemente diverso, embora sem realizar um específico confronto entre as expressões nas três leis referidas, Georges Abboud defende que a expressão "*interesse social*" está ligada à preservação dos direitos fundamentais, a uma maior proteção para a sociedade civil, ao passo que a expressão "*interesse público*" veicularia uma concepção mais estatista, ligada à preservação dos interesses do Estado e da higidez de suas finanças (ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Op. cit., pp. 274/280).

assertiva que se colhe de ilustrativo excerto do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no RE nº 197.917, relativo ao número de vereadores no município de Mira Estrela:¹³⁵¹

Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as prospectivity têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional.

Com efeito, neste paradigmático julgamento, o STF modificou seu entendimento quanto à questão de mérito, para entender que o número de vereadores deve observar uma proporcionalidade com o número de habitantes, nos termos do artigo 29, IV, da Constituição da República. No entanto, ao decidir pela inconstitucionalidade da lei municipal, o STF lançou mão do instituto da modulação temporal, para determinar que os efeitos de sua decisão se produziram a partir da legislatura subsequente ao julgamento, preservando, desta sorte, os mandatos em curso. A solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal encontra paralelo com o *prospective prospective overruling* documentado no direito norte-americano.¹³⁵²

Outro caso de particular relevância em que se operou uma modificação na jurisprudência em matéria constitucional foi a alteração no entendimento do STF, relativamente à constitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), que impunha o cumprimento da pena em regime integralmente fechado aos condenados pela prática de crime hediondo. Alterando seu anterior entendimento, o STF, no julgamento do HC 82.959/SP,¹³⁵³ decidiu pela inconstitucionalidade da regra.

Com efeito, no julgamento em questão, o Supremo Tribunal Federal, superando o posicionamento firmado no ano de 1992, no anterior julgamento do HC 69.657-1/SP,¹³⁵⁴ entendeu que a vedação à progressão de regime prisional contrariava o princípio da individualização da pena, albergado no artigo 5º, inciso XLVI, da CRFB/88.

¹³⁵¹ STF. Pleno. RE 197917/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. J. 06/06/2002. DJ 07/05/2004, p. 8 (o trecho em questão foi extraído da página 10 do voto do Ministro Gilmar Mendes).

¹³⁵² Vide, *supra*, seção 7.2.1.2.1. Entre nós, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior vê também grande semelhança entre a técnica da *prospective prospective overruling* e a modulação dos efeitos temporais com a fixação de marco futuro, tal qual prevista no artigo 27 da Lei 9.868/99 e no artigo 11 da Lei 9.882/99 (ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito* (...). *Op. cit.*, p. 166).

¹³⁵³ STF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 23/02/2006. DJ 01/09/2006, p. 18.

¹³⁵⁴ STF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. para acórdão Min. Francisco Rezek. j. 18/12/1992. DJ 18/06/1993, p. 12111. É de se destacar que no julgado em questão restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator) e Sepúlveda Pertence, que entendiam pela inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime, tese que posteriormente veio a prevalecer no STF.

A fim de evitar uma possível responsabilização do Estado pelo excesso no cumprimento de pena, em razão da lei inconstitucional, o STF, seguindo proposta do Ministro Gilmar Mendes, modulou os efeitos de sua decisão, para determinar sua aplicação com efeitos *ex nunc*, de forma a alcançar unicamente as penas ainda em execução passíveis de progressão, afastando, porém, a responsabilidade do Estado pelos excessos de cumprimento, com fundamento na lei declarada inconstitucional.¹³⁵⁵

Também de especial relevância para o tema foi a alteração na jurisprudência consolidada no STF e no TST há mais de vinte anos, no sentido de que o prazo prescricional para que o trabalhador pleiteasse, em reclamação trabalhista, o pagamento de valores não depositados a título de FGTS, seria de trinta anos.

No julgamento do recurso extraordinário com agravo 709.212/DF,¹³⁵⁶ o Supremo Tribunal Federal houve por bem rever a jurisprudência consolidada no TST e no próprio STF, para fixar o prazo prescricional em 5 anos, nos termos do disposto no artigo 7º, XXIX, da CRFB/88, declarando assim inconstitucional, dentre outros dispositivos, o artigo 23, §5º, da Lei 8.036/90. No entanto, tendo em vista o largo tempo sob o qual prevaleceu, em tranquila jurisprudência, o prazo de trinta anos, houve por bem o Supremo Tribunal Federal, na linha do voto do Ministro Gilmar Mendes, modular os efeitos da decisão que alterou a jurisprudência consolidada, de forma que a ela se dessem efeitos prospectivos.

Assim, na forma da proposta do Ministro Gilmar Mendes, acolhida pelo Plenário, para os trabalhadores cujo termo inicial da prescrição ocorresse após o julgamento do STF, seria aplicável desde logo o prazo de cinco anos; já em relação àqueles cujo termo inicial do prazo prescricional já houvesse se verificado, seria aplicado o que ocorrer primeiro: o prazo de trinta anos contados do termo inicial ou o prazo de cinco anos contados da decisão do STF.¹³⁵⁷

¹³⁵⁵ Como consideração final a respeito da matéria de fundo, cuja abordagem se fez nos limites estritamente necessários à demonstração da utilização, pelo STF, da modulação temporal também em casos de modificação na jurisprudência em matéria constitucional, cabe anotar que, após a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, foi editada a Lei 11.466/07, regulando a progressão de regime no cumprimento das penas por crimes hediondos, fazendo-o, porém, com requisitos temporais mais rigorosos (2/5 de cumprimento da pena, para apenados primários; 3/5 de cumprimento da pena, para apenados reincidentes) do que aqueles previstos na Lei de Execuções Penais (1/6 da pena).

¹³⁵⁶ STF. Pleno. ARE 709.212/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 13/11/2014. DJe-032, divulg. 18/02/2015, public. 19/02/2015.

¹³⁵⁷ Embora o STF tenha tratado este caso como simples modulação temporal, a técnica empregada parece se aproximar de uma verdadeira fixação de regra de transição para a aplicação do novo entendimento (*infra*, seção 8.4.2), na medida em que não se limitou à simples fixação de um marco temporal, mas considerou o estágio de

Lançadas tais considerações acerca da técnica da modulação temporal na jurisdição constitucional, inclusive quando esta implica modificação na jurisprudência, tem-se como relevante questão definir em que medida a modulação pode ser igualmente empregada nas modificações na jurisprudência não relacionadas à jurisdição constitucional.

Essa aplicação, como já referido, foi defendida por juristas como Luís Roberto Barroso, que elaborou parecer com o objetivo de demonstrar ao STF que, na hipótese de o tribunal, no julgamento do RE 353.657/PR,¹³⁵⁸⁻¹³⁵⁹ vir a alterar seu entendimento quanto à possibilidade de creditamento do IPI por contribuintes adquirentes de matérias-primas tributadas com alíquota zero, este novo entendimento deveria ser objeto de modulação, a fim de não surpreender os que pautaram sua conduta baseados no entendimento superado.¹³⁶⁰⁻¹³⁶¹

desenvolvimento das relações jurídicas, em relação ao curso do prazo prescricional. Os prazos cujos termos iniciais se dêem no futuro sujeitam-se naturalmente ao novo entendimento. Os prazos com termos inicial e final já ocorridos no passado não são afetados. Por fim, os *prazos em curso* (situações iniciadas no passado, portanto) passam a ser contados, *a partir da decisão*, em conformidade com o novo entendimento, salvo se a sua consumação, segundo o entendimento antigo, se operar antes.

¹³⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, p. 261. A mesma tese é defendida, também em parecer a respeito do mesmo tema, por Antonio Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade parcial de ato normativo. Certeza e segurança jurídica diante de alteração de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao poder público. In: *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III*. Barueri: Minha Editora, 2005, pp. 60/64).

¹³⁵⁹ STF. Pleno. RE 353.657/PR. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 25/06/2007. DJe 07/03/2008. Na época em que foi escrito o parecer por Luís Roberto Barroso (abril de 2005), o julgamento ainda não estava concluído, tendo sido proferidos à ocasião oito votos, dos quais seis no sentido de se alterar a jurisprudência até então firmada no Supremo Tribunal Federal a respeito do aproveitamento do IPI, no tocante a insumos e matérias-primas adquiridas com sujeição à alíquota zero. O julgamento foi concluído em 25 de junho de 2007, decidindo-se, em apertada maioria (6x5), dar provimento ao recurso interposto pela União, de forma a reconhecer a impossibilidade de creditamento do IPI, afastando-se, portanto, do entendimento antes firmado pelo STF.

¹³⁶⁰ O STF, no RE 350.446/PR (STF. Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim. j. 18.12.2012, DJ 06.06.2003, p. 32), decidiu no sentido da possibilidade de empresas que adquirirem matéria-prima ou insumos sujeitos à alíquota zero do IPI, mas cujo produto final seja por ele tributado, creditarem-se do IPI incidente sobre o valor agregado por tais insumos ao produto final, nos moldes do que o STF já reconheceria possível, com relação a matérias-primas ou insumos isentos de IPI (STF. Pleno. RE 212.484/RS. Rel. para acórdão Min. Nelson Jobim. j. 05/03/1998, DJ 27.11.1998, p. 22). O Ministro Nelson Jobim, relator do recurso extraordinário, em sessão de julgamento ocorrida em 12/12/2002, manifestou o entendimento de que “isenção e alíquota-zero têm os mesmos efeitos e como tal devem ser tratadas”. Assim, entendeu o Ministro que o não reconhecimento do direito ao creditamento do IPI relativo ao valor agregado na operação anterior equivaleria à própria eliminação do benefício fiscal, frustrando os objetivos de ordem extrafiscal que justificaram sua concessão: “A isenção, a alíquota-zero ou a não-tributação em um dos elos da cadeia produtiva desapareceriam quando da operação subsequente, se não admito (sic) o creditamento. Nesta última – a operação subsequente – recompor-se-ia todo o tributo, como se isenção, alíquota-zero ou não-tributação não tivesse ocorrido em algum momento da cadeia produtiva”. Ao fim, houve por bem não conhecer o recurso extraordinário interposto pela União, concluindo que admitia “os créditos pleiteados, tanto nos casos de isenção – não objeto do recurso –, como nos de tributação à alíquota-zero ou de não-tributação”. O entendimento defendido pelo Ministro Relator foi, em julgamento ocorrido em 18/12/2002, acompanhado pelos demais Ministros do STF, à exceção do Ministro Ilmar Galvão, que dava provimento ao recurso da União, para afastar o direito ao creditamento. Assim, neste julgamento, manifestou o STF o entendimento pelo direito ao creditamento do IPI também às empresas que adquiriam matérias-primas ou insumos com tributação à alíquota zero.

¹³⁶¹ O entendimento manifestado pelo STF na sessão plenária de 18/12/2002 passou posteriormente a servir de fundamento a decisões monocráticas em recursos extraordinários que versavam sobre a mesma matéria (a título

Ao que argumenta Barroso, havendo autorização, no ordenamento jurídico, para a preservação de ato contrário à própria Constituição da República,¹³⁶² na *hipótese extrema* de ser reconhecida a sua inconstitucionalidade, com maior razão deve ser admitida a utilização da técnica da modulação temporal na situação menos gravosa, em que apenas se pretende mitigar a incidência de um novo entendimento jurisprudencial sobre situações anteriormente ocorridas, a fim de proteger a confiança depositada no entendimento anterior.¹³⁶³ Desta forma, qualquer decisão judicial modificadora de jurisprudência poderia se beneficiar da técnica da modulação temporal, não estando esta restrita à jurisdição constitucional.¹³⁶⁴

Também defendendo a possibilidade de aplicação da técnica de modulação temporal nas modificações na jurisprudência, leciona Marinoni que se, "no momento da revogação judicial do precedente, ainda existia certo grau de confiança nele depositado, o Tribunal deve modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade em atenção a este fator".¹³⁶⁵⁻¹³⁶⁶

Ravi Peixoto entende igualmente que a técnica da modulação temporal não deve ficar restrita ao controle de constitucionalidade, havendo de se aplicar também às hipóteses em que há superação de precedentes, tanto em matéria constitucional, quanto em matéria

de exemplo: STF. RE 363.777/RS. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 19/12/2002, DJ 03/02/2003, p. 110). Também a este entendimento se alinham o STJ (também a título exemplificativo: STJ. 2ª Turma. REsp 440207/PR. Rel. Min. Castro Meira. j. 18/11/2003. DJ 25/02/2004, p. 141) e os cinco Tribunais Regionais Federais. Para um amplo levantamento jurisprudencial sobre o alinhamento dos Tribunais Regionais Federais à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na matéria, cf. BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, p. 259.

¹³⁶² Anote-se, neste ponto, o que foi sustentado na seção em que se tratou da modulação temporal no controle de constitucionalidade, no sentido de que nos filiamos ao pensamento daqueles que sustentam não se tratar, no caso, de subsistência do ato normativo inconstitucional contra a Constituição, mas, ao contrário, de subsistência limitada de seus efeitos, com fundamento não mais no ato declarado inconstitucional, mas sim em normas constitucionais que, ponderadas com o princípio da supremacia da Constituição, impõem sua preservação.

¹³⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, p. 265. Semelhante argumento é utilizado por Luís Eduardo Schoueri e Aline Nunes dos Santos: "Nesse contexto, não é demais afirmarmos que se, quando da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, isto é, quando do reconhecimento da mais grave ofensa ao sistema jurídico, é possível que uma (outra) norma constitucional fundamente a validação dos efeitos já produzidos, não há como se negar que na ponderação entre duas normas igualmente constitucionais, é também possível que outra norma constitucional prevaleça para fundamentar a manutenção dos efeitos da norma pretérita" (SHOUERI, Luís Eduardo; SANTOS, Aline Nunes dos. Reflexões sobre a modulação (...). *Op. cit.*, p. 115). Ainda em linha semelhante: ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito* (...). *Op. cit.*, pp. 209/210.

¹³⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). *Op. cit.*, p. 268. À mesma conclusão chega Tércio Sampaio Ferraz Junior, embora pautando sua análise no princípio da *não-surpresa* (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. *Op. cit.*, pp. 23/27).

¹³⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 309.

¹³⁶⁶ Deste entendimento não se afasta a lição de Ricardo Lodi Ribeiro, segundo o qual "o princípio da proteção da confiança legítima não pode impedir que a jurisprudência dos Tribunais evolua de acordo com os novos fatos sociais e com o desenvolvimento da Ciência do Direito, mas é correto supor, em nome da segurança jurídica, que as grandes rupturas jurisprudenciais só produzem efeitos para o futuro" (grifos nossos) (RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte* (...). *Op. cit.*, p. 240).

infraconstitucional, como decorrência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, que tutelam as expectativas geradas em razão do entendimento consolidado.¹³⁶⁷

Enfim, percorrendo-se a literatura especializada, pode-se afirmar que a orientação predominante na doutrina nacional é a de que a técnica da modulação temporal tem plena aplicabilidade às modificações na jurisprudência no direito brasileiro, servindo-se a doutrina de fundamentos de variada ordem para justificá-la, tais como a segurança jurídica, a proteção da confiança,¹³⁶⁸ a não-surpresa,¹³⁶⁹ a boa-fé¹³⁷⁰ e a moralidade administrativa.

Encontram-se na doutrina até mesmo propostas mais extremadas, construídas a partir do complexo de princípios acima referidos, agregados à ideia de que a atividade judicial é uma atividade criativa e não simplesmente declaratória do direito, no sentido de que se faça uma leitura mais ampla da garantia de *irretroatividade da lei* contida no artigo 5º da Constituição da República de 1988, a fim de que esta seja compreendida como uma verdadeira *irretroatividade do direito*, do que decorreria sempre a impossibilidade de se conferir efeitos retroativos ao direito produzido pelo Judiciário, nas hipóteses em que este se afasta de entendimentos consolidados, operando uma modificação na jurisprudência.¹³⁷¹

Neste ponto, porém, parece haver razão nas lições de Ravi Peixoto, no sentido de que, embora se reconheça a aptidão das modificações na jurisprudência para frustrar legítimas expectativas que nela se fundaram, não há como se equiparar a modificação na lei e a modificação na jurisprudência, de modo a estender de forma irrestrita à segunda a vedação à retroação prevista na Constituição da República para a primeira.¹³⁷²

Como observou o Ravi Peixoto, a forma pela qual a atividade legislativa e a atividade judicial atuam é substancialmente diversa.¹³⁷³

¹³⁶⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, pp. 266/269.

¹³⁶⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 421.

¹³⁶⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Irretroatividade e jurisprudência judicial*. *Op. cit.*

¹³⁷⁰ NERY JR., Nelson. *Boa-fé objetiva e segurança jurídica (...)*. *Op. cit.*, p. 77. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito (...)*. *Op. cit.*, p. 159.

¹³⁷¹ Neste sentido, dentre outros: CARRAZZA, Roque Antonio. *Segurança jurídica e eficácia temporal (...)*. *Op. cit.*, p. 34; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito (...)*. *Op. cit.*, p. 160.

¹³⁷² PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, pp. 270/275.

¹³⁷³ *Ibidem*, pp. 270/275.

De um lado, os tempos de atuação de uma e de outra são diversos. A lei, como anteriormente referido, atua para o futuro, ao passo que, em sentido diverso, é próprio da atividade jurisdicional atuar sobre o passado, embora não se discorde da ideia, defendida por Humberto Ávila e Misabel Derzi, de que as decisões judiciais que formam precedentes e jurisprudência tenham, em alguma medida, uma *eficácia pluridimensional*, por constituírem uma mescla de presente, passado e futuro e do conjunto dessas dimensões.¹³⁷⁴

Além disso, a determinação de um marco temporal para o término da vigência da lei revogada é, de forma geral, tarefa simples na maioria das modificações legislativas. O mesmo não ocorre em relação às modificações na jurisprudência, cujos limites temporais são em geral fluidos,¹³⁷⁵ em especial quando a modificação não se dá de forma *abrupta*, pelo advento de um precedente que rompe aberta e radicalmente com o entendimento consolidado, mas se apresenta mais como um distanciamento gradual ou, para se servir da expressão já referida de Deumier, quando se apresenta como um *revirement à petit pas*.¹³⁷⁶

Por fim, embora essa não seja uma razão determinante, não se pode deixar de observar, ainda, que a técnica da prospectividade está em declínio nos Estados Unidos, país onde encontrou seu maior desenvolvimento teórico e aplicação prática, o que não pode deixar de ser considerado um alerta em relação a propostas mais amplas de que se reconheça *sempre* efeitos prospectivos às modificações na jurisprudência.

A proposta mais adequada, ao que parece, está no equilíbrio já alcançado pela nossa experiência jurídica no manejo da técnica da modulação no controle de constitucionalidade: a retroatividade continua sendo a regra nas modificações na jurisprudência (tal qual ocorre de forma geral no direito estrangeiro), de forma que o manejo da técnica da modulação temporal reveste-se de caráter excepcional, devendo ser justificada a partir dos princípios que lhe servem de substrato, em especial pelo princípio da proteção da confiança.¹³⁷⁷

¹³⁷⁴ Sob o já referido aspecto da *função privada* exercida pela atividade jurisdicional (a solução do conflito de interesses que é objeto do processo em que a decisão é proferida), a atenção está voltada principalmente para o passado; já no aspecto da *função pública* que atualmente se reconhece à atividade jurisdicional (a formação da norma jurídica, mediante atividade interpretativa, para servir de precedente), avulta essa eficácia pluridimensional apontada por Humberto Ávila e Misabel Derzi. Em sentido semelhante: ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito* (...), pp. 175/176.

¹³⁷⁵ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, pp. 270/271.

¹³⁷⁶ DEUMIER, Pascale. *Le revirement de jurisprudence en questions*. *Op. cit.*, pp. 60/62

¹³⁷⁷ Essa é a proposta defendida, dentre outros, por Lucas Buril de Macêdo (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. *Op. cit.*, p. 423.

8.4.1.3.1. Abordagem da técnica na prática dos tribunais brasileiros

A despeito da inexistência, entre nós, de disposição legal prevendo, em caráter geral, a utilização da modulação temporal nas modificações na jurisprudência, deficiência que somente agora, com o §3º do artigo 927 do CPC/2015,¹³⁷⁸ foi suprida, o tema não era estranho aos nossos tribunais, que em alguns julgados o enfrentaram de maneira expressa.

No STF a aplicação da técnica às modificações na jurisprudência tem recebido maior adesão, sendo reconhecida sua compatibilidade com a Constituição, mesmo quando o tribunal não vislumbra, no caso concreto, preenchidos os requisitos necessários à sua utilização.

De início, no Supremo Tribunal Federal travou-se discussão acerca do tema, por ocasião do julgamento do já referido RE 353.657, relativo à subsistência do direito ao creditamento do IPI. Julgado o recurso e consagrada a mudança no entendimento, foi suscitada questão de ordem pelo Ministro Ricardo Lewandowski, propondo-se a modulação temporal dos efeitos da decisão, de modo a não surpreender os contribuintes.

Não obstante, consoante já observado, a proposta de modulação não foi acatada, ao argumento de que não haveria nenhum caso em que houvesse se dado o trânsito em julgado, pelo que não haveria o que se falar em *jurisprudência consolidada* ou em *modificação na jurisprudência*. Estabeleceu-se naquele julgamento, portanto, que o *trânsito em julgado* seria um requisito à caracterização da jurisprudência consolidada e, portanto, à utilização da técnica da modulação dos efeitos temporais. A exigência de trânsito em julgado, conquanto tenha o apoio de importantes vozes na doutrina, como Humberto Ávila, não nos parece necessária à caracterização de uma jurisprudência consolidada (*supra*, seção 6.2.1).

O que é importante destacar do julgamento em questão, no entanto, é que o STF, embora recusando aplicação à técnica no caso concreto, admitiu sua utilização também em relação às decisões que alteram jurisprudência consolidada, desde que houvesse decisões transitadas em julgado da própria Corte veiculando o entendimento superado.

¹³⁷⁸ §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

No também referido caso da limitação do número de vereadores do município de Mira Estrela,¹³⁷⁹ o Supremo Tribunal Federal igualmente admitiu o emprego da técnica da modulação nas modificações em sua jurisprudência.

Além disso, o STF tem reconhecido que outros tribunais superiores estão autorizados a utilizar a técnica da modulação temporal. No RE 637.485/RJ¹³⁸⁰ o STF entendeu que o TSE deveria modular no tempo decisões que alterassem sua jurisprudência no curso de uma eleição ou logo após sua realização, aplicando o novo entendimento apenas às eleições subsequentes, em respeito à confiança depositada pelo cidadão-candidato e pelo cidadão-eleitor.

A discussão dizia respeito à interpretação do artigo 14, §5º, da CRFB/88.¹³⁸¹ O TSE tinha pacífica jurisprudência no sentido de que o dispositivo não impedia uma segunda reeleição para o cargo de prefeito, desde que para município diverso daquele em que exercidos os dois primeiros mandatos. Desta forma, nas eleições municipais de 2008, um candidato que já havia sido prefeito por duas vezes em um município fluminense candidatou-se, sem qualquer impugnação, para prefeito em outro município, vindo a se eleger.

No período em que seriam expedidos os diplomas, o Tribunal Superior Eleitoral modificou sua jurisprudência, para entender que o terceiro mandato consecutivo de prefeito, ainda que em município diverso, estava vedado pelo artigo 14, §5º, da Constituição e, em razão dessa modificação, seguiu-se, por parte do Ministério Público e de partidos políticos, a propositura de ação de impugnação de mandato eletivo em relação ao candidato eleito.

Tendo chegado esta ação ao TSE, este determinou a imediata aplicação de seu novo entendimento, a despeito de a candidatura e a própria eleição haverem se realizado sob a égide do entendimento anterior, o que deu ensejo à propositura de recurso extraordinário pelo candidato, que, autuado sob o número 637.485/RJ, resultou no paradigmático julgamento do STF, em que este reconheceu que o TSE deveria ter modulado os efeitos de sua decisão para aplicá-la apenas a partir do pleito eleitoral subsequente. Colham-se, a respeito, alguns dos mais representativos excertos do voto condutor, proferido pelo Ministro Gilmar Mendes:

¹³⁷⁹ STF. Pleno. RE 197917/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. J. 06/06/2002. DJ 07/05/2004, p. 8. Para um comentário mais detido deste caso cf., *supra*, seção 8.4.1.3.

¹³⁸⁰ STF. Pleno. RE 637.485/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 01/08/2012. DJe-095, divulg. 20/05/2013, public. 21/05/2013.

[...] As circunstâncias levam a crer que a alteração repentina e radical dessas regras, uma vez o período eleitoral já praticamente encerrado, repercute drasticamente na segurança jurídica que deve nortear o processo eleitoral, mais especificamente na confiança não somente do cidadão candidato, mas também na confiança depositada no sistema pelo cidadão-eleitor.

Em casos como este, em que se altera jurisprudência longamente adotada, parece sensato considerar seriamente a necessidade de se modular os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica. Essa tem sido a praxe neste Supremo Tribunal Federal, quando há modificação radical de jurisprudência. (grifos nossos)

Como se observa, o voto condutor reconhece expressamente a aplicabilidade da técnica da modulação temporal às modificações na jurisprudência com fundamento na segurança jurídica e na *proteção da confiança*, ressaltando que "esta tem sido a praxe neste Supremo Tribunal Federal, quando há modificação radical de jurisprudência". Indo além, o voto condutor sustenta que não apenas o STF está autorizado a realizar a modulação, mas assim também o Tribunal Superior Eleitoral:

Assim, também o Tribunal Superior Eleitoral, quando modifica sua jurisprudência, especialmente no decorrer do período eleitoral, deve ajustar o resultado de sua decisão, em razão da necessária preservação da segurança jurídica que deve lastrear a realização das eleições, especialmente a confiança dos cidadãos candidatos e cidadãos eleitores.

[...]

Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, deve adotar tais cautelas por ocasião das chamadas “viragens jurisprudenciais” na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. (grifos nossos)

Ao fim, o voto condutor do acórdão não só deu provimento ao recurso extraordinário interposto pelo candidato, com ainda fixou a seguinte tese jurídica:

[...] as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.

Como se observa dos julgados referidos, há um amplo reconhecimento, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da aplicabilidade da modulação temporal às modificações não só em sua própria jurisprudência, mas também na jurisprudência de outros tribunais superiores, dado o caráter paradigmático e orientador de suas decisões.

¹³⁸¹§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

Diferente, contudo, é a compreensão que o STJ tem tido a respeito da questão, haja vista que, embora o tema da modulação dos efeitos temporais não seja estranho à sua jurisprudência, não tem contado com uma adesão por parte do tribunal.

É o que ocorreu nos já referidos casos em que se discutiu o termo inicial do prazo para a interposição de recurso pelo Ministério Público¹³⁸² e, ainda, acerca da necessidade de ratificação de recurso especial interposto antes do julgamento de embargos de declaração,¹³⁸³ nos quais prevaleceu na Corte Especial a aplicabilidade imediata do novo entendimento, negando-se seguimento aos recursos anteriormente interpostos.¹³⁸⁴

Essa postura reflete o entendimento que tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a modulação temporal dos efeitos de decisões judiciais estaria limitada às hipóteses previstas no artigo 27 da Lei 9.868/99 e no artigo 11 da Lei 9.882/99, de emprego exclusivo pelo Supremo Tribunal Federal e restrito à jurisdição constitucional.

Assim, por exemplo, no julgamento dos embargos de divergência no recurso especial nº 738.689/PR¹³⁸⁵ prevaleceu o entendimento de que o STJ não tem o poder de modular os efeitos temporais de suas próprias decisões, apesar do importante voto do Ministro Herman Benjamin, no qual se defendeu a admissibilidade da modulação temporal.

Com efeito, em seu voto, o Ministro Herman Benjamin sustentou que a matéria ali decidida (vigência do crédito-prêmio do IPI) havia sido objeto de "profunda mudança de orientação jurisprudencial" no STJ, o que, embora inevitável ante a necessidade de evolução do direito, contraria "uma compreensível expectativa por parte dos jurisdicionados, de que as decisões do STJ, p. ex., referentes à interpretação da legislação federal, não sofrerão mudanças sazonais, tão comuns nos sistemas de múltiplas instâncias de julgamento", quando não acompanhadas de uma alteração no quadro normativo, ressaltando ainda que

[...] é inconsteste que o jurisdicionado, ao se deparar com uma jurisprudência pacificada em um determinado sentido, emanada de um Tribunal que tem a competência constitucional de dar a última palavra sobre o assunto, tende a confiar

¹³⁸² STJ. Corte Especial. AgRg nos EResps 403153/SP. Rel. Min. Castro Meira. j. 02/08/2010. DJe 23/08/2010.

¹³⁸³ STJ. Corte Especial. EREsp 933.438/SP. Rel. Min. José Delgado. Rel. p/ acórdão Min. Fernando Gonçalves. j. 21/05/2008. DJe 30/10/2008. No mesmo sentido: STJ. 1ª Seção. EREsp 963.374/SC. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. j. 13/08/2008. DJe 01/09/2008.

¹³⁸⁴ Cf. a respeito desses casos, *supra*, seção 8.3.

¹³⁸⁵ STJ. 1ª Seção. EREsp 738.689/PR. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. j. 27/06/2007. DJ 22/10/2007.

que aquela é a melhor interpretação da lei, orientando sua vida, seu trabalho e seus negócios a partir daí, segundo tal entendimento do sistema jurídico.

Conclui, portanto, que o STJ tem um dever constitucional de mitigar os prejuízos decorrentes das modificações em sua jurisprudência, propondo, em concreto, que sejam modulados no tempo seus efeitos, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, subjacentes ao regramento legal existente, consubstanciado no artigo 27 da Lei 9.868/99 e no artigo 11 da Lei 9.882/99, analogicamente aplicados.¹³⁸⁶⁻¹³⁸⁷

A proposta, no entanto, não foi acolhida pela maioria de seus pares, que, com exceção do Ministro João Otávio de Noronha, acompanharam entendimento oposto, manifestado no voto do Ministro Teori Albino Zavascki, para quem, em sede de embargos de divergência "não se comportam decisões de efeitos generalizantes, com eficácia expansiva para além dos limites objetivos e subjetivos da causa, como seriam os sugeridos na proposta apresentada". Além disso, sustentou o Ministro Teori que a proposta de modulação iria muito além do previsto nas Leis 9.868 e 9.882, de 1999, levando o STJ a atuar como legislador positivo.

Essa importante decisão, na qual o Superior Tribunal de Justiça deixou de reconhecer o poder de modular no tempo os efeitos de suas decisões, tem sido objeto de críticas na doutrina, que vê nela uma "perda de oportunidade de dar prevalência ao princípio da segurança jurídica" nas modificações em sua jurisprudência.¹³⁸⁸

O tema da modulação temporal veio a ser novamente enfrentado pelo STJ, por ocasião do Recurso Especial 1.105.442/RJ,¹³⁸⁹ processado segundo a sistemática dos recursos

¹³⁸⁶ Em sede doutrinária, defendendo a modulação dos efeitos das modificações de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, com esteio em uma aplicação analógica do artigo 27 da Lei 9.868/99, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados (...)*. *Op. cit.*, pp. 105/108.

¹³⁸⁷ Assim sintetiza o Ministro Herman Benjamin seu pensamento sobre a matéria: "Inegável que os valores que levaram o legislador federal a produzir as Lei 9.868 e 9.882, ambas de 1999, vão além do produto legislativo, influenciando necessariamente na aplicação do Direito por todos os Tribunais Superiores. Tenho para mim que, também no âmbito do STJ, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica. É que o reconhecimento da 'sombra de juridicidade', decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto. Essa necessidade de privilegiar-se a segurança jurídica e, por consequência, os atos praticados pelos contribuintes sob a 'sombra de juridicidade' exige do STJ o manejo do termo *a quo* dos efeitos de seu novo entendimento jurisprudencial".

¹³⁸⁸ Neste sentido: ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito (...)*. *Op. cit.*, p. 210.

¹³⁸⁹ STJ. 1ª Seção. REsp 1.105.442/RJ. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. j. 09/12/2009. DJe 22/02/2011.

especiais repetitivos. Versava o recurso sobre o prazo prescricional para propositura de execuções fiscais relativas a multas administrativas, tendo sido decidido pela aplicação do prazo quinquenal previsto no artigo 1º do Decreto 20.910/32, por simetria com o prazo de que dispõe o administrado para cobrança de seus créditos contra a Fazenda Pública.

Houve, no caso em questão, requerimento da Fazenda Pública, no sentido de que fossem modulados temporalmente os efeitos da decisão, o que foi negado pela 1ª Seção, com base nos fundamentos lançados pelo Ministro Hamilton Carvalhido em seu voto, no sentido de que rejeitava a pretensão fazendária de ver modulados os efeitos da decisão, uma vez que inexistia permissivo legal ou constitucional para que o STJ fizesse uso da técnica.¹³⁹⁰⁻¹³⁹¹

Desde então, esse entendimento vem sendo reproduzido em diversos julgados daquela Corte, do que é exemplo o agravo regimental em recurso especial nº 1.353.699,¹³⁹² no qual o Ministro Herman Benjamin, já se alinhando ao entendimento adotado pelo STJ, ressaltou que o tribunal havia sedimentado a orientação de que a técnica da modulação temporal teria aplicação restrita ao STF, nas hipóteses previstas no artigo 27 da Lei 9.868/99.

Esse entendimento não escapou à crítica da doutrina, havendo Luiz Guilherme Marinoni, ao comentar especificamente o julgamento dos EREsp 738.689, exposto que

[...] O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento referido, perdeu grande oportunidade para adotar técnica imprescindível a um Tribunal incumbido de dar unidade ao direito federal. Pouco importa que o art. 27 da Lei 9.868/1999 faça

¹³⁹⁰ O mesmo entendimento foi adotado em outros julgados do STJ, ainda no tema relativo ao prazo prescricional para a cobrança de multas administrativas: AgRg no Ag 1.199.331/RJ (STJ. 1ª Turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. j. 23/03/2010. DJe 15/04/2010), REsp 1.231.532/RJ (STJ. 2ª Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. j. 22/02/2011. DJe 04/03/2011) e AgRg no REsp 1.176.888/RJ (STJ. 1ª Turma. Rel. Min. Ari Pargendler. j. 05/03/2013. DJe 20/03/2013).

¹³⁹¹ No caso em questão, é de se destacar que efetivamente não houve uma *modificação na jurisprudência*, eis que o tema já havia sido por diversas vezes enfrentado pelo STJ, antes do julgamento do recurso especial repetitivo, e a jurisprudência já se encontrava consolidada no sentido da aplicabilidade do prazo prescricional quinquenal. Isso seria, por si só suficiente à negativa da modulação temporal pretendida pela Fazenda Pública, consoante ressaltado no voto do Ministro Hamilton Carvalhido. Não obstante, o julgado tem importância para o tema, ante o reconhecimento expresso de que, *mesmo que presente estivesse uma modificação na jurisprudência*, não seria possível a modulação temporal, por ausência de previsão legal ou constitucional.

¹³⁹² STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1.353.699/CE. Rel. Min. Herman Benjamin. j. 19/02/2013. DJe 07/03/2013. O mesmo entendimento tem sido adotado em vários outros julgados do Superior Tribunal de Justiça, como exemplificam os que seguem: STJ. 2ª Turma. AgRg nos EDcl no REsp 805.804/ES. Rel. Min. Castro Meira. j. 28/09/2010. DJe 15/10/2010; STJ. 2ª Turma. AgRg nos ED no Ag 983549/DF. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. j. 23/04/2009. DJe 13/05/2009; STJ. 1ª Turma. AgRg no REsp 1.089.940/BA. Rel. Min. Denise Arruda. j. 02/04/2009. DJe 04/05/2009; STJ. 1ª Seção. EDcl no AgRg nos EREsp 724111/RJ. Rel. Min. Herman Benjamin. j. 25/08/2010. DJe 13/09/2010; STJ. 2ª Turma. REsp 1.184.895/MG. Rel. Min. Eliana Calmon. j. 27/04/2010. DJe 11/05/2010.

referência expressa apenas às decisões de inconstitucionalidade. Como demonstrado no item que precedeu, a limitação dos efeitos retroativos das decisões não é mera decorrência da necessidade de compatibilizar a segurança jurídica com a teoria da nulidade da lei inconstitucional. Trata-se, ao contrário, de algo imprescindível para não se surpreender aqueles que depositaram confiança justificada nos precedentes judiciais.¹³⁹³

É de se concluir, portanto, que a tese da modulação temporal dos efeitos das decisões que alterem jurisprudência consolidada tem contado com ampla aceitação pelo Supremo Tribunal Federal, que entende que não apenas ele próprio, mas também outros tribunais superiores dela podem fazer uso. No Superior Tribunal de Justiça, ao contrário, embora contando com adeptos da técnica, tem prevalecido postura mais conservadora, no sentido de que não há previsão legal ou constitucional para sua aplicação, a qual estaria restrita à jurisdição constitucional, nos termos do que dispõe o artigo 27 da Lei 9.868/99.

8.4.1.3.2. Previsão da técnica no direito positivo

Apesar de a aplicação da técnica da modulação temporal ter encontrado alguma aceitação na jurisprudência, em especial do STF, que reconhece sua compatibilidade com a Constituição, inclusive quando empregada por outros tribunais superiores, sua regulação é fenômeno recente sob a perspectiva do direito positivo brasileiro.

No controle de constitucionalidade, como referido, os primeiros dispositivos a prevê-la foram as leis editadas para regular os procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF (Leis 9.868/99 e 9.882/99). Essas leis, contudo, eram voltadas a regular os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade e não das modificações na jurisprudência, o que levou a que o STJ, em uma postura conservadora, entendesse que sua aplicação analógica às modificações na jurisprudência não era possível.

Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 45/04, foram introduzidas as súmulas vinculantes, cuja lei regulamentadora (Lei 11.417/06) previu a técnica da modulação

¹³⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 439. No mesmo sentido se orienta a crítica de Valter Shuenquener de Araújo, para quem, "em completo descompasso com a evolução que o tema da modulação temporal e da proteção da confiança tem recebido, o STJ concluiu não poder deslocar os efeitos de

temporal, restringindo-a, contudo, aos efeitos da *edição de enunciados*, nada dispondo acerca de sua utilização quando de sua modificação ou de seu cancelamento.

Pensamos, contudo, que apesar da omissão legal, o emprego da técnica da modulação era também possível nas hipóteses de cancelamento ou modificação de enunciado de súmula vinculante. Os enunciados de súmula editados pelos tribunais superiores, como já observado (*supra*, seção 5.4.3.4), são qualificáveis como *base da confiança*, na medida em que veiculam a síntese da compreensão de um tribunal a respeito de determinada questão jurídica, sendo a expressão de sua *jurisprudência dominante*, como enuncia o §1º do artigo 926 do CPC/2015.

Exatamente por isso, as considerações feitas em relação à modulação temporal dos efeitos das decisões que operam modificações na jurisprudência são igualmente aplicáveis ao cancelamento ou à modificação de enunciados de súmulas editados pelos tribunais superiores, a fim de que, também nesta sede, seja preservada a confiança dos jurisdicionados.

Como observou Leonardo e Silva de Almendra Freitas, a prática da modulação temporal nesta seara não é desconhecida do STF, que dela fez uso quando do cancelamento do enunciado nº 394 de sua súmula,¹³⁹⁴ aprovado em 1964 e que refletia jurisprudência antiga e consolidada do tribunal no sentido de que este detinha competência para processar e julgar penalmente ex-ocupantes de cargos públicos com prerrogativa de foro no STF.¹³⁹⁵

Com efeito, por ocasião das discussões na questão de ordem suscitada no inquérito 687, o STF entendeu pela superação de seu antigo entendimento e, conseqüentemente, pelo cancelamento do enunciado nº 394 de sua súmula.¹³⁹⁶ O Ministro Sydney Sanches, relator na questão de ordem, após longa consideração acerca das razões que o levavam a se convencer da necessidade de revisão do entendimento do STF acerca de sua competência para processar e julgar os ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de função, consignou que era

suas decisões para um momento futuro" (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança* (...). *Op. cit.*, p. 193).

¹³⁹⁴ Enunciado nº 394. Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

¹³⁹⁵ FREITAS, Leonardo e Silva de Almendra. Desmistificando a modulação dos efeitos temporais das viradas jurisprudenciais (*prospective overruling*) no direito tributário: experiência jurisprudencial, aspectos processuais e um caso ideal para sua utilização ([I] legitimidade do contribuinte "de fato"). In: *Revista dialética de direito tributário*. vol. 189. São Paulo: Dialética, jun. 2011, p. 80. A modulação temporal quando do cancelamento deste enunciado é também objeto de comentário por Francisco Rosito (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais* (...). *Op. cit.*, pp. 366/367).

chegada a hora de uma revisão do tema, ao menos para que se firme a orientação da Corte, daqui para frente, ou seja, sem sacrifício do que já decidiu com base na Súmula 394, seja ao tempo da Constituição de 1946, seja à época da E.C. nº 01/69, seja sob a égide de Constituição de 1988.

Com efeito, embora entendendo pela necessidade de revisão da antiga jurisprudência e, conseqüentemente, do cancelamento do enunciado, preocupou-se o relator com os reflexos dessa modificação de entendimento sobre anteriores decisões do STF que, segundo o novo entendimento, teriam sido proferidas por juízo absolutamente incompetente. Preocupava-o o reconhecimento da nulidade dessas decisões, bem como a propositura de inúmeras revisões criminais. Por tal razão, propôs o cancelamento do enunciado nº 394, "com a ressalva de que continuam válidos todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com base na Súmula 394". Sua proposta era, portanto, no sentido de que se atribuissem *efeitos meramente prospectivos* ao cancelamento do enunciado nº 394.

Embora dividida em relação à questão de mérito, no tocante à proposta de modulação, a Corte foi unânime. Todos os Ministros, uma vez definido que o cancelamento era necessário, votaram pela atribuição de efeitos prospectivos. Como se vê, também em relação ao cancelamento ou à modificação de enunciados de súmula editados pelos tribunais superiores, é possível a atribuição de efeitos prospectivos.

Desta forma, apesar das considerações acima e do reconhecimento pelo STF da possibilidade de modulação temporal também no cancelamento e modificação de enunciados de súmula, o direito positivo brasileiro seguia sem uma regra especificamente voltada ao emprego da técnica da modulação nas modificações na jurisprudência.

Tal quadro apenas se modificou com a Lei 13.015/2014, que expressamente previu o emprego da técnica ao introduzir o artigo 896-C, §17, na CLT, relativo aos recursos de revista repetitivos.¹³⁹⁷ Esse dispositivo, em relação ao qual já se desenvolveu comentário na seção 6.13.2.5, teve caráter inovador, por ser o primeiro dispositivo legal a prever expressamente a utilização da técnica da modulação temporal nas modificações na jurisprudência, antecipando-se ao próprio Código de Processo Civil, que viria a consagrá-la em caráter mais abrangente.

¹³⁹⁶ STF. Pleno. Inq. 687-QO/SP. Rel. Min. Sydney Sanches. J. 25/08/1999. DJ 09/11/2001, p. 44.

Esse dispositivo inovador *positivou*, especificamente para o TST, um poder de modulação temporal nas modificações em sua jurisprudência que, de certa forma, já lhe era reconhecido pelo STF que, embora em julgamento relativo a modificações na jurisprudência em matéria eleitoral,¹³⁹⁸ reconheceu tais poderes ao TSE, com fundamentos que podem ser transplantados para se admitir igual atuação pelo órgão de cúpula da Justiça do Trabalho.

Por fim, marcando o estágio atual do desenvolvimento do tema sob a perspectiva do direito positivo, o Código de Processo Civil de 2015 reconheceu, em caráter geral, ao Supremo Tribunal Federal e aos demais tribunais superiores, o poder de modular no tempo os efeitos de suas decisões que implementem modificações na jurisprudência:¹³⁹⁹

Art. 927. [...]

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

O dispositivo avança significativamente na regulação da matéria, ao prever que todos os tribunais superiores podem fazer uso da técnica nas modificações em sua jurisprudência, embora em alguns pontos pudesse ter a ela conferido melhor tratamento. Assim, de um lado, deixou de prever expressamente que também a modificação ou o cancelamento de enunciados de súmula estão incluídos dentre as hipóteses em que autorizado o manejo da técnica da modulação temporal.¹⁴⁰⁰ Além disso, como já referido, o dispositivo não está em perfeita

¹³⁹⁷ §17. Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado.

¹³⁹⁸ STF. Pleno. RE 637.485/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 01/08/2012. DJE-095, divulg. 20/05/2013, public. 21/05/2013.

¹³⁹⁹ A modulação dos efeitos das modificações na jurisprudência já constava do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas constituída por ato da presidência do Senado Federal, praticamente nos mesmos termos que vieram a ser ao final aprovados pelo Congresso Nacional, consoante se colhe do art. 847, V, do anteprojeto: “*na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica*” (Texto do anteprojeto apresentado pela comissão de juristas disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2014).

¹⁴⁰⁰ É de se ressaltar que o texto aprovado na Câmara dos Deputados previa a modulação também em relação a modificação de súmulas, nos termos do artigo 521, §1º (“Na hipótese de alteração da sua jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de seu precedente, os tribunais podem modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos”). Essa deficiência, como ressaltado anteriormente, pode ser suprida por uma interpretação corretiva, na medida em que, sendo os enunciados de súmula a expressão da jurisprudência dominante do tribunal, e sendo a modulação admitida neste último caso (na literal disposição do Código), a modulação também os alcançaria. Vide, sobre esta crítica, as considerações lançadas na seção 5.4.3.7.

harmonia com o §4º do artigo 927, que trata do princípio da proteção da confiança, enumerando as hipóteses em que um ato jurisdicional é considerado base da confiança.

A modulação temporal, como já defendido ao longo deste trabalho, é uma técnica de proteção substancial da confiança, razão pela qual sua aplicação deve alcançar a modificação de quaisquer atos jurisdicionais qualificáveis como base da confiança. Diante disso, não há razão para a assimetria entre os parágrafos quarto e terceiro do artigo 927.

Se no parágrafo quarto estão previstos (ainda que insuficientemente, como já discutido na seção 5.4.3.7) os atos jurisdicionais considerados base da confiança no sistema jurídico brasileiro, a modulação temporal, nos termos do parágrafo terceiro, deveria alcançar a modificação de todos esses atos e não apenas parte deles, como atualmente regulado.

Com efeito, o parágrafo quarto dispõe que o princípio da proteção da confiança deve incidir sobre as modificações de "enunciado de súmula, jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos", ao passo que o parágrafo terceiro autoriza a utilização da técnica da modulação temporal nas modificações de *jurisprudência dominante* e naquela oriunda de *julgamento de casos repetitivos*.

Nessa linha, é de se indagar a razão pela qual, se apenas a modificação na *jurisprudência pacífica* deve se submeter ao princípio da proteção da confiança (§4º), a modulação se emprega nas modificações de *jurisprudência dominante* (§3º)? Como já observado, os termos *jurisprudência dominante* e *jurisprudência pacífica* não são equivalentes, tanto que se considera, neste trabalho, que apenas a *jurisprudência pacífica* dos tribunais superiores constitui base da confiança, exatamente como previu o artigo 927, §4º.

Desta forma, o §3º do artigo 927 deveria, ao dispor sobre a modulação temporal, ter se referido - a fim de manter uma sistematicidade com o parágrafo quarto - também à jurisprudência *pacífica* e não à jurisprudência *dominante*, cujo conteúdo é diverso e representa um estágio menos avançado de consolidação do entendimento na jurisprudência do tribunal.

De outra parte, se os enunciados de súmula dos tribunais superiores devem ser considerados base da confiança, como enuncia o próprio §4º do artigo 927, em harmonia com o que se defende neste trabalho, também não se compreende a razão pela qual a modificação

desses enunciados não é, nos termos do Código, objeto de modulação temporal. É certo, quanto a este ponto e conforme já ressaltado, que se faz possível uma interpretação corretiva, de forma a entender que a alteração de enunciados de súmula, enquando *expressão da jurisprudência dominante* (art. 926, §1º), devem ser considerados incluídos no artigo 927, §3º.

O que se constata é que, embora o avanço no tratamento da matéria seja inegável, pode-se avançar ainda mais na tentativa de conferir maior sistematicidade aos dispositivos do novo Código que buscaram regular as modificações na jurisprudência, de forma que, ao final do presente capítulo, sugeriremos algumas propostas de redação com tal fim.

8.4.2. A fixação de regras de transição para a aplicação do novo entendimento

A análise de casos realizada anteriormente evidencia que, em todas as situações nas quais o Supremo Tribunal Federal ou outros tribunais superiores fizeram algum tipo de restrição aos efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de atos normativos, com ou sem modificação de jurisprudência consolidada, ou de decisões que simplesmente modificaram jurisprudência consolidada sem relação direta com a jurisdição constitucional, entendeu-se que se estava empregando a técnica da modulação temporal.

Assim, parece haver uma similaridade entre a postura de nossos tribunais superiores e a encontrada no direito estrangeiro, em não fazer qualquer diferenciação entre a modulação temporal e a fixação de regras de transição para o novo entendimento jurisprudencial.

Não obstante, parece haver razão nas lições de Humberto Ávila,¹⁴⁰¹ quando afirma que nem todos os casos tratados sob o rótulo de *modulação temporal* são efetivamente hipóteses de simples modulação, havendo casos extraídos da prática do STF em que este vai além da simples fixação de um marco temporal a partir do qual o novo entendimento será aplicado, para manejar os efeitos da nova decisão e estabelecer regras de transição para a sua aplicação.

¹⁴⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica (...)*. *Op. cit.*, pp. 503/505.

São situações em que o tribunal trata de maneira diversificada os efeitos decorrentes de sua decisão, cindindo-os, a fim de que tenham incidência diferenciada sobre as variadas situações jurídicas desenvolvidas sob o entendimento anterior. Em algumas situações, tais efeitos se aplicam de forma imediata e retroativa, mas em outras têm aplicação unicamente para o futuro. Há como que uma *retrospectividade parcial* ou uma *prospectividade parcial*. Não há uniformidade no regramento dos efeitos da decisão, mas o estabelecimento de *regras diferenciadas*, relacionadas ao estágio de desenvolvimento das relações jurídicas subjacentes.

Essa distinção entre a modulação temporal e a fixação de regras diferenciadas para a aplicação do novo entendimento, em conformidade com o estágio de desenvolvimento das relações jurídicas subjacentes, conquanto não recebendo explícito reconhecimento na jurisprudência, parece ter sido, ao menos na jurisdição constitucional, adotada pelo legislador.

É o que se deduz, por exemplo, da redação do artigo 27 da Lei 9.868/99, ao autorizar o Supremo Tribunal Federal a, por maioria de dois terços de seus membros, "restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado" (grifo nosso).

Ao autorizar uma *restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade* de forma destacada da limitação temporal, parece claro que a técnica da modulação temporal não se confunde com o estabelecimento de restrições à incidência do novo entendimento, por meio da fixação de regras de transição, que podem considerar não apenas um marco temporal determinado, mas elementos colhidos da própria relação de direito material, para criar regras diferenciadas a respeito de como os efeitos da nova decisão sobre ela se projetarão.¹⁴⁰²

O STF já lançou mão da fixação de regras de transição, por exemplo, por ocasião da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que previa um prazo decadencial e um prazo prescricional de dez anos para, respectivamente, constituição e cobrança de créditos tributários relativos a contribuições para a Seguridade Social. Entendeu o STF que a fixação de tais prazos era matéria reservada à lei complementar, do que resultaria a

¹⁴⁰² Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier, analisando o artigo 4º da Lei 11.417/2006 (súmulas vinculantes), cujo teor é semelhante ao do artigo 27 da Lei 9.868/99 (que inclusive lhe serviu de inspiração), leciona que a expressão "restringir os efeitos" aponta para a possibilidade de adoção de limitações de outra ordem que não puramente temporal, como por exemplo, em relação aos sujeitos atingidos (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial* (...). *Op. cit.*, p. 233).

inconstitucionalidade formal dos dispositivos legais em questão, devendo a prescrição e a decadência dessas contribuições observar o disposto no Código Tributário Nacional.¹⁴⁰³

Após unânime declaração de inconstitucionalidade, passou o STF a decidir acerca de eventual *modulação* dos respectivos efeitos e, acompanhando proposta do Ministro Gilmar Mendes, decidiu que (a) em razão da declaração de inconstitucionalidade, não poderia mais o fisco exigir o pagamento, administrativa ou judicialmente, de contribuições não pagas, cujo lançamento e cobrança não tenham observado os prazos decadenciais e prescricionais do Código Tributário Nacional, e (b) apenas poderiam pretender a repetição do indébito tributário os contribuinte que houvessem ajuizado ação com tal finalidade até a data da conclusão do julgamento do recurso extraordinário (11/06/2008). Em outras palavras, quem não havia pago as contribuições estaria desonerado de efetuar o pagamento, ao passo que aqueles que já haviam pago apenas poderiam repetir o indébito se já tivessem proposto ação com tal objetivo, do contrário, restariam consolidados os pagamentos efetuados, ainda que indevidos e ainda que não decorrido o prazo decadencial para a respectiva repetição.

A decisão, que recebeu severas críticas da comunidade jurídica, seguramente foi além da simples modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Ao que nos parece, o STF identificou situações que, *do ponto de vista material*, lhe pareceram distintas (*contribuições não recolhidas; contribuições recolhidas e com impugnação pendente de solução; contribuições recolhidas e não impugnadas*), para fazer incidir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de forma diferenciada para cada uma delas.

Nos casos em que as *contribuições não haviam sido recolhidas*, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se projetavam de forma plena e retroativa, obstando sua cobrança pelo fisco (efeitos *ex tunc*). Nos casos em que as *contribuições foram recolhidas, porém impugnadas* pelos contribuintes, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade também operaram retroativamente, colhendo o fundamento de validade dos recolhimentos efetuados e autorizando a repetição do indébito. Porém, nas hipóteses em que houve um *recolhimento das contribuições, sem contestação* pelos contribuintes, a repetição do indébito

¹⁴⁰³ STF. Pleno. RE 556.664-1/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 12/06/2008. DJe-216 14/11/2008.

restava obstada, como se a declaração de inconstitucionalidade, na situação em questão, produzisse efeitos unicamente *ex nunc*, convalidando-se os recolhimentos realizados.¹⁴⁰⁴

Embora a hipótese se assemelhe à modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, parece-nos apresentar a especificidade de atuar não apenas no *plano temporal*, mas também no *plano material*, eis que distingue a projeção dos efeitos no tempo em conformidade com o estágio em que se encontrem as relações jurídicas desenvolvidas sob a égide da lei inconstitucional e com o conteúdo dessas mesmas relações.

A existência de duas modalidades de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ambas albergadas no artigo 27 da Lei 9.868/99, já foi objeto de expressa referência pelo Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento da ADI nº 2.240/BA,¹⁴⁰⁵ relativa à criação do município de Luís Eduardo Magalhães.

Consoante se colhe da leitura do inteiro teor do acórdão, durante os debates com o Ministro Marco Aurélio, sustentou o Ministro Gilmar Mendes, referindo-se ao disposto no artigo 27 da Lei 9.868/99, que "há múltiplos comandos aqui: 'restringir os efeitos daquela declaração', que é algo bastante amplo, 'ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado" (página 5 dos debates).

Essa técnica, pensamos, é plenamente aplicável às modificações na jurisprudência, eis que permite ao tribunal considerar, ao definir os efeitos da decisão que veicula o novo entendimento, as situações em que houve um concreto exercício da confiança pelos jurisdicionados, buscando uma incidência adequada do novo entendimento aos diferentes grupos de casos identificados, em conformidade com esse exercício concreto.

Não obstante, o CPC/2015, ao tratar dos efeitos das decisões que modificam jurisprudência consolidada afastou-se, no ponto, da redação presente no artigo 27 da Lei 9.868/99, para prever unicamente a possibilidade de os tribunais "modularem os efeitos da alteração", deixando de prever, tal qual a primeira, a possibilidade de "restringirem os efeitos" dessa modificação, ou seja, de criar regras de transição para adequada aplicação do novo

¹⁴⁰⁴ A solução adotada pelo STF se assemelha à técnica que, no direito estrangeiro, é denominada de *regular* ou *selective prospective overruling* (*supra*, seção 7.2.1.2.3), cuja adoção entre nós foi defendida.

¹⁴⁰⁵ STF. Pleno. ADI 2.240/BA. Rel. Min. Eros Roberto Grau. j. 09/05/2007. DJe-072 03/08/2007.

entendimento, de forma a possibilitar ao tribunal diferenciar os grupos de casos em que houve o exercício concreto da confiança pelos jurisdicionados.

8.5. Mecanismos de proteção procedimental empregados no direito brasileiro

Como observado no capítulo anterior, diversos sistemas jurídicos estrangeiros adotam, ou neles há propostas em sede doutrinária, mecanismos procedimentais com o fim de tornar mais seguras e conscientes as modificações na jurisprudência, conferindo maior proteção aos jurisdicionados que orientaram suas atividades com base em entendimentos consolidados.

A análise das soluções adotadas nesses países revelou ser adequado o emprego de instrumentos voltados à proteção procedimental da confiança nas modificações na jurisprudência, tendência também verificada no direito brasileiro, tanto na prática dos tribunais superiores, quanto, mais recentemente, por meio de intervenções do legislador, potencializadas com a edição do CPC/2015.

Assim, são adequadas providências como a realização de audiências públicas e a intervenção de *amici curiae*, instrumentos de participação democrática e de ampliação do diálogo com a sociedade nas modificações na jurisprudência, que se prestam a subsidiar o Poder Judiciário com informações relevantes sobre os temas de fundo e os impactos da modificação de entendimento, a fim de que esta, se adotada, se opere de maneira consciente e com maior preocupação em se preservar as legítimas expectativas dos jurisdicionados.

Igualmente adequadas são as técnicas já adotadas no direito estrangeiro, mas ainda não previstas expressamente em nosso direito positivo, de intervenção obrigatória do Ministério Público e de ampliação do diálogo processual não apenas com a sociedade, mas também e em especial com as partes diretamente envolvidas no conflito, evitando assim que sejam surpreendidas por uma modificação na jurisprudência sobre a qual não tiveram oportunidade específica de discussão. Sobre estas tratar-se-á ao formular propostas para o aprimoramento do tratamento legislativo das modificações na jurisprudência.

Também merecem referência, como instrumentos voltados, ainda que reflexamente, à proteção procedimental da confiança nas modificações na jurisprudência a vedação à prolação de decisões-surpresa (artigo 10 do CPC/2015) e a exigência de *fundamentação adequada e específica* (artigo 927, §4º, do CPC/2015), que não serão aqui objeto de abordagem específica, por já haverem sido analisadas nas seções 1.7.1 e 6.7 do presente trabalho.

8.5.1. A realização de audiências públicas

O emprego de audiências públicas no Brasil teve início no direito ambiental, sendo previsto pela primeira vez nas Resoluções nº 01/1986¹⁴⁰⁶ e 09/1987¹⁴⁰⁷, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), como mecanismo de informação à população acerca de projetos e seus respectivos impactos ambientais.¹⁴⁰⁸

A principal função das audiências públicas era, então, a de proporcionar informação à população, embora servisse também para que os órgãos ambientais obtivessem, junto à população atingida e aos demais interessados, sugestões e críticas aos projetos ambientais,¹⁴⁰⁹ por meio da discussão dos respectivos relatórios de impacto ambiental.

A realização de audiências públicas também fez parte dos trabalhos da Assembleia Constituinte,¹⁴¹⁰ que resultou na promulgação da Constituição da República de 1988, sendo igualmente incorporada ao processo legislativo, em conformidade com o artigo 58, §2º, II, da Constituição, que as prevê como instrumento de interação entre as comissões do Congresso Nacional e respectivas Casas Legislativas e a sociedade civil.¹⁴¹¹

Diversos outros diplomas legislativos previram a realização de audiências públicas, como instrumento de interação entre a Administração e a sociedade, como mecanismo de

¹⁴⁰⁶ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

¹⁴⁰⁷ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

¹⁴⁰⁸ RAIS, Diogo. *A sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 23/24.

¹⁴⁰⁹ *Ibidem*, pp. 24/25.

¹⁴¹⁰ Art. 14 do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987>. Acesso em: 04 dez. 2013.

¹⁴¹¹ RAIS, Diogo. *A sociedade e o Supremo Tribunal Federal (...)*. *Op. cit.*, pp. 25/26.

informação à sociedade, bem como de colheita de sugestões, críticas e informações úteis ao processo de decisão, tais como a Lei Orgânica do Ministério Público (artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei 8.625/93), a Lei de Licitações (artigo 39 da Lei 8.666/93, que previu a sua realização em licitações de grande valor), a Lei que regula as concessões no setor elétrico (artigo 4º, §3º, da Lei 9.427/96), a Lei do Processo Administrativo Federal (artigo 32 da Lei 9.784/99) e o Estatuto da Cidade (artigo 2º, XIII, e artigo 40, ambos da Lei 10.257/01).¹⁴¹²

A incorporação das audiências públicas à atividade jurisdicional se deu pela via do controle concentrado de constitucionalidade, eis que previstas nas Leis 9.868/99 e 9.882/99 como um dos instrumentos de que pode o Supremo Tribunal Federal se servir para a melhor compreensão das questões debatidas nas ações diretas de inconstitucionalidade genéricas, nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Segundo dispõem o artigo 9º, §1º e o artigo 20, ambos da Lei 9.868/99, a audiência pública pode ser realizada “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”, a fim de que sejam ouvidas “pessoas com experiência e autoridade na matéria”. Na mesma linha, o artigo 6º, §1º, da Lei 9.882/99 prevê a realização de audiências públicas, nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, a fim de que sejam ouvidas “pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

Observa-se, portanto, que a finalidade das audiências públicas, na jurisdição constitucional, tem um caráter ligeiramente diferente daquele de que se reveste no âmbito da Administração Pública e do Legislativo. Na jurisdição constitucional, mais do que informar a sociedade, a função das audiências públicas é trazer subsídios à decisão que o Supremo Tribunal Federal deverá tomar. Sua função principal, no processo, é nitidamente *instrutória*.

¹⁴¹²*Ibidem*, pp. 28/33. Esse conjunto de leis que trataram das audiências públicas, em especial no âmbito da Administração Pública, permitiram a Diogo Rais elaborar-lhes um conceito, cuja referência aqui se faz útil: "A audiência pública pode ser conceituada como um instrumento que auxilia a tomada de decisões, permitindo o diálogo entre a autoridade que decide e a sociedade que conhece as peculiaridades do objeto da decisão, seja pela expertise na área, seja por ser sujeito direto ou indireto dos efeitos da decisão que se seguirá. Sua condução se dá, necessariamente, pela oralidade e é pautada pela elevada transparência, atribuindo maior substrato factual para a autoridade que decide, além de ampliar a legitimidade dessa decisão" (*ibidem*, p. 34).

Embora inicialmente restritas ao controle concentrado de constitucionalidade, o regimento interno do STF foi objeto de emenda que ampliou a utilização das audiências públicas, de forma que atualmente é possível sua convocação em quaisquer processos em tramitação perante a Corte, desde que presentes repercussão geral e interesse público relevante, a critério do Presidente do STF ou do relator do processo ou recurso.¹⁴¹³⁻¹⁴¹⁴

Com base nessa ampla previsão regimental, o STF, em conformidade com dados disponíveis em seu sítio oficial na *internet*, já convocou e realizou, até o mês de setembro de 2015, audiências públicas em dezoito temas discutidos em processos em curso naquela corte,¹⁴¹⁵ a evidenciar que tal procedimento, sobretudo a partir do ano de 2012, quando se tornaram mais frequentes as convocações de audiências públicas, tem recebido significativa atenção, bem como tem sido considerado importante mecanismo de instrução processual.

¹⁴¹³ Art. 13, XVII e XVIII, art. 21, XVII e XVIII, e art. 154, III e parágrafo único, todos com a redação dada pela Emenda Regimental nº 29, de 18 de fevereiro de 2009.

¹⁴¹⁴ Analisando o regramento contido nas duas leis que trataram do controle concentrado de constitucionalidade, bem como do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, Diogo Rais conceitua as audiências públicas no âmbito daquela Corte: "Audiência pública no âmbito o Supremo Tribunal Federal é o instrumento pelo qual essa Corte ouve o público especializado ou dotado de experiência na matéria para esclarecer questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante, com a finalidade de esclarecer os Ministros sobre a matéria ou circunstâncias de fato, além de criar oportunidade para se debater simultaneamente as teses opostas e com fundamentos variados, ampliando e fomentando o debate dentro e fora da Corte, ampliando a transparência e a publicidade das atividades do Supremo tribunal Federal e trazendo maior pluralidade ao processo constitucional além de aproximar a sociedade da Corte e, ainda, possibilitar a aferição de efeitos do julgado, realizando um prognóstico do comportamento social diante da decisão a ser tomada" (RAIS, Diogo. *A sociedade e o Supremo Tribunal Federal*. *Op. cit.*, p. 48).

¹⁴¹⁵ São eles: (1) Pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510, audiência pública realizada no dia 20 de abril de 2007), (2) Importação de pneus usados (ADPF nº 101, audiência pública realizada em 27 de junho de 2008), (3) Interrupção da gravidez em casos de anencefalia (ADPF nº 54, audiência pública realizada nos dias 26 e 28 de agosto e 04 e 16 de setembro de 2008), (4) Judicialização do direito à saúde (inúmeros pedidos de suspensão de segurança e de suspensão de liminar em curso no STF, audiência pública realizada em 27, 28 e 29 de abril, e em 04, 06 e 07 de maio de 2009), (5) Ações afirmativas de acesso ao ensino superior (ADPF nº 186 e RE nº 597.285, audiência pública realizada nos dias 03, 04 e 05 de março de 2010), (6) Proibição de venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias (ADI nº 4.103, audiência pública realizada nos dias 07 e 14 de maio de 2012), (7) Proibição do uso de amianto (ADI nº 3.937, audiência pública realizada em 24 e 31 de agosto de 2012), (8) Novo marco regulatório para a TV por assinatura (ADI's nº 4.679, 4.756 e 4.747, audiência pública realizada nos dias 18 e 25 de fevereiro de 2013), (9) Campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia (RE nº 627.189, audiência pública realizada nos dias 06, 07 e 08 de março de 2013), (10) Queimadas em canaviais (RE nº 586.224, audiência pública realizada em 22 de abril de 2013), (11) Cumprimento de pena em regime prisional menos gravoso (RE nº 641.320, audiência pública realizada em 27 e 28 de maio de 2013), (12) Financiamento de campanhas eleitorais (ADI nº 4.650, audiência pública realizada em 17 e 24 de junho de 2013), (13) Biografias não autorizadas (ADI nº 4.815, audiência pública realizadas em 21 e 22 de novembro de 2013), (14) Programa "Mais Médicos" (ADI's nº 5.037 e 5.035, audiência pública realizada em 25 e 26 de novembro de 2013), (15) Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais (ADI's 5062 e 5065, audiência pública realizada em 17 de março de 2014), (16) Internação hospitalar com diferença de classe no SUS (RE 581.488, audiência pública realizada em 26 de maio de 2014), (17) Ensino religioso nas escolas públicas (ADI 4.439, audiência realizada em 15 de junho de 2015) e, por fim, (18) Utilização de depósitos judiciais (ADI 5072, audiência pública realizada em 21 de setembro de 2015). Dados disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada#>>. Acesso em: 10 out. 2015.

No STJ, por sua vez, a realização de audiências públicas não é prática tão sedimentada, embora a partir do ano de 2014, em razão principalmente da atuação do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, elas venham sendo realizadas em algumas demandas de grande repercussão, notadamente para instrução de recursos especiais repetitivos.

Com efeito, no Recurso Especial nº 1.419.697/RS,¹⁴¹⁶ relativo à "natureza dos sistemas de scoring e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar indenização por dano moral", houve, pela primeira vez, a realização de audiência pública no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Esse recurso especial, inicialmente distribuído à 3ª Turma, mas cujo julgamento foi afetado à 2ª Seção, em razão da admissão de sua tramitação sob o regime dos recursos especiais repetitivos, conta também com a participação de diversos *amici curiae*.

O Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, "considerando o número elevado de demandas sobre o mesmo tema, a necessidade de uma abordagem técnica, bem como o grande número de interessados no julgamento da questão" e "com vistas a municiar esta Corte com informações indispensáveis para o deslinde da controvérsia" determinou a realização de audiência pública, para que fossem ouvidos especialistas na matéria.¹⁴¹⁷

A prática vem se repetindo em outros casos, principalmente da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Assim se deu no REsp 1.435.837/RS, que tem por objeto a forma de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios de previdência complementar,¹⁴¹⁸ e no REsp 1.483.620/SC, em que se discute a forma de atualização monetária das indenizações do seguro DPVAT,¹⁴¹⁹ ambos processados sob o regime dos recursos especiais repetitivos.

No CC 141.322/RJ,¹⁴²⁰ o Ministro Relator Moura Ribeiro, considerando a grande repercussão da questão de mérito ("possibilidade de as operadoras interromperem ou não o

¹⁴¹⁶ STJ. 2ª Seção. REsp 1.419.697/RS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

¹⁴¹⁷ STJ. 2ª Seção. REsp 1.419.697/RS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Decisão monocrática de 30/05/2014. DJ 04/06/2014.

¹⁴¹⁸ STJ. 2ª Seção. REsp 1.435.837. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Decisão monocrática de 30/06/2015. DJ 01/07/2015.

¹⁴¹⁹ STJ. 2ª Seção. REsp 1.483.620/SC. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Decisão monocrática de 27/11/2014. DJ 01/12/2014.

¹⁴²⁰ STJ. 2ª Seção. CC 141.311/RJ. Rel. Min. Moura Ribeiro. Decisão monocrática de 1º/10/2015. DJe 02/10/2015.

uso da internet em telefonia móvel mesmo após o término da franquia de dados contratada pelos usuários"), em razão do que a definição da regra de competência atingiria "um número exponencial de brasileiros usuários do sistema móvel pré-pago", afirmou, em decisão em que convocou audiência pública, que o STJ estava "aberto a receber as informações indispensáveis ao deslinde da questão afeta à competência para o processamento e julgamento das ações propostas", propondo-se, em tal audiência, a ouvir interessados com experiência na matéria. Para tal convocação, serviu-se das disposições do RISTF, analogicamente aplicadas.

Observa-se, que assim como no âmbito do STF, a realização de audiência pública teve, nos casos acima referidos, nítido caráter instrutório, servindo à colheita de subsídios à decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca de matéria de ampla repercussão objeto do recurso, servindo ainda, como importante instrumento por meio do qual a sociedade, em especial por meio de *amici curiae*, pode influir na formação do convencimento do órgão julgador, ampliando, desta forma, a participação democrática no processo judicial.

É possível observar, portanto, que a realização de audiências públicas é um importante instrumento de participação democrática em processos judiciais e administrativos nos quais discutidas questões de relevante interesse público. É instrumento por meio do qual a sociedade pode influir previamente na decisão a ser tomada pela autoridade administrativa ou judicial, qualificando-se, portanto, como mecanismo procedimental de proteção à confiança.

Esse perfil das audiências públicas, de mecanismo de proteção procedimental da confiança, autoriza e, até certo ponto, recomenda a sua adoção em situações nas quais o Estado pretenda alterar posturas consolidadas, com potencial frustração a expectativas legitimamente depositadas na manutenção do comportamento estatal anterior.

Desta forma, na medida em que os atos jurisdicionais, como já demonstrado, podem nas hipóteses relacionadas no capítulo quinto, ser considerados base da confiança, ensejando a incidência do princípio da proteção da confiança, é plenamente compatível com este princípio a utilização do instrumento das audiências públicas, nas situações em que se delinear uma possível alteração em entendimentos jurisprudenciais consolidados.

Alinhando-se a este pensamento, o CPC/2015 expressamente contemplou a designação de audiências públicas nos casos em que possa ocorrer uma modificação em jurisprudência consolidada, nos termos do artigo 927, §2º:

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

A previsão da realização de audiência pública nas hipóteses mencionadas demonstra mais uma vez o amadurecimento de nossa legislação, no que diz respeito à compreensão do papel contemporâneo exercido pelas decisões judiciais, em especial aquelas de cunho paradigmático proferidas pelos tribunais superiores, que se apresentam como balizas para o comportamento social, ensejando o surgimento de expectativas normativas legítimas.

Não obstante, o regramento legal estabeleceu uma restrição indevida na utilização do instrumento, limitando-o às alterações de entendimentos consolidados em *enunciados de súmula* ou no *julgamento de casos repetitivos*, desconsiderando a circunstância já por diversas vezes ressaltada ao longo deste trabalho, de que a função paradigmática das decisões judiciais dos tribunais superiores não está limitada aos enunciados de súmula ou ao julgamento de casos repetitivos, mas abarca todos os atos jurisdicionais que podem, à luz do que foi exposto no quinto capítulo, ser considerados base da confiança.

Desta forma, não há razão para que não esteja incluída na previsão do parágrafo segundo a realização de audiências públicas em processos dos quais possa resultar a modificação de entendimento consolidado pelo plenário do STF em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade (como aliás já é a prática atual desta Corte, como acima demonstrado) ou pelos tribunais superiores, por seus órgãos de maior amplitude (órgão especial e seções), ainda que em recursos que não tenham natureza repetitiva (por exemplo, em sede de incidente de assunção de competência ou de embargos de divergência).

Parece-nos claro que o rol de hipóteses em que prevista a realização de audiências públicas não pode ser interpretado como *exaustivo*, em *numerus clausus*, até porque esta prática já vinha sendo realizada, sem qualquer contestação na comunidade jurídica, independentemente de previsão legal específica (como, por exemplo, no STJ, nos exemplos relacionados). O dispositivo legal, ao se referir a *enunciados de súmula* e a *casos repetitivos*,

apenas exemplifica algumas hipóteses em que as audiências públicas podem ser realizadas, não impedindo a sua realização em outros casos de alteração em jurisprudência consolidada.

Nessa linha, no ponto específico, melhor se apresentava a redação da versão do projeto do novo código aprovada na Câmara dos Deputados, que continha fórmula mais abrangente, segundo a qual "a decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese" (art. 521, §8º).

De toda sorte, apesar de a fórmula legal não ter sido a ideal, ante a restrição na utilização de audiências públicas à modificação de enunciados de súmula ou de entendimento objeto de julgamento de casos repetitivos, é certo que uma interpretação corretiva, que considere tal rol meramente exemplificativo, permite uma ampla utilização do instituto, cuja previsão configura, sem dúvida, um grande avanço em nossa legislação processual.

8.5.2. A participação de *amici curiae*

O *amicus curiae*, expressão que traduzida significa *amigo da corte*, é um terceiro¹⁴²¹ que, por deter especial conhecimento acerca da matéria controvertida no processo, ou no ramo da ciência com esta afim, tem condições de contribuir para a discussão, trazendo aos autos, voluntariamente ou mediante provocação do próprio juiz, elementos relevantes à formação do convencimento judicial, "contribuindo para o proferimento de uma decisão que melhor equacione, que melhor leve em consideração, que melhor pondere os *factos* subjacentes às normas jurídicas aplicáveis e suas consequências práticas".¹⁴²²

¹⁴²¹ Ao nos referirmos ao *amicus curiae* como um terceiro, assim o fazemos em sentido amplo, como alguém que não é parte no processo. Em um sentido estrito, mais técnico, no entanto, o *amicus curiae* não se confunde com o terceiro interessado, na medida em que seu interesse no processo em geral não é um interesse jurídico, mas sim institucional, além de não se converter em parte, em razão de sua participação ou, ainda, ser alcançado pela autoridade da coisa julgada (CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares - o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*. In: *Revista de processo (RePro)*. Ano 29. vol. 117. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. 2004, pp. 15/22). O Código de Processo Civil de 2015, como adiante se abordará, trata da figura do *amicus curiae* no título dedicado às hipóteses de intervenção de terceiros.

¹⁴²² BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro (...)*. *Op. cit.*, p. 69.

Em outras palavras, é um terceiro que detém particular *expertise* acerca da matéria controvertida, de forma que, independentemente da natureza jurídica que se lhe atribua, questão sobre a qual paira intensa controvérsia em doutrina, é sem dúvida alguém que pode “trazer ao processo elementos relevantes, com a finalidade de facilitar a decisão final”,¹⁴²³ de modo que sua admissão é vista, em linhas gerais, como um mecanismo de ampliação da *participação democrática* no processo decisório no âmbito da atividade jurisdicional,¹⁴²⁴ um “meio mais autêntico e genuíno de abertura do processo para vozes sociais”.¹⁴²⁵

A atuação de *amici curiae*¹⁴²⁶ vem sendo considerada pela doutrina, portanto, um importante mecanismo de ampliação da legitimidade democrática do Poder Judiciário,¹⁴²⁷ na medida em que este gradualmente assume, ao lado de sua função tradicional de solucionar os conflitos de interesse que lhe são submetidos (*função privada*), a função de oferecer à sociedade padrões de conduta a partir da interpretação do ordenamento jurídico, em especial pelos tribunais superiores, a quem a Constituição atribuiu o poder de dar a palavra final acerca do sentido do direito (*função pública*).

É de se observar, neste ponto, que até a aprovação do Código de Processo Civil de 2015, não havia nenhuma lei que previsse de maneira expressa a figura do *amicus curiae*. Como bem acentuou Cassio Scarpinella Bueno, o que havia entre nós eram diversas situações espalhadas no ordenamento jurídico “em que a doutrina, com maior ou menor grau de unanimidade” entendia ser hipótese em que o ordenamento havia acolhido a forma de intervenção que no direito estrangeiro se atribui ao *amicus curiae*.¹⁴²⁸

¹⁴²³ ROCHA, Paulo Henrique Borges da; FELIX, Arielle Alves Poton. Processo coletivo: mérito processual como forma de democratizar o processo. In: *Revista da SJRJ*. vol. 20, n. 38. Rio de Janeiro: Justiça Federal do Rio de Janeiro, dez. 2013, pp. 100/101.

¹⁴²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil* (...). *Op. cit.*, p. 98.

¹⁴²⁵ TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual - o *amicus curiae* no anteprojeto do novo CPC. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 126.

¹⁴²⁶ Como ressaltado anteriormente, conforme afirma Cassio Scarpinella Bueno, com base nas lições de gramáticos latinos, o plural de *amicus curiae* é *amici curiae* (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro* (...). *Op. cit.*, p. 46).

¹⁴²⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Súmula vinculante (...). *Op. cit.*, p. 207.

¹⁴²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro* (...). *Op. cit.*, p. 80. A exceção apontada pelo autor, mas em nível infralegal, era a Resolução nº 390/04 do Conselho da Justiça Federal, que instituiu o regimento interno da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, que empregava o termo *amicus curiae* de maneira expressa em seu artigo 23 (*ibidem*, p. 144).

Feita tal advertência, registra-se que o primeiro diploma legal ao qual a doutrina tem ordinariamente reconhecido tal forma de intervenção, embora a lei não empregue o termo *amicus curiae*, foi a Lei 6.385/76, voltada à regulação do mercado mobiliário, cujo artigo 31 dispôs que "nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação".

Não obstante, parece assistir razão a Fredie Didier Junior e Marcus Seixas de Souza, que apontam como antecedente ainda mais remoto a previsão, no artigo 6º, §2º, do Decreto imperial 6.142, de 10/03/1876, de intervenção do Instituto da Ordem dos Advogados, dos Tribunais do Comércio e de "jurisconsultos de melhor nota" nos procedimentos tendentes à edição de assentos no Supremo Tribunal de Justiça.¹⁴²⁹

Também a Lei 8.884/94 (Lei de Defesa da Concorrência), previa a necessidade de intimação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), nos processos judiciais em que discutida a aplicação da Lei (artigo 89). Embora a lei dissesse que o CADE seria intimado para, querendo, atuar no processo, na condição de assistente, reconhece a doutrina que a autarquia atua, de fato, como um *amicus curiae* e não como um assistente, até mesmo por não ser titular de um interesse jurídico no resultado do processo.¹⁴³⁰ Idêntica disposição se contém no artigo 118 da Lei 12.529/2011, que revogou a Lei 8.884/94.

A previsão da atuação de *amici curiae*, nos diplomas legais referidos, contudo, não se dava ainda em caráter geral, mas restrito a algumas entidades (Comissão de Valores Mobiliários e CADE) e unicamente em processos em que discutidas matérias inseridas em sua competência regulatória ou fiscalizatória. Em outras palavras, havia uma considerável limitação no reconhecimento da figura do *amicus curiae*, tanto do ponto de vista subjetivo (quem poderia ser reconhecido como tal), quanto do ponto de vista objetivo (matérias em relação às quais sua participação era autorizada).

¹⁴²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro (...). *Op. cit.*, p. 413.

¹⁴³⁰ CARDOSO, Oscar Valente. A uniformização de jurisprudência nos juizados especiais federais e a controvérsia sobre o benefício assistencial. In: *Revista direito federal*. Ano 23, n. 90. Brasília: AJUFE, jul./nov. 2008, p. 256.

Uma relativa generalização, ao menos do ponto de vista subjetivo, na admissão do *amicus curiae* viria a ocorrer em 1999, com a Lei 9.868/99, que regulou as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, prevendo a participação de *amici curiae*, ao dispor que "o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades" (artigo 7º, §2º).¹⁴³¹

Esta mesma lei incluiu um §3º ao artigo 482 do CPC/73, de forma a contemplar a participação de *amici curiae* também no incidente de declaração de inconstitucionalidade, mecanismo criado para assegurar a observância, no âmbito dos tribunais, da regra de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade (artigo 97 CRFB/88).

Não obstante, é de se destacar que o STF, antes mesmo da edição da Lei 9.868/99, já havia proferido decisão em que, embora de forma muito limitada, reconhecia a possibilidade de participação de *amici curiae* no controle abstrato de constitucionalidade, mediante juntada por linha de documentos sem conteúdo jurídico (estudos técnicos, pareceres, relatórios de auditoria, dentre outros), fornecendo subsídios acerca da questão objeto de discussão em sede de ação direta de inconstitucionalidade.¹⁴³²⁻¹⁴³³

Após a edição da Lei 9.868/99, outros diplomas legais passaram a prever a atuação de *amici curiae* também em caráter geral, tais como a Lei 11.417/06, que regulamentou o

¹⁴³¹ Ainda que com diferente redação, a Lei 9.882/99, que regulou o procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, contém a previsão de atuação de *amicus curiae* no parágrafo primeiro de seu artigo 6º ("Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria") (TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual. *Op. cit.*, p. 119). Em sentido diverso, entendendo que as pessoas e entidades referidas não podem ser equiparadas a *amici curiae*, muito embora admitindo a intervenção deste como uma decorrência necessária dos princípios do contraditório e da cooperação no modelo constitucional de processo: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro (...)*. *Op. cit.*, pp. 190/200. Cassio Scarpinella Bueno anota, ainda, na mesma época, a previsão de genérica admissão de *amicus curiae* no artigo 31 da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal) (*ibidem*, pp. 103/104). Lembrando-se, consoante advertência feita de início, que nenhuma dessas leis empregou o termo *amicus curiae*.

¹⁴³² STF. Pleno. AgRg na ADI 748/RS. Rel. Min. Celso de Mello. j. 01/08/1994. DJ 18/11/1994, p. 31392.

¹⁴³³ BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae - a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. In: *Revista CEJ*. Brasília: Conselho da Justiça Federal / Centro de Estudos Judiciários. n. 19, dez. 2002, p. 87. Esse precedente é referido também por Cassio Scarpinella Bueno (*Amicus curiae no processo civil brasileiro (...)*. *Op. cit.*, p. 148).

instituto da súmula vinculante, prevendo, em seu artigo 3º, §2º, a atuação de *amici curiae* nos procedimentos de edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmula vinculante.¹⁴³⁴

Também em relação ao requisito de admissibilidade de repercussão geral, a regulamentação conferida pela Lei 11.418/06, que introduziu o artigo 543-A no CPC/73, contemplou a manifestação do *amicus curiae*, no que diz respeito à análise da repercussão geral, exercida com exclusividade pelo STF. Na mesma linha, a Lei 11.672/08, que tratou dos recursos especiais repetitivos, por meio da introdução, no CPC/73, do artigo 543-C, previu a manifestação de *amici curiae* no processamento desses recursos.¹⁴³⁵

O pedido de uniformização de jurisprudência dirigido à Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais também contempla, na forma regulada na Lei 10.259/01 (art. 14, §7º), a manifestação de *amici curiae*.¹⁴³⁶

Todos esses dispositivos, embora gradativamente ampliando as hipóteses de intervenção do *amicus curiae*, tanto do ponto de vista subjetivo, quanto do ponto de vista objetivo, mantinham ainda alguma restrição a determinados procedimentos, matérias ou entidades, sem uma dimensão geral e unificadora do instituto.

A generalização do *amicus curiae* em nosso ordenamento se deu com o CPC/2015, que expressamente dele tratou em seu artigo 138, conferindo-lhe uma disciplina geral e abrangente para todo o processo civil. Na dicção do Código, o *amicus curiae* é definido como "a pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada", autorizada a se manifestar no processo em razão da "relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda ou da repercussão social da controvérsia".

Dessa forma, o *amicus curiae*, nos termos do CPC/2015, não é necessariamente uma entidade ou pessoa dotada de especial conhecimento sobre a matéria, podendo também

¹⁴³⁴ CARDOSO, Oscar Valente. A uniformização de jurisprudência (...). *Op. cit.*, p. 257.

¹⁴³⁵ *Ibidem*, p. 257.

¹⁴³⁶ Cassio Scarpinella Bueno aponta, ainda, outros dispositivos em nosso ordenamento que são vistos, com maior ou menor grau de aceitação na doutrina, como hipóteses de intervenção do *amicus curiae*: a intervenção das pessoas jurídicas de direito público (artigo 5º da Lei 9.469/97), a intervenção do INPI nas ações de nulidade de patente (artigos. 57, 118 e 175 da Lei 9.279/96) e a intervenção da OAB em ações nas quais advogados sejam indiciados, acusados ou ofendidos (artigo 49 da Lei 8.906/94) (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro* (...). *Op. cit.*, pp. 216/225, 284/296 e 325/328).

apresentar-se, ao entender do Judiciário, como um *representante adequado* de segmentos sociais que tenham interesse mais direto na resolução da questão controvertida.

O novo Código é, além disso, a primeira *lei* a utilizar expressamente o termo *amicus curiae*, cujo emprego havia se dado, até então, unicamente em nível infralegal, na atualmente revogada Resolução 390/04 do Conselho da Justiça Federal, que veiculou o regimento interno da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.

Como se pode depreender da síntese da evolução legislativa relativa ao tema, o *amicus curiae*, que entre nós surgiu com aplicação restrita a determinadas matérias e a algumas entidades, conta atualmente com amplo reconhecimento legislativo e final consagração no CPC/2015, nos mais variados procedimentos, em especial naqueles voltados à uniformização de jurisprudência e à formação de precedentes, nos quais a questão debatida tem um amplo espectro, que ultrapassa os limites dos interesses discutidos no processo.

Além da regulação geral do *amicus curiae*, o CPC/2015, alinhando-se à tendência encontrada no direito estrangeiro, no sentido da ampliação do diálogo nas modificações na jurisprudência, previu expressamente essa modalidade de intervenção no artigo 927, §2º:

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

A veiculação de regra expressa autorizando a intervenção do *amicus curiae* nas hipóteses mencionadas segue a mesma tendência de ampliação do contraditório nas modificações na jurisprudência já referida ao se comentar acerca das audiências públicas, evidenciando também aqui o amadurecimento de nossa legislação, no que diz respeito à compreensão da função paradigmática desempenhada pelas decisões judiciais, em especial aquelas proferidas pelos tribunais superiores.

Não obstante, também aqui, o regramento legal estabeleceu uma restrição indevida às hipóteses de intervenção, eis que se limitou a prever a participação do *amicus curiae* nas alterações de entendimentos consolidados em *enunciados de súmula* ou quando do *julgamento de casos repetitivos*, deixando de lado outras hipóteses de modificação na jurisprudência em

que a sua participação, por idênticas razões, se faz igualmente necessária, como no julgamento dos incidentes de assunção de competência e nos embargos de divergência.

Assim como em relação à restrição imposta à realização de audiências públicas, também aqui não há qualquer razão que justifique a limitação às hipóteses de intervenção do *amicus curiae* nas modificações na jurisprudência, devendo as hipóteses relacionadas no §2º ser consideradas meramente exemplificativas.

Com efeito, o rol de hipóteses em que autorizada a intervenção do *amicus curiae* não pode ser considerado *exhaustivo*, até porque, como bem defendeu Cassio Scarpinella Bueno, ainda em um contexto legislativo anterior ao CPC/2015, a admissão do *amicus curiae* encontra fundamento, em última análise, no princípio do contraditório e na legitimação democrática da atuação do Judiciário, não sendo sequer necessária uma disposição legal específica a autorizar sua participação no processo.

Assim, o dispositivo legal, ao se referir a *enunciados de súmula* e a *casos repetitivos*, apenas exemplifica algumas das hipóteses em que o *amicus curiae* pode intervir, não impedindo que tal intervenção possa ocorrer também em outros casos em que possa vir a ser modificada jurisprudência consolidada.

Nesse sentido, voltamos a repetir, melhor se afigurava, no ponto, a redação do texto final do projeto do novo código aprovado na Câmara dos Deputados, que veiculava fórmula mais abrangente, ao dispor que "a decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese" (art. 521, §8º).

Assim, apesar da limitação na formulação do §2º do artigo 927, é possível imprimir ao dispositivo uma interpretação que, considerando meramente exemplificativo o rol ali contido, autorize uma ampla participação do *amicus curiae* em todas as hipóteses em que haja a modificação de entendimento consolidado em algum dos atos qualificáveis como base da confiança, nos termos da proposta defendida neste trabalho.

8.6. Propostas para o aperfeiçoamento do tratamento legislativo das modificações na jurisprudência no direito brasileiro

Sem prejuízo das propostas de interpretação corretiva e sistemática, relativamente aos parágrafos do artigo 927 do CPC/2015, elaboradas ao longo deste trabalho, é possível, ainda, a partir das considerações até aqui desenvolvidas, neste momento final, apresentar algumas sugestões, com o objetivo de contribuir para o aperfeiçoamento, *de lege ferenda*, do tratamento legislativo conferido pelo direito positivo brasileiro às modificações na jurisprudência, a fim de que, a despeito dos avanços já alcançados com o CPC/2015, se possa alcançar um nível ainda maior de proteção às expectativas geradas a partir de entendimentos consolidados em atos jurisdicionais qualificáveis como base da confiança.

8.6.1. Adequada sistematização dos mecanismos de proteção da confiança aplicáveis às modificações na jurisprudência

A partir da análise do direito jurisprudencial praticado no Brasil, objeto do quarto capítulo, buscou-se elaborar uma proposta para a identificação e sistematização dos atos jurisdicionais que, à luz da cultura jurídica e do direito positivo brasileiros, devem ser considerados base da confiança, na medida em que veiculam uma posição final do Judiciário acerca do sentido a ser atribuído ao ordenamento jurídico-positivo, considerando-se a missão atribuída pela Constituição da República aos tribunais superiores.

Nesse sentido, em conformidade com o que se expôs em especial nas seções 5.4.3.1 a 5.4.3.5, defendeu-se, considerados os três planos em que se desenvolve o direito jurisprudencial no Brasil - planos do precedente, da jurisprudência e das súmulas (*supra*, seção 4.1) -, que devem ser considerados base da confiança no direito brasileiro os (a) precedentes oriundos do controle concentrado exercido pelo STF, (b) os precedentes oriundos do controle difuso de constitucionalidade exercido pelo plenário do STF, (c) os precedentes oriundos do julgamento de recursos extraordinários, especiais e de revista repetitivos, (d) os precedentes oriundos do julgamento de recurso extraordinário ou especial interposto em incidentes de resolução de demandas repetitivas, (e) os precedentes oriundos do julgamento

de embargos de divergência e de incidente de assunção de competência nos tribunais superiores, (f) os enunciados de súmula editados pelos tribunais superiores e, por fim, (g) a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores.

Nesta linha é que desenvolvemos nossas duas principais críticas direcionadas ao regramento contido nos parágrafos segundo a quarto do artigo 927 do CPC/2015 (*supra*, seção 5.4.3.7), que albergaram de maneira expressa a incidência do princípio da proteção da confiança nas modificações na jurisprudência no direito brasileiro, regulando os mecanismos de proteção substancial e procedimental aplicáveis. Para melhor encadeamento das considerações que se seguirão, transcreve-se abaixo os dispositivos em questão:

[...]

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

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

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

De início, analisando de forma isolada o parágrafo quarto acima transcrito, observa-se que o mesmo adotou sistematização diversa daquela defendida neste trabalho, apresentando-se em alguma medida muito restrito, eis que não albergou, pelo menos de maneira expressa, precedentes que devem ser considerados base da confiança, tais como os julgamentos em sede de embargos de divergência e de incidente de assunção de competência, ao passo que, em outros aspectos, afigura-se demasiadamente amplo, ao permitir que julgamentos havidos em segundo grau de jurisdição, em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, sejam também considerados base da confiança, contrariamente ao que nos parece mais adequado, que seria restringir essa qualidade apenas aos julgamentos dos tribunais superiores.

De outra parte, independentemente da não adoção da proposta defendida neste trabalho, é certo que falta aos dispositivos em questão uma adequada sistematização, eis que nem todos os atos que, à luz do parágrafo quarto, são considerados base da confiança, encontram proteção por meio dos mecanismos regulados nos parágrafos segundo e terceiro. Com efeito, o regramento dos mecanismos de proteção substancial (*modulação temporal*,

conforme o parágrafo terceiro) e de proteção procedimental (*amicus curiae* e *audiências públicas*, conforme parágrafo segundo) deveriam guardar uma simetria com o parágrafo quarto, que enumera os atos jurisdicionais qualificáveis como base da confiança, mas tal não ocorre, haja vista as discrepâncias de tratamento já apontadas na seção 5.4.3.7.

É certo que, consoante já exposto, uma interpretação sistemática e corretiva dos três referidos parágrafos do artigo 927 pode superar parte dessas inconsistências.

Não obstante uma interpretação corretiva possa minimizar as inconsistências no tratamento legal da matéria, é essencial, para seu aprimoramento, que, ao abordar a incidência do princípio da proteção da confiança nas modificações na jurisprudência, sejam contempladas todas as hipóteses apontadas neste estudo, em que os atos jurisdicionais devem ser considerados base da confiança, bem como que o regramento dos mecanismos de proteção seja harmônico com tais hipóteses, afastando-se as restrições existentes nos parágrafos segundo e terceiro e adotando-se os ajustes propostos nas seções 8.6.2 e 8.6.4 adiante.

8.6.2. Introdução de disposição específica vedando o afastamento, por órgãos fracionários de menor amplitude ou por decisões monocráticas, de entendimentos consolidados em atos jurisdicionais qualificáveis como base da confiança

Conforme observado, dois dos principais obstáculos encontrados na prática judicial brasileira para a caracterização dos atos jurisdicionais como base da confiança são, de um lado, o reduzido compromisso dos tribunais com a continuidade de sua jurisprudência (*supra*, seção 5.6.3) e, de outro, a reduzida consciência da importância das decisões judiciais enquanto orientadoras da conduta social (*supra*, seção 5.6.4), fatores que levam a que, com alguma frequência, os precedentes ou a jurisprudência consolidada em um tribunal não seja observada sequer por seus integrantes ou por seus órgãos fracionários.

Tais obstáculos são especialmente graves em relação à jurisprudência dos tribunais superiores, dada a missão a eles conferida pela Constituição de atribuir unidade de sentido ao direito (*supra*, seção 4.2.1.1), razão pela qual sua jurisprudência deve se revestir de um mínimo de estabilidade. Como observou Marinoni, "a força da Constituição está ligada à

estabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal",¹⁴³⁷ afirmativa que pode ser estendida a todo o ordenamento jurídico, no sentido que lhe é atribuído pelos tribunais superiores.

Dessarte, sendo o STF e os demais tribunais superiores órgãos constitucionalmente incumbidos de dar a última palavra acerca do significado da Constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional, a própria força normativa destes emanada depende da estabilidade de sua jurisprudência, que deve dispor de instrumentos que obstem sua inobservância por seus próprios órgãos fracionários.

Se é certo, de um lado, que não se pode negar ao STF e demais tribunais superiores o poder de rever sua jurisprudência, poder este presente até mesmo nos países de *common law*, não menos certo, por outro lado, é que tal modificação não pode ocorrer senão por uma percepção majoritária no tribunal, negando-se tal poder aos seus órgãos fracionários de menor amplitude, sob pena de enfraquecer a própria autoridade de suas decisões, com consequências nocivas para a segurança jurídica e para a proteção da confiança dos jurisdicionados.

Dessarte, ao menos no âmbito do STF e demais tribunais superiores, é possível minimizar esse quadro de descontinuidade na jurisprudência, ou mesmo superá-lo, pela introdução de regra que reserve aos colegiados de maior abrangência (plenário, órgão especial e seções) a prolação de decisões que se afastem de precedentes, súmulas ou da jurisprudência consolidada naqueles tribunais, vedando que decisões de tal natureza sejam proferidas pelas Turmas ou, até mesmo, monocraticamente por seus Ministros.

Soluções deste gênero, como já referido, foram adotadas em Portugal, em relação ao julgamento dos recursos de revista pelo Supremo Tribunal de Justiça (artigo 686º do CPC/2013, reproduzindo o anterior artigo 732º-A, do CPC/61), bem como por Macau (artigo 652-A do CPC), pela Espanha (artigo 13 da Lei de Organização do Tribunal Constitucional) e pela Noruega (Lei de 25 de junho de 1926, nº 2) (*supra*, seção 7.3.1).

É, ademais, medida que se alinha à proposta deste trabalho (*supra*, seção 6.2), no sentido de que não seja autorizado a órgãos fracionários de menor amplitude ou aos magistrados, em decisões monocráticas, afastar-se do entendimento sedimentado em órgãos

¹⁴³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 459.

de maior amplitude na estrutura interna do tribunal. Assim, não se deve admitir que as turmas se afastem, isoladamente, do entendimento consolidado nas seções, no órgão especial ou no plenário ou, ainda, que as seções se afastem do entendimento consolidado no órgão especial ou no plenário. Em sendo identificada a necessidade de alteração na jurisprudência, deve ser provocado, pelos mecanismos previstos na legislação (v.g., a atual *composição de divergência* ou o novo *incidente de assunção de competência*), o julgamento pelo colegiado que consolidou o entendimento em algum dos atos jurisdicionais considerados base da confiança.

Não se ignora que esta limitação, ao menos à luz do CPC/2015, já pode ser extraída, em alguma medida, do regramento conferido ao novo *incidente de assunção de competência* e das próprias disposições do artigo 927, que trata dos precedentes vinculantes. Com efeito, ao dispor acerca do *incidente de assunção de competência*, o código dispõe que o entendimento nele fixado "vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese" (artigo 947, §3º), ao passo que o artigo 927 dispõe que juízes e tribunais observarão "a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados" (inciso V).

Esse conjunto de disposições, que representam um avanço em nossa legislação processual, estão alinhadas ao entendimento aqui adotado, mas são ainda insuficientes para conferir uma limitação apta a assegurar a estabilidade dos atos jurisdicionais que devem, entre nós, ser considerados *base da confiança*.

Tanto no sistema do CPC/73, quando no do CPC/2015, há muitos atos jurisdicionais que devem ser considerados base da confiança, mas que não são proferidos pelo plenário, pelo órgão especial ou mesmo na forma do incidente de assunção de competência, do que são exemplos os recursos especiais repetitivos e os embargos de divergência e que, portanto, não estariam alcançados pelas disposições citadas.

Ainda que seja possível extrair, a partir de uma interpretação sistemática, a mesma limitação a partir de outros dispositivos, tanto do CPC/73, quanto do CPC/2015, consoante já exposto ao se tratar de cada um dos atos jurisdicionais que podem constituir base da confiança (*supra*, capítulo 4), não pode ser ignorado que os tribunais brasileiros sofrem ainda com um problema cultural, que é a descontinuidade de sua jurisprudência, que subsiste apesar das sucessivas tentativas de instituir mecanismos para eliminá-la (prejulgado, recurso de revista, incidente de uniformização de jurisprudência, composição de divergência).

O que nos parece é que todas as tentativas anteriores de se extrair uma limitação ao afastamento de jurisprudência consolidada por órgãos fracionários de menor amplitude ou mesmo por decisões monocráticas, a partir de uma interpretação sistemática das disposições do Código, ainda que à luz da Constituição, não se revelaram bem sucedidas, pelo que o ideal, ao que nos parece, ante a gravidade do problema, é que haja uma *disposição específica veiculando esta vedação*, contribuindo assim para romper com a cultura da descontinuidade e, muitas vezes, até mesmo da desconsideração da jurisprudência consolidada.

8.6.3. Ampliação do contraditório

O CPC/2015 avançou significativamente no que diz respeito ao fortalecimento do contraditório nas modificações na jurisprudência, com a previsão expressa da intervenção de *amicus curiae* e da realização de audiências públicas. Embora o §2º de seu artigo 927, que previu a utilização desses instrumentos, tenha deficiências, em razão da injustificada limitação de sua previsão às modificações de *enunciados de súmula* e ao *juízo de casos repetitivos*, uma interpretação corretiva é capaz de extrair desse dispositivo uma proteção abrangente de todas as hipóteses em que se opera a modificação de jurisprudência.

Não obstante, a análise empreendida, relativamente a sistemas jurídicos estrangeiros que têm buscado alcançar níveis mais elevados de diálogo processual nas modificações na jurisprudência (*supra*, seção 7.3.2), evidencia que é possível ainda avançar neste campo, com duas medidas simples e totalmente harmônicas com a cultura jurídica brasileira.

A primeira delas, inspirada no direito processual civil português (artigo 687º, número 1, do CPC/2013),¹⁴³⁸ consiste na intervenção obrigatória do Ministério Público quando o julgamento a ser realizado tiver o potencial de modificar jurisprudência consolidada.

¹⁴³⁸ "Artigo 687º, 1. Determinado o julgamento pelas secções reunidas, o processo vai com vista ao Ministério Público, por 10 dias, para emissão de parecer sobre a questão que origina a necessidade de uniformização da jurisprudência.". O dispositivo em questão, como já referido, reproduz literalmente o que já dispunha o artigo 732º-B, número 1, do CPC/61, após as reformas processuais da década de 1990.

É inequívoco que existe um interesse público nos processos de cujo julgamento possa resultar modificação na jurisprudência consolidada. A percepção de que a atividade jurisdicional não pode ser compreendida unicamente sob uma perspectiva tradicional de resolução de conflitos (*função privada*), mas deve considerar também, em especial com relação aos tribunais superiores, a fixação de padrões de conduta que tornem previsíveis as consequências advindas da prática de atos em sociedade (a denominada *função pública*), impõe o reconhecimento da presença de um interesse público em qualquer discussão da qual possa resultar, no âmbito dos tribunais superiores, uma modificação na jurisprudência consolidada, impondo a intervenção do Ministério Público, enquanto *guardião da ordem jurídica* (artigo 127 da CRFB/88), a fim de que participe das discussões, integrando o contraditório e contribuindo para uma decisão de maior qualidade.

Nessa linha, parece-nos que, na medida em que o próprio ordenamento jurídico reconhece, em diferentes dispositivos, a existência de interesse público na *formação de um precedente que configurará base da confiança*, impondo a intervenção do Ministério Público (assim, por exemplo, com relação aos recursos especiais e extraordinários repetitivos: artigo 543-C, §5º, do CPC/73 e artigo 1038, III, do CPC/2015), com idêntica razão se impõe reconhecer que há interesse público, a justificar a intervenção do *parquet*, nos procedimentos que possam resultar em *modificação desse mesmo precedente*.

Como já referido, o rompimento de uma linha jurisprudencial consolidada é evento de extrema relevância em um sistema jurídico no qual o Poder Judiciário desempenha a função de atribuição de sentido ao direito. Essa modificação traz inevitavelmente uma instabilidade ao sistema jurídico, com amplas repercussões sobre um grande número de relações jurídicas, a exigir um adequado equilíbrio dos interesses envolvidos, de forma a permitir a evolução da jurisprudência com o máximo respeito às expectativas lastreadas no entendimento anterior.

Ressalte-se que disposição na linha do que é aqui defendido já está presente no regramento específico das modificações de enunciado de súmula vinculante, em conformidade com o que prevê o artigo 2º, §2º, da Lei 11.417/06,¹⁴³⁹ parecendo-nos absolutamente harmônico com as funções institucionais do Ministério Público que tal regramento seja estendido a todas as hipóteses de modificação na jurisprudência.

¹⁴³⁹ §2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante. (grifo nosso)

A segunda medida, que também encontra inspiração no direito processual civil português (artigo 687º, número 2, do CPC/2013),¹⁴⁴⁰ consiste na abertura de discussão específica, em contraditório, acerca da possibilidade de modificação na jurisprudência e, em especial, acerca dos efeitos que esta deve ter, caso venha a ser adotada pelo tribunal.

Uma tal previsão é harmônica com a concepção de contraditório participativo adotada pelo CPC/2015 e que se manifesta, em especial, na regra geral que veda a prolação das denominadas *decisões-surpresa* (*Überrashungsentscheidungen*) contida no artigo 10 do novo Código¹⁴⁴¹ e que já foi objeto de comentário específico na seção 1.7.1 da tese. Parece-nos que nenhuma decisão pode ser considerada mais *surpreendente* do que aquela que, proferida por um tribunal, rompe com o entendimento por ele próprio consolidado, dando ao caso solução diversa da esperada a partir da compreensão até então adotada.

Desta forma, a existência de disposição expressa que torne obrigatória a abertura ao contraditório também das partes (e não apenas de *amici curiae* e do Ministério Público, esta última na forma por nós proposta) é medida que se nos parece indispensável e absolutamente compatível com a vedação geral de prolação de decisões-surpresa adotada pelo CPC/2015.

8.6.4. Ampliação da técnica da modulação de efeitos

Estabelecida a premissa de que a atividade jurisdicional é uma atividade de criação do direito, na medida em que dá concretude e sentido ao ordenamento jurídico, fixando balizas de comportamento para a sociedade (*supra*, seção 2.2), conclui-se que os jurisdicionados não podem ser surpreendidos por abruptas e injustificadas modificações na compreensão judicial do direito, uma vez que tenha já a jurisprudência se consolidado por meio de algum dos atos jurisdicionais qualificáveis como base da confiança.

¹⁴⁴⁰ "Artigo 687º, 2. Se a decisão a proferir envolver alteração de jurisprudência anteriormente uniformizada, o relator ouve previamente as partes caso estas não tenham tido oportunidade de se pronunciar sobre o julgamento alargado, sendo aplicável o disposto no artigo 681º". O dispositivo em questão repete os exatos termos do artigo 732º-B, número 2, do CPC/61, após as reformas processuais da década de 1990.

¹⁴⁴¹ Art.10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Justamente por tal razão, a utilização da técnica da modulação temporal também nas modificações na jurisprudência tem contado com ampla acolhida na doutrina e parcial reconhecimento na jurisprudência, em especial no STF, que tem feito uso mais abrangente da técnica, sendo certo que o CPC/2015, atento a esses movimentos na doutrina e na jurisprudência, expressamente acolheu a modulação temporal no §3º do artigo 927.¹⁴⁴²

Esse regramento, conquanto represente grande avanço no tratamento legislativo da matéria, eis que dá um caráter muito mais abrangente ao regramento pioneiro veiculado no artigo 896-C, §17, da CLT, introduzido pela Lei 13.015/2014, ainda pode ser aperfeiçoado, a fim de suprir algumas deficiências já apontadas ao longo deste trabalho.

A primeira deficiência é a limitação do emprego da técnica à alteração de *jurisprudência dominante* do STF e dos tribunais superiores e àquela resultante do *julgamento de casos repetitivos* (o que, nos termos do artigo 928 do CPC/2015, alcança os julgamentos de recursos repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas).

Sobre esta limitação, já foi desenvolvida crítica ao longo deste trabalho, que aqui se reproduz em seus aspectos essenciais.

De início, a referência à *jurisprudência dominante* não se faz adequada, na medida em que está em desarmonia com o disposto no §4º do próprio artigo 927, que considera como base da confiança a *jurisprudência pacífica* dos tribunais superiores. *Jurisprudência dominante* e *jurisprudência pacífica* são conceitos que, consoante já exposto (*supra*, seção 4.4.1), não se confundem. Apesar das dificuldades inerentes à densificação do conteúdo desses conceitos jurídicos indeterminados, jurisprudência pacífica é um conceito que expressa um grau de consolidação mais elevado do que jurisprudência dominante. Desta forma, a referência presente no §3º do artigo 927 deveria ser à *jurisprudência pacífica* do STF e tribunais superiores, e não à sua jurisprudência dominante, o que se alinha à nossa proposta de que apenas a primeira seja considerada base da confiança (*supra*, seção 5.4.3.5).

¹⁴⁴² §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

De outra parte, como já observado no capítulo quinto (*supra*, itens 5.4.3.1 a 5.4.3.5), os atos jurisdicionais qualificáveis como base da confiança não estão limitados ao *juízo de casos repetitivos* e à *jurisprudência pacífica* (e não simplesmente dominante) dos tribunais superiores. São também qualificáveis como base da confiança, nos termos da proposta desenvolvida, os julgamentos em sede de controle de constitucionalidade - concentrado e difuso - por parte do plenário do Supremo Tribunal Federal, os acórdãos proferidos pelos tribunais superiores no julgamento de embargos de divergência e de incidentes de assunção de competência e os enunciados de súmula emitidos pelos tribunais superiores.

Nesta linha, a limitação contida no §3º do artigo 927 do CPC/2015, segundo o qual o emprego da técnica da modulação temporal está limitado à modificação de *jurisprudência dominante* e de teses fixadas no *juízo de casos repetitivos*, afigura-se indevida, restringindo sua aplicação em outras situações em que se faz igualmente necessária. Impõe-se, mais uma vez se ressalta, a exata correspondência entre os atos jurisdicionais considerados base da confiança e as hipóteses em que a técnica da modulação pode ser empregada.

Por fim, do quanto se observou a partir da análise de algumas decisões, em especial do STF, em que este fez uso da técnica da modulação temporal na jurisdição constitucional, com esteio no artigo 27 da Lei 9.868/99, aquilo que ordinariamente se reconhece como *modulação temporal* vai muito além da simples fixação de marcos temporais a partir dos quais os efeitos de uma decisão devem se projetar. Há, ao contrário, consoante observou Humberto Ávila, uma verdadeira fixação de regras de transição para a implementação da própria decisão, implicando uma cisão de seus efeitos, que alcançam de maneira diferenciada as variadas relações jurídicas, em conformidade com o estágio de desenvolvimento que apresentem.

O legislador percebeu essa diferenciação, que se refletiu na própria redação do artigo 27 da Lei 9.868/99, mas não conferiu idêntica extensão à técnica da modulação de efeitos, ao dispor, no CPC/2015, acerca de seu emprego nas modificações na jurisprudência.

Tal deficiência merece ser corrigida pela aproximação da redação do artigo 27 da Lei 9.868/99 e do parágrafo terceiro do artigo 927, a fim de que também este passe a expressamente prever que os tribunais poderão não apenas fixar marcos temporais para a incidência do novo entendimento, mas, para além disso, *restringir os efeitos* da nova decisão, fixando regras de transição para a sua incidência. Tal aproximação ampliará para o tribunal o

instrumental de que dispõe para melhor compor a incidência do novo entendimento, tendo em vista o *exercício concreto da confiança* pelos jurisdicionados, que é um dos requisitos que, consoante reconhece a doutrina, devem estar presentes para a utilização do princípio, ainda que com as mitigações que já fizemos ao dele tratar na seção 1.5 do trabalho.

A expressa previsão da introdução de regras de transição na aplicação de decisões que modifiquem jurisprudência consolidada é relevante para que não haja questionamento acerca de estarem os tribunais superiores investidos de tal poder. Basta recordar que o STJ tem se recusado a utilizar a técnica da modulação temporal, largamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal e por este reconhecida inclusive a outros tribunais superiores, justamente ao argumento de que não haveria autorização legislativa, restrita à jurisdição constitucional na forma das Leis 9.868/99 e 9.882/99. A postura do STJ tem sido, assim, extremamente conservadora e incompatível com o papel que deve ser reconhecido a este tribunal, enquanto órgão máximo de atribuição de sentido ao direito infranconstitucional comum.

Incluir expressamente no regramento das modificações na jurisprudência a introdução de regras de transição seria medida que em muito contribuiria para vencer a resistência de parcelas mais conservadoras do Judiciário, permitindo que os tribunais superiores utilizassem um leque mais amplo de soluções para compatibilizar a evolução de sua jurisprudência com a preservação de legítimas expectativas formadas a partir de sua jurisprudência anterior.

8.6.5. Síntese das propostas e sugestão de regramento das modificações na jurisprudência a partir das propostas apresentadas

As propostas acima apresentadas podem ser sintetizadas fundamentalmente nas proposições que se seguem:

- a) Adotar-se a proposta de sistematização apresentada nas seções 5.4.3.1 a 5.4.3.5, qualificando-se como base da confiança no direito brasileiro os seguintes atos jurisdicionais: (a) precedentes oriundos do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, (b) precedentes oriundos do controle difuso de constitucionalidade exercido pelo plenário do

Supremo Tribunal Federal, (c) precedentes oriundos do julgamento de recursos extraordinários, especiais e de revista repetitivos, (d) precedentes oriundos do julgamento de recurso extraordinário ou de recurso especial interposto em incidentes de resolução de demandas repetitivas, (e) precedentes oriundos do julgamento de embargos de divergência e de incidente de assunção de competência nos tribunais superiores, (f) enunciados de súmula emitidos pelos tribunais superiores e, por fim, (g) jurisprudência pacífica dos tribunais superiores;

- b) Conferir um tratamento legal aos mecanismos de proteção substancial e procedimental da confiança que seja harmônico com os atos jurisdicionais indicados acima, eliminando-se as atuais inconsistências existentes entre os diversos parágrafos do artigo 927 do CPC/2015 (seção 5.4.3.7);
- c) Introduzir limitações explícitas na legislação a que a jurisprudência consolidada pelos tribunais superiores em algum dos atos jurisdicionais acima referidos seja modificada por órgãos fracionários de menor abrangência em sua estrutura interna, reservando-se tais modificações apenas a órgãos de igual ou maior abrangência do que aquele que firmou o entendimento a ser superado;
- d) Adequar a abrangência dos mecanismos de proteção procedimental da confiança previstos no CPC/2015 (intervenção do *amicus curiae* e realização de audiências públicas) à sistematização proposta para qualificação dos atos jurisdicionais como base da confiança, bem como introduzir dois novos mecanismos com o objetivo de fortalecer o contraditório nas modificações na jurisprudência, quais sejam, (a) intervenção obrigatória do Ministério Público e (b) abertura de discussão específica, em contraditório com as partes, acerca da possibilidade de modificação e, em especial, acerca dos efeitos que tal modificação deve ter, caso adotada; e,
- e) Adequar-se a abrangência da técnica da modulação temporal à sistematização proposta para qualificação dos atos jurisdicionais como base da confiança, bem como a sua aproximação, do ponto de vista material, do regramento presente no artigo 27 da Lei 9.868/99, a fim de abranger também a possibilidade de fixação de regras de transição.

De forma a conferir uma dimensão prática às propostas formuladas, apresenta-se abaixo sugestão de regramento a ser aplicado às modificações na jurisprudência, que em nosso sentir se apresenta apta a revestir de maior estabilidade os entendimentos consolidados pelo Poder Judiciário e a adequadamente proteger as expectativas dos jurisdicionados originada a partir desses mesmos entendimentos:

Art. X. A modificação de enunciado de súmula ou de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais superiores, de tese jurídica adotada em julgamento de casos repetitivos, embargos de divergência ou incidente de assunção de competência pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos demais tribunais superiores, bem como de decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§1º As modificações previstas neste artigo somente podem ser realizadas pelo próprio tribunal que consolidou o entendimento, ou pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos demais tribunais superiores, vedando-se a modificação por órgão fracionário de menor abrangência do que aquele que consolidou o entendimento.

§2º Nas modificações referidas no *caput*, o Supremo Tribunal Federal e os tribunais superiores poderão, no interesse social e no da segurança jurídica, restringir os efeitos da alteração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão modificadora ou de outro momento que venha a ser fixado.

§3º Constatada a possibilidade de modificação de entendimento consolidado na forma do *caput*, deve ser dada às partes oportunidade de se manifestar especificamente acerca da possibilidade de modificação e da eficácia a ser atribuída a seus efeitos.

§4º O Ministério Público deve ser ouvido antes da realização de julgamento que possa resultar em modificação de entendimento consolidado, na forma do *caput*.

§5º A realização das modificações referidas no *caput* poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da matéria.

A adoção desse regramento, por meio de alteração, seja ainda no período de *vacatio legis* do Código de Processo Civil de 2015, seja após a sua entrada em vigor, em substituição aos parágrafos segundo a quarto de seu artigo 927, é medida que, ao que nos parece, fortalece e aperfeiçoa a incidência do princípio da proteção da confiança nas modificações na jurisprudência no direito brasileiro.

CONCLUSÃO

Considerando as reflexões desenvolvidas ao longo do trabalho, apresenta-se a seguir uma síntese das principais ideias defendidas, no que se incluem as premissas adotadas e as conclusões a partir delas elaboradas, e que representam um esforço no sentido de contribuir para a compreensão do tema das modificações na jurisprudência, em especial sob a perspectiva da proteção da confiança, bem como para seu aperfeiçoamento *de lege ferenda*:

1) O reconhecimento da importância da confiança, enquanto elemento indispensável à redução da complexidade das relações sociais e de ampliação das possibilidades de atuação em sociedade, teve reflexos na seara jurídica, de forma que vários países têm buscado conferir-lhe algum grau de proteção, do que são exemplos a Alemanha, onde o princípio da proteção da confiança teve sua origem, e a partir de onde se expandiu para diversos países na Europa (Grécia, Itália, França, Suíça, Dinamarca, Holanda, Espanha e Portugal e, mais recentemente, para a Polônia e a Hungria) e fora da Europa (como Macau e o Brasil).

2) Sob uma perspectiva objetiva, embora o princípio tenha surgido no direito administrativo, atualmente se reconhece que sua aplicação é mais ampla, alcançando a atuação do *poder público* como um todo, inclusive a *atividade legislativa* e a *atividade jurisdicional*, relacionando-se, quanto à última, às *modificações na jurisprudência*.

3) Sob uma perspectiva subjetiva, prevalece na doutrina o entendimento de que o princípio serve apenas para a proteção do cidadão frente a mudanças de comportamento do poder público, não se prestando à proteção de legítimas expectativas do próprio Estado. Essa limitação, contudo, não pode ser transposta em igual extensão às *modificações na jurisprudência*, eis que não há nas relações jurídico-processuais a mesma assimetria entre Estado e cidadão presente no direito material (em especial no direito administrativo e no direito tributário), sendo certo que o Estado pode também ser surpreendido por modificações abruptas na jurisprudência, a ensejar a proteção da confiança também em seu favor.

4) No Brasil o princípio da proteção da confiança se apresenta como um *princípio constitucional implícito*. Já em nível infraconstitucional, o princípio se manifesta no direito positivo em geral de forma implícita (artigo 54 da Lei 9.784/99, artigo 103-A da Lei 8.213/91,

artigo 27 da Lei 9.868/99 e artigo 11 da Lei 9.882/99), havendo sido porém reconhecido de forma explícita no artigo 927, §4º, do CPC/2015.

5) A tutela conferida pelo princípio da proteção da confiança, conforme aponta a doutrina, pode se manifestar por meio de mecanismos de proteção procedimental da confiança e também por meio de mecanismos de proteção substancial da confiança.

6) Os mecanismos de proteção procedimental da confiança operam previamente à modificação no comportamento estatal, por meio da ampliação do diálogo prévio, permitindo aos destinatários da mudança influir de maneira efetiva no processo de decisão do poder público. Inserem-se dentre esses mecanismos, no âmbito das modificações na jurisprudência, em especial, a realização de audiências públicas e a intervenção do *amicus curiae*, complementadas pela garantia de vedação à prolação de decisões-surpresa e pela exigência de fundamentação adequada e específica das modificações empreendidas.

7) A proteção substancial da confiança atua na gestão dos efeitos da modificação empreendida, podendo se manifestar sob três formas distintas: a preservação do ato do poder público (que se manifesta principalmente pela técnica da modulação temporal), a criação de regras de transição ou a instituição de medidas compensatórias.

8) O atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica permite afirmar que está superada a concepção positivista da atividade jurisdicional como atividade de mera revelação do direito, materializada na clássica figura do juiz "*boca da lei*", de forma que se reconhece atualmente que a atividade judicial é uma *atividade de criação do direito*, mediante atribuição de sentido aos textos normativos, para deles se extrair normas jurídicas que servirão de parâmetro de conduta em sociedade (distinção entre *texto* e *norma*).

9) A valorização da jurisprudência e dos precedentes nos variados sistemas jurídicos tem levado os ordenamentos jurídicos a prever técnicas que a eles atribuem efeitos cada vez mais amplos, dando margem ao desenvolvimento de um novo campo de investigação científica que a doutrina, no Brasil, vem denominando *direito jurisprudencial*, compreendido como o campo do direito processual que se ocupa especificamente do estudo do papel e dos efeitos das decisões judiciais em um dado sistema jurídico, bem como da análise do regramento a elas conferido pelo direito positivo e pelo próprio Judiciário.

10) Os ordenamentos jurídicos contemporâneos, ao regular os efeitos das decisões judiciais e definir procedimentos a partir de tais efeitos, ora se servem de decisões isoladas ou precedentes (*plano do precedente*), ora se servem de decisões inseridas em uma cadeia de outras decisões uniformes (*plano da jurisprudência*). Esses dois planos podem coexistir em um mesmo sistema jurídico, bem como encontrar pontos de conexão, no que a doutrina vem denominando *precedentes uniformizadores de jurisprudência*.

11) Precedentes, no sentido técnico adotado neste trabalho, são decisões proferidas pelos tribunais superiores às quais se reconheçam efeitos vinculantes ou às quais o direito positivo ou a cultura jurídica atribuam especial significado, enquanto norteadoras de condutas na sociedade e parâmetro para a prolação de futuras decisões pelo Judiciário, características aferíveis a partir da análise do direito jurisprudencial praticado em cada país.

12) Quanto à sua eficácia vinculativa, a tradicional classificação dos precedentes em *vinculantes* e *persuasivos* é insuficiente à compreensão do fenômeno na atualidade, de forma que a doutrina tem buscado definir categorias intermediárias. Dentre as variadas classificações apresentadas, adota-se como referencial teórico a classificação em *precedentes vinculantes em sentido forte*, *precedentes vinculantes em sentido frágil* e *precedentes persuasivos*, proposta em especial por Thomas da Rosa de Bustamante.

13) Os termos *precedente* e *jurisprudência* traduzem conceitos que não se confundem. *Precedente*, em sentido amplo ou estrito, é sempre uma *decisão individualizada*, ao passo que o termo *jurisprudência*, em sua acepção técnica, traduz uma sucessão de decisões harmônicas sobre uma mesma questão jurídica em um determinado tribunal ou em uma determinada Justiça. A diferença entre os conceitos é fundamentalmente quantitativa.

14) As decisões judiciais, diante da superação da concepção positivista de que o texto da lei encerrava um único significado a ser descoberto pelo juiz, exercem relevante papel na *definição de pautas de conduta social*, na medida em que atribuem sentido ao direito positivo, participando da *construção da norma jurídica* e contribuindo para a edificação de um ambiente em que haja segurança jurídica e previsibilidade em sociedade.

15) As decisões judiciais também contribuem para a evolução do direito, servindo como um veículo de mudanças sociais e de afirmação de direitos, em especial das minorias que não têm força para a sua promoção no Poder Legislativo, podendo ainda influenciar a atuação do legislador, apontando caminhos a serem por este seguidos.

16) A promoção da igualdade não é um imperativo constitucional dirigido apenas ao legislador, mas também ao Poder Judiciário, que deve observá-lo no momento da interpretação e da aplicação do ordenamento jurídico, razão pela qual as decisões judiciais têm um papel fundamental na implementação de uma *igualdade perante o direito*.

17) As decisões judiciais, porque materializadas em textos escritos, estão sujeitas a interpretação, razão pela qual a operação com precedentes nunca se reduzirá a um simples raciocínio subsuntivo. Nos sistemas de *common law*, onde as discussões acerca da interpretação dos precedentes estão mais avançadas, entende-se que interpretar um precedente consiste em identificar a sua *ratio decidendi*, que é a parte verdadeiramente vinculante do precedente, diferenciando-a de elementos secundários, os *obiter dicta*, tarefa para a qual se desenvolveram técnicas variadas, sem que se alcançasse um consenso doutrinário.

18) As discussões acerca das técnicas de interpretação das decisões judiciais vêm ganhando força no Brasil. Toda decisão judicial, mesmo nos *processos objetivos*, é proferida a partir de um determinado contexto fático que compõe o próprio caso em que a decisão é proferida. Desta forma, uma decisão judicial nunca pode ser interpretada sem a devida consideração do contexto existente no caso que ensejou a sua prolação.

19) Nos países de tradição romano-germânica, em que a lei se apresenta como principal fonte do direito, em geral os precedentes são desprovidos de eficácia vinculante e se revestem principalmente de um caráter interpretativo (*precedentes interpretativos*). Não obstante, há também na generalidade desses países alguns precedentes vinculantes, principalmente na jurisdição constitucional. De outra parte, nesses países em geral se atribui maior importância à *jurisprudência* do que a decisões isoladas ou *precedentes*.

20) A análise do fenômeno das modificações na jurisprudência não pode ser feita por meio da simples transposição de conceitos e institutos existentes no direito estrangeiro, sendo

necessário empreender uma análise sob uma *perspectiva doméstica*, em sua concreta manifestação no sistema jurídico brasileiro.

21) O direito jurisprudencial no Brasil, diferentemente da generalidade dos sistemas jurídicos, desenvolve-se em três planos distintos: o plano dos precedentes, o plano da jurisprudência e o plano das súmulas, sendo certo que as reformas processuais ocorridas nas últimas décadas revelam a crescente valorização do direito jurisprudencial nesses três planos.

22) O sistema jurídico brasileiro tem raízes na tradição romano-germânica, de forma que entre nós a lei é considerada a fonte do direito por excelência. Apesar disso, nosso sistema jurídico sempre atribuiu algum valor tanto à *jurisprudência*, quanto aos *precedentes*, do que é exemplo o tradicional cabimento de recurso às instâncias extraordinárias por contrariedade a *uma única decisão* de outro tribunal.

23) A tendência à valorização dos precedentes tem seguido, no Brasil, um caminho diverso daquele verificado nos sistemas jurídicos de *common law*, na medida em que nosso ordenamento tem desenvolvido ferramentas preordenadas à formação de precedentes ou à prolação de decisões paradigmáticas (*precedentes uniformizadores de jurisprudência*).

24) O papel exercido pelos precedentes e sua eficácia vinculativa são influenciados por fatores institucionais, em especial pela organização do Judiciário. Neste ponto, ante a evolução da concepção positivista para uma concepção em que o juiz participa da construção do sentido do direito, os tribunais superiores têm a missão de conferir *unidade de sentido* ao direito, o que fundamenta a atribuição de efeitos vinculantes às decisões por eles proferidas.

25) O legislador infraconstitucional está autorizado a atribuir efeitos vinculantes a decisões judiciais apenas se for possível encontrar na Constituição da República fundamento para tanto, não se exigindo, contudo, que o fundamento constitucional seja *explícito*. Se houver fundamento constitucional, *ainda que implícito*, para a atribuição de efeitos vinculantes, não haverá o que se falar em inconstitucionalidade.

26) O reconhecimento de efeitos vinculantes a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e demais tribunais superiores, tal qual fez o CPC/2015, não é incompatível

com a Constituição da República, na medida em que encontra fundamento na missão de conferir unidade de sentido ao direito atribuída a esses tribunais pela própria Constituição.

27) São precedentes vinculantes em sentido forte no Brasil (a) os precedentes do plenário do STF, em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, (b) os precedentes oriundos do julgamento de recursos especiais e extraordinários interpostos em incidente de resolução de demandas repetitivas e (c) os precedentes resultantes do julgamento de recursos extraordinários, especiais e de revista repetitivos.

28) A introdução do requisito da repercussão geral e a aproximação entre os controles concentrado e difuso de constitucionalidade (fenômeno da *objetivação do controle difuso de constitucionalidade*), inclusive no que diz respeito aos efeitos das decisões proferidas pelo plenário do STF, impõem que se reconheçam como *precedentes vinculantes em sentido forte* também as decisões proferidas pelo plenário do STF no exercício do controle difuso.

29) Acórdãos proferidos em recurso extraordinário ou especial em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas constituem precedentes vinculantes em sentido forte, não havendo inconstitucionalidade na atribuição de efeitos vinculantes a estas decisões pelo CPC/2015, na medida em que extraídos da missão constitucional conferida ao STF e ao STJ.

30) Consideradas a missão constitucional do STF, do STJ e do TST, bem como as especificidades procedimentais dos *recursos extraordinários, especiais e de revista repetitivos*, desenvolvidos com o objetivo específico de produzir decisões paradigmáticas quanto a questões jurídicas de grande incidência, os acórdãos proferidos em julgamento desses recursos devem ser igualmente considerados *precedentes vinculantes em sentido forte*.

31) São precedentes vinculantes em sentido frágil os precedentes que, embora sem irradiar efeitos vinculantes, assim reconhecidos pelo ordenamento jurídico ou pela cultura jurídica, gozam de particular *status*, de forma que a sua observância, embora não obrigatória, é esperada, sujeitando-se a críticas a decisão que deles se afasta sem justificativa razoável.

32) Ante as dificuldades enfrentadas, no STJ e demais tribunais superiores, em termos de estabilidade e continuidade de sua jurisprudência, qualificam-se como *precedentes vinculantes em sentido frágil* os acórdãos proferidos em incidente de assunção de

competência ou embargos de divergência (com exceção daqueles proferidos pelo STF em matéria constitucional), apesar de o CPC/2015 ter a eles atribuído efeitos vinculantes.

33) O conceito de *ratio decidendi* desenvolvido no *common law* não é adequado à realidade brasileira, na medida em que, predominando entre nós os *precedentes interpretativos*, limitar a *ratio decidendi* às soluções dadas a questões jurídicas *diretamente relacionadas* à solução do caso seria desconsiderar uma importante contribuição que o Judiciário brasileiro pode oferecer à construção do direito, mediante definição do sentido de atos normativos de aplicação reflexa na solução do caso, a exemplo de normas de natureza processual, tais como as regras de competência. No Brasil, o conceito de *ratio decidendi* se relaciona à solução de *questões jurídicas* apresentadas no processo e universalizáveis.

34) Os enunciados de súmula não são decisões judiciais ou conjunto de decisões judiciais e, por consequência, não são precedentes no sentido técnico do termo. São enunciados que sintetizam o entendimento do tribunal a respeito de determinada matéria, contribuindo para a sua difusão e conhecimento, informando e orientando a sociedade e a comunidade jurídica. Sua valorização pelo legislador os elevou a uma importante técnica para aceleração do procedimento e para a inibição da propositura de novas demandas.

35) O CPC/2015, no seu artigo 927, IV, não atribuiu efeitos vinculantes a todos os enunciados de súmula do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional. Permanecem como únicos enunciados vinculantes aqueles editados pelo STF, na forma da Constituição da República, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04.

36) Os enunciados de súmula submetem-se à atividade interpretativa, sempre que invocada a sua incidência em casos futuros. Sua interpretação não pode se desvincular dos casos que deram ensejo à sua edição, devendo, ao contrário, levar em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas neles existentes e que formam o contexto de sua edição.

37) Observa-se que no direito positivo brasileiro o termo jurisprudência é muitas vezes utilizado de forma qualificada, como *jurisprudência dominante*, *predominante* ou *pacífica*, com o objetivo de extrair de tais qualificações consequências jurídicas, em especial a abreviação do curso do processo. As duas primeiras expressões são sinônimas e indicam a existência de diferentes correntes acerca de determinada matéria, com predomínio de uma

delas, ao passo que pacífica é a jurisprudência consolidada em determinado sentido, que prevalece de forma praticamente incontrastada por julgados em sentido diverso.

38) Observa-se que o direito processual brasileiro tem buscado, ao longo de sua evolução, desenvolver mecanismos de variada ordem com o objetivo de uniformizar a jurisprudência dos tribunais, de forma a prestigiar a *igualdade* e a *segurança jurídica*, inclusive em sua vertente subjetiva da *proteção da confiança*.

39) Após o abandono dos *assentos obrigatórios*, diversos mecanismos foram desenvolvidos no direito brasileiro, com a finalidade de obtenção de uma uniformidade na jurisprudência, dentre os quais se destacam o *prejulgado* (art. 861 do CPC/39), o *prejulgado trabalhista* (art. 902 da CLT), o *prejulgado eleitoral* (art. 263 do Código Eleitoral), o *incidente de uniformização de jurisprudência* (arts. 476 a 479 do CPC/73), a *composição de divergência* (art. 555, §1º, do CPC/73), o *recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial* (art. 105, III, c, CRFB/88), o *recurso especial eleitoral fundado em dissídio jurisprudencial* (art. 121, §4º, II, CRFB/88), o *recurso de revista* (arts. 853 a 860 do CPC/39 e art. 896 da CLT) e o *pedido de uniformização nos Juizados Especiais* (art. 14 da Lei 10.259/01 e arts. 18 a 20 da Lei 12.153/09).

40) Os atos jurisdicionais têm forte impacto na forma pela qual a sociedade pauta seu comportamento, podendo por tal razão qualificar-se como base da confiança, atendidas a determinadas condições, sendo considerados pelos profissionais da área jurídica, para fins de orientação acerca de como seus clientes devem proceder na condução de suas atividades.

41) Nem todos os atos jurisdicionais podem ser considerados *base da confiança*, razão pela qual é preciso identificar, dentre o universo de atos jurisdicionais produzidos pelo Judiciário, quais devem ser qualificados como tais, o que apenas pode ser feito a partir de uma análise do direito positivo e da cultura jurídica de cada país.

42) O direito processual brasileiro seguiu uma linha evolutiva de crescente valorização de sua produção judicial e de desenvolvimento de mecanismos voltados à produção de precedentes ou de jurisprudência uniformizada, de forma que é a partir da consideração dessa linha evolutiva que devem ser identificadas as hipóteses em que um entendimento judicial

pode ser considerado suficientemente consolidado, a ponto de exigir que sua futura e eventual alteração se submeta a mecanismos de proteção procedimental e substancial da confiança.

43) A qualificação de um comportamento estatal (inclusive os *atos jurisdicionais*) como base da confiança depende da conjugação de diferentes critérios que permitem aferir o grau de vinculação entre o comportamento estatal e a conduta do destinatário que com base nele atuou. São estes critérios, conforme proposta de Humberto Ávila, adotada parcialmente como referencial teórico neste trabalho: o *grau de vinculação da base*, o *grau de aparência de legitimidade da base*, o *grau de modificabilidade ou permanência da base*, o *grau de eficácia no tempo da base* e o *grau de realização das finalidades da base*.

44) A análise conjunta dos critérios referidos nos leva a considerar atos jurisdicionais com maior aptidão para se qualificar como base da confiança aqueles emanados de colegiados de maior amplitude dos tribunais superiores (plenário, órgão especial e seções), dotados de efeitos vinculantes ou ao menos de um alto grau de impositividade, porque deles esperada uma observância pelas instâncias inferiores, notadamente quando contam já com considerável tempo de permanência ou, ainda, quando oriundos de mecanismos de uniformização de jurisprudência com elevada aptidão para alcançar os fins propostos, mediante produção dos assim denominados *precedentes uniformizadores de jurisprudência*.

45) Devem ser considerados base da confiança, no direito brasileiro, os *precedentes vinculantes em sentido forte* (acórdãos proferidos no controle de constitucionalidade concentrado ou difuso pelo plenário do STF, acórdãos resultantes do julgamento de recursos extraordinários, especiais e de revista repetitivos, assim como do julgamento de recursos especiais e extraordinários interpostos em incidente de resolução de demandas repetitivas), os *precedentes vinculantes em sentido frágil* (julgamentos proferidos, nos tribunais superiores, em incidente de assunção de competência ou embargos de divergência), os enunciados de súmula dos tribunais superiores e, por fim, a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores.

46) Decisões proferidas pelas turmas nos tribunais superiores não são consideradas, isoladamente, base da confiança, por serem órgãos jurisdicionais de menor abrangência na estrutura do tribunal. Se, no entanto, estiverem inseridas em uma cadeia incontestada de outras decisões (*jurisprudência pacífica*), devem ser reconhecidas como base da confiança.

47) Não obstante seja possível se falar em jurisprudência consolidada no âmbito de um tribunal de segundo grau ou mesmo de entendimentos judiciais consolidados em âmbito local, não é possível alçar tais entendimentos à condição de base da confiança, na medida em que, na forma pela qual estruturado o Judiciário nacional, a última palavra, que pacificará a questão jurídica controvertida, não é atribuída a tais juízos, mas sim ao STF e ao STJ ou, ainda, nas Justiças Especializadas, aos respectivos tribunais superiores.

48) O CPC/2015, alinhando-se ao que defende a doutrina nacional e estrangeira, reconheceu que os atos jurisdicionais podem, em determinados casos, ser considerados base da confiança, impondo a incidência do princípio da proteção da confiança quando de sua modificação (artigo 927, §4º), o que representa um avanço em nossa legislação processual.

49) O parágrafo 4º do artigo 927 do CPC/2015, no entanto, não conferiu o melhor tratamento à matéria, na medida em que as hipóteses nele contempladas não guardam simetria com as disposições dos §§2º e 3º do mesmo artigo (que regulam os mecanismos de proteção procedimental e substancial aplicáveis), razão pela qual esses dispositivos devem ser interpretados de forma conjunta, eis que intimamente relacionados.

50) O parágrafo 4º do artigo 927 do CPC/2015 é, sob certo aspecto, demasiadamente amplo, ao incluir como base da confiança entendimentos consolidados em tribunais de segundo grau. No entanto, sua interpretação sistemática com o parágrafo 3º do mesmo artigo (modulação temporal) permite sustentar, em interpretação corretiva, que entendimentos firmados por tribunais de segundo grau não são base da confiança.

51) Sob outro aspecto, o regramento do parágrafo 4º do artigo 927 do CPC/2015 se afigura restrito, ao não contemplar de forma expressa a incidência do princípio da proteção da confiança nas modificações na jurisprudência em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade pelo plenário do STF ou em sede de embargos de divergência ou incidentes de assunção de competência nos tribunais superiores.

52) Um primeiro fator cultural que dificulta a caracterização dos atos jurisdicionais como base da confiança é o procedimento habitual na prática judiciária brasileira de se fazer referência unicamente às ementas de julgados, sem que os operadores tenham previamente

analisado seu inteiro teor, o que pode conduzir a uma equivocada compreensão de seu conteúdo e a uma descaracterização das teses jurídicas nele albergadas.

53) Um segundo problema consiste na *elaboração* e na *aplicação* de enunciados de súmula de forma dissociada dos casos que lhes deram origem, levando ao seu emprego em situações distintas das que ensejaram sua edição. O CPC/2015 buscou corrigir essas deficiências, ao dispor, no artigo 926, §2º, que na *elaboração* dos enunciados de súmula os tribunais devem se ater às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação e, ainda, ao dispor, no artigo 489, §1º, V, que a *aplicação* de enunciados de súmula deve vir acompanhada da identificação de seus fundamentos determinantes.

54) Outro problema a ser superado na prática judiciária brasileira é o reduzido compromisso dos tribunais com a continuidade de sua jurisprudência, fenômeno que se verifica inclusive nos tribunais superiores, em especial no STJ. O CPC/2015, atento a tal circunstância, busca despertar nos tribunais, com o disposto no *caput* de seu artigo 926, a consciência de que estes têm o *dever* de manter sua jurisprudência *estável e coerente*.

55) Um último problema é a reduzida consciência que os tribunais muitas vezes demonstram com o importante papel desempenhado pelas decisões judiciais de definir pautas de conduta social, ou seja, com o papel que a doutrina vem denominando de *função pública* da atividade jurisdicional, deixando de dispender, na resolução de questões de grande relevância para a sociedade, o tempo necessário à sua discussão e maturação.

56) A realização dos ideais de segurança, previsibilidade e isonomia por meio da valorização das decisões judiciais e a busca de estabilidade nos entendimentos consolidados no Judiciário não pode impedir o direito de evoluir, de forma a oferecer respostas adequadas às novas demandas sociais. Por tal razão, as *modificações na jurisprudência* são um fenômeno presente tanto nos sistemas jurídicos de *common law*, quanto nos de *civil law*.

57) Só há modificação na jurisprudência quando é afastado entendimento adotado em algum dos atos jurisdicionais qualificados como base da confiança, e desde que a decisão que veicule o novo entendimento tenha o mesmo objeto (diga respeito à mesma questão jurídica) e tenha sido proferida sobre uma mesma base normativa (mesmo direito positivo) e desde que a nova decisão tenha sido proferida pelo próprio tribunal em que o entendimento anterior se

sedimentou e, na estrutura interna deste, por um órgão de igual ou maior amplitude do que aquele em que se firmou o entendimento anterior.

58) Excepcionalmente, pode ocorrer uma modificação na jurisprudência em razão de o Supremo Tribunal Federal reconhecer natureza constitucional a uma questão que, até então, era vista como de natureza infraconstitucional, ocasionando, por decorrência dessa nova apreciação, a modificação da jurisprudência sedimentada em outro tribunal superior.

59) Não é indispensável à caracterização de uma modificação na jurisprudência que a decisão anterior tenha transitado em julgado, discordando-se, no ponto, da exigência neste sentido formulada pelo Supremo Tribunal Federal (RE 353.657-5/PR).

60) As modificações na jurisprudência podem ter variadas causas, sendo as principais: (a) alteração na composição dos tribunais, (b) alteração na convicção de algum ou alguns dos membros do colegiado a respeito de questão jurídica já decidida, (c) modificações no contexto social, cultural, econômico ou político, (d) evolução tecnológica, (e) reconhecimento de que o entendimento anterior estava equivocado, e (f) superveniência de uma decisão proferida por Corte Internacional que se afigure contrária à jurisprudência firmada em âmbito nacional.

61) Alterações no direito positivo não podem ser consideradas *causas de uma modificação na jurisprudência*, porque só há modificação na jurisprudência quando as decisões são proferidas sobre uma mesma *base normativa*. Assim, a jurisprudência formada sobre o novo direito positivo não se submete aos procedimentos e requisitos próprios das modificações na jurisprudência.

62) Dentre os diversos critérios utilizados na doutrina, desponta como mais relevante a classificação das modificações na jurisprudência lastreada em aspectos formais das decisões modificadoras, resultando no reconhecimento de duas categorias, as modificações *implícitas* e as modificações *explícitas*. Também de fundamental relevância é o critério que leva em consideração as projeções no tempo dos efeitos das decisões que veiculam o novo entendimento, classificando-se as modificações em três categorias, quais sejam, *modificações retrospectivas*, *modificações prospectivas* e *modificações antecipadas* (*retrospective overruling*, *prospective overruling* e *anticipatory overruling*, respectivamente).

63) Modificações *implícitas* são inadequadas sob a perspectiva do contraditório e da proteção da confiança, mas comuns no Brasil, ante o reduzido compromisso dos tribunais com a continuidade de sua jurisprudência. O CPC/2015 deve contribuir para que a prática seja abandonada, na medida em que contém regra expressa que a veda (artigo 927, §4º), ao exigir que as modificações sejam acompanhadas de *fundamentação adequada e específica*.

64) Modificações na jurisprudência relacionadas aos atos jurisdicionais qualificáveis como *base da confiança*, nos termos da proposta elaborada neste trabalho, constituem um comportamento estatal apto a frustrar a confiança dos jurisdicionados na continuidade de entendimentos jurisdicionais consolidados, atraindo a incidência do princípio da proteção da confiança, tanto no aspecto procedimental, quanto no aspecto substancial.

65) Nos países de *common law* reconhece-se às cortes o poder de rever seus próprios precedentes, fenômeno conhecido por *overruling*, sendo equivocado supor que um modelo baseado em precedentes vinculantes seja necessariamente estático ou petrificado. Nos países de *civil law*, apesar de em regra não haver vinculação a precedentes, o fenômeno foi também identificado, sendo ordinariamente referido por sua designação francesa *revirement*.

66) A técnica do *distinguishing* ou *distinção* foi desenvolvida no direito inglês, fazendo parte da cultura do *common law*. Consiste na identificação de diferenças relevantes entre os fatos presentes no precedente e no caso subsequente, que justificam que a este seja dada uma solução diversa daquela encontrada no precedente. É uma técnica, portanto, que permite o afastamento do precedente, por regular situação diversa daquela presente no caso subsequente, servindo como uma *válvula de escape* que confere grande plasticidade ao sistema e permite a sua contínua evolução. É técnica de fundamental importância na operação com precedentes e que foi incorporada em diversos dispositivos do CPC/2015.

67) Por meio da técnica da *transformation* ou *transformação* não há uma implícita ou explícita revogação do precedente, mas a atribuição de um novo sentido à decisão anterior, conferindo-lhe um valor diverso no sistema de precedentes. Faz-se uma nova leitura do precedente, em razão da qual, ao aplicá-lo com sentido diverso do que lhe era reconhecido, acaba-se por implicitamente abandonar a sua *ratio decidendi*. É um abandono disfarçado do precedente e, por isso, incompatível com o regramento introduzido pelo CPC/2015, que exige fundamentação adequada e específica nas modificações na jurisprudência.

68) A técnica de elaboração de distinções inconsistentes consiste na identificação de diferenças não essenciais entre o precedente e o caso subsequente, com a finalidade de afastar a natural incidência do primeiro, sem proceder à sua revogação, gerando uma exceção *indevida* ao precedente. Não é uma técnica cuja adoção se recomende no direito brasileiro, no qual a cultura de respeito aos precedentes é ainda incipiente.

69) Nos sistemas de *common law*, órgãos que se situem em patamar inferior na estrutura judiciária não podem praticar um *overruling*, relativamente aos precedentes dos tribunais superiores. Não obstante, desenvolveu-se nos Estados Unidos uma espécie de superação antecipada (*anticipatory overruling*) pelas cortes inferiores, quando há um notório desgaste do precedente oriundo do tribunal superior. A técnica já foi expressamente condenada pela Suprema Corte norte-americana (*Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*), mas, entre nós, sua adequada aplicação, acompanhada de rigorosa fundamentação, pode ter reflexos positivos, na medida em que o acesso aos tribunais superiores é muito restrito, do que podem decorrer sérios prejuízos ao jurisdicionado na aplicação de um precedente claramente obsoleto, sendo eventuais excessos controláveis pela via da reclamação, extremamente fortalecida no CPC/2015.

70) As modificações na jurisprudência no direito brasileiro podem se dar não apenas no plano dos precedentes (como nos países de *common law*), mas também nos planos da jurisprudência e das súmulas. Por isso, o fenômeno tem entre nós um espectro mais amplo do que a simples superação de precedentes, não guardando exata correspondência com o fenômeno do *overruling*, próprio do *common law*.

71) Embora o fenômeno das modificações na jurisprudência seja antigo entre nós, seu tratamento legislativo é recente, contando com aproximadamente uma década. A regulação, entre nós, iniciou-se com disposições voltadas a disciplinar ou simplesmente prever a modificação na jurisprudência em casos específicos. São cinco os casos especificamente regulados: (a) a modificação de enunciados de súmula vinculante, (b) a revisão de tese em repercussão geral, (c) a revisão de tese em recursos de revista repetitivos, (d) a revisão de tese em incidentes de resolução de demandas repetitivas e (e) a revisão de tese em incidentes de assunção de competência.

72) Ao lado desses regramentos especiais, o CPC/2015 buscou introduzir um procedimento geral aplicável às modificações na jurisprudência, cujas disposições estão concentradas no artigo 927, que se aplica não apenas aos casos em que não há regramento específico, como também tem aplicação subsidiária aos regramentos específicos referidos.

73) Segundo o regramento geral, as modificações na jurisprudência devem ser acompanhadas de *fundamentação adequada e específica*, podem ser precedidas da participação de *amicus curiae* e da realização de *audiências públicas*, bem como admite-se, de forma restrita aos tribunais superiores, o emprego da técnica da *modulação temporal*.

74) No tema das modificações na jurisprudência, os principais mecanismos de proteção substancial da confiança encontrados no direito estrangeiro são a modulação dos efeitos temporais (forma de preservação dos atos já praticados com base no entendimento anterior) e o desenvolvimento de regras de transição, ambos tratados indistintamente sob o rótulo *prospective overruling*. As técnicas da sinalização (*signaling*) e dos julgamentos-alerta (*Warnurteile*), embora prévias à modificação, também podem ser incluídas neste rol.

75) No direito estrangeiro, a regra, quanto aos efeitos temporais das decisões que operam modificações na jurisprudência, é a retroatividade. Nos Estados Unidos, na Índia e na jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia, contudo, tem sido admitida a excepcional atribuição de efeitos prospectivos a tais modificações (*prospective overruling*), com alguma abertura à técnica também no direito inglês recente.

76) Há diferentes modalidades de *prospective overruling*, tais como o *prospective prospective overruling*, o *pure prospective overruling* e o *regular* ou *selective prospective overruling*, verificando-se, em cada uma delas, diferentes graus de afastamento da regra geral de retroatividade das decisões revogadoras de precedentes.

77) A fórmula mais equilibrada de superação prospectiva é aquela em que os efeitos da decisão modificadora se projetam para o futuro, alcançando, porém, também o caso em que se operou a modificação e, na medida do possível, todos os casos pendentes de julgamento nesta ocasião (*regular* ou *selective prospective overruling*).

78) A técnica dos julgamentos-alerta (*Warnurteile*) se desenvolveu principalmente na Alemanha e consiste no anúncio, pelo tribunal, de que nova reflexão está em curso acerca de entendimento jurisprudencial consolidado, sendo possível a sua alteração. Sua finalidade é diminuir o efeito-surpresa decorrente da alteração, caso ocorra. A técnica traz mais insegurança do que benefícios, não se recomendando sua utilização entre nós.

79) A técnica da sinalização (*signaling*) foi desenvolvida por tribunais norte-americanos para anunciar a provável alteração de um entendimento consolidado na jurisprudência, a fim de que, a partir do anúncio, os atos jurisdicionais que consagravam o entendimento antigo não mais sejam considerados base da confiança. Diferentemente dos julgamentos-alerta, na sinalização o tribunal reconhece desde logo o equívoco no entendimento anterior, mas preserva a sua aplicação, com o objetivo de prestigiar a confiança nele depositada, limitando-se a sinalizar o futuro abandono. É técnica que, por apontar um caminho mais seguro para o qual provavelmente se orientará a jurisprudência do tribunal, minimiza os impactos da futura modificação, recomendando sua adoção também entre nós.

80) Dentre as técnicas de proteção procedimental da confiança aplicadas às modificações na jurisprudência no direito estrangeiro destacam-se (a) a limitação do poder de rever jurisprudência consolidada ao plenário ou a órgãos fracionários de maior abrangência (Portugal, Macau, Espanha e Noruega, verificando-se igual tendência na Corte de Justiça da União Europeia), (b) exigência de um quorum diferenciado para a deliberação nas hipóteses de modificação na jurisprudência (Portugal), (c) ampliação do diálogo processual entre as partes e a maior participação da sociedade, por intermédio de *amici curiae* ou intervenção do Ministério Público (Portugal, além de constar como proposta em relatório realizado a pedido da Corte de Cassação francesa) e (d) o modelo de julgamento adotado pelos tribunais e a prática de divulgação de votos dissidentes.

81) Embora as modificações na jurisprudência sejam um fenômeno antigo entre nós, apenas mais recentemente a doutrina vem propondo a utilização de mecanismos voltados à proteção procedimental e substancial da confiança e o legislador, gradualmente incorporando ao nosso arcabouço jurídico instrumentos já existentes no direito estrangeiro, do que são exemplos mais destacados a modulação temporal, que encontra inspiração na técnica norte-americana do *prospective overruling* e a ampliação do diálogo com a sociedade, inclusive com a admissão da intervenção de *amici curiae*.

82) Embora o Supremo Tribunal Federal venha utilizando com alguma frequência técnicas de proteção substancial e procedimental da confiança nas modificações na jurisprudência, em especial a técnica da modulação temporal, cujo manejo admite inclusive por outros tribunais superiores (RE 637.485/RJ), a utilização desses mecanismos ainda é tímida no Judiciário nacional, em especial no STJ, onde prevalece o entendimento de que estaria restrita à jurisdição constitucional (REsp 738.689/PR).

83) O ordenamento jurídico brasileiro e a prática dos tribunais superiores, em especial do STF, evidenciam a utilização de dois mecanismos de proteção substancial da confiança entre nós, a modulação dos efeitos temporais das decisões modificadoras de jurisprudência e a fixação de regras de transição para a aplicação do novo entendimento.

84) A proposta mais adequada para aplicação da técnica da modulação temporal às modificações na jurisprudência entre nós é a que se inspira no equilíbrio já alcançado pela experiência jurídica brasileira no manejo da técnica da modulação no controle de constitucionalidade: a retroatividade continua sendo a regra nas modificações na jurisprudência (tal qual ocorre de forma geral no direito estrangeiro), de forma que o manejo da técnica da modulação temporal reveste-se de caráter excepcional, devendo ser justificada a partir dos princípios que lhe servem de substrato, em especial pelo princípio da proteção da confiança. Rejeitam-se, assim, propostas mais radicais, no sentido de que as decisões modificadoras de jurisprudência tenham sempre efeitos prospectivos.

85) A modulação temporal dos efeitos das modificações na jurisprudência é fenômeno recente no direito positivo brasileiro. Prevista inicialmente apenas para o controle concentrado de constitucionalidade (Leis 9.868/99 e 9.882/99) e para a edição de enunciados de súmula vinculante (Lei 11.417/06), sua incorporação à temática das modificações na jurisprudência se deu com a Lei 13.015/2014, que introduziu na CLT, dentre outros dispositivos, o artigo 896-C, §17, prevendo-a nas modificações de tese em recurso de revista repetitivo, consagrando-se, em termos mais abrangentes, com a disposição contida no §3º do artigo 927 do CPC/2015.

86) Os tribunais brasileiros não costumam diferenciar *modulação temporal dos efeitos das decisões* e *fixação de regras de transição para a aplicação da decisão*, embora o emprego da *modulação temporal* pelo STF demonstre que muitas vezes este vai além da

simples fixação de um marco temporal para a aplicação do novo entendimento, mas realiza uma *cisão* dos efeitos da nova decisão, para que estes atinjam de forma diferenciada as variadas relações jurídicas que se desenvolveram sob o entendimento anterior.

87) O legislador reconheceu a diferença entre as duas técnicas no artigo 27 da Lei 9.868/99, ao distinguir entre a *fixação de um marco temporal* e a *restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. O Ministro Gilmar Mendes, nos debates realizados na ADI 2.240/BA, reconheceu também esta distinção. A fixação de regras de transição, embora não reconhecida pelo CPC/2015, é aplicável às modificações na jurisprudência.

88) A realização de audiências públicas nas modificações na jurisprudência é técnica cuja adoção é recomendável, por ampliar o diálogo com a sociedade e tornar mais claras para o tribunal as consequências advindas da modificação. O CPC/2015 expressamente adotou a técnica do artigo 927, §2º, embora de forma limitada aos casos de modificação de *enunciado de súmula* ou de *tese firmada em julgamento de casos repetitivos*, quando melhor seria sua aplicação a todas as hipóteses de modificação na jurisprudência. A deficiência pode ser corrigida por uma interpretação corretiva que considere o rol indicado apenas *exemplificativo*.

89) A intervenção do *amicus curiae* nas modificações na jurisprudência ingressou em nosso ordenamento com a previsão da Lei 11.417/06, que autoriza sua participação nos processos de *edição, revisão* ou *cancelamento* de enunciado de súmula vinculante, passando a ser prevista, de modo amplo, no *procedimento geral* de modificação na jurisprudência regulado CPC/2015, especificamente em seu artigo 927, §2º.

90) O regramento da intervenção do *amicus curiae* no CPC/2015 representa um avanço, mas pode ser aperfeiçoado, pois veicula restrição ao prevê-lo apenas nas modificações em *enunciados de súmula* e no *julgamento de casos repetitivos*. A deficiência pode ser corrigida por uma interpretação corretiva que considere o rol *exemplificativo*.

91) Uma primeira proposta para aperfeiçoamento do tratamento legislativo das modificações na jurisprudência consiste em adotar como base da confiança todos os atos jurisdicionais apontados neste trabalho (itens 5.4.3.1 a 5.4.3.5), bem como conferir um tratamento legal aos mecanismos de proteção substancial e procedimental da confiança

harmônico com os atos jurisdicionais indicados, eliminando-se as atuais inconsistências existentes entre os diversos parágrafos do artigo 927 do CPC/2015 (seção 5.4.3.7).

92) Uma segunda proposta consiste na introdução de limitações explícitas a que a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores seja modificada por órgãos fracionários de menor abrangência em sua estrutura organizacional, reservando-se tais modificações apenas a órgãos de igual ou maior abrangência do que aquele que firmou o entendimento.

93) Uma terceira proposta consiste na adequação da abrangência dos mecanismos de proteção procedimental da confiança previstos no CPC/2015 (intervenção do *amicus curiae* e realização de audiências públicas) à sistematização proposta para qualificação dos atos jurisdicionais como base da confiança, bem como introduzir-se dois novos mecanismos com o objetivo de fortalecer o contraditório, quais sejam, (a) intervenção obrigatória do Ministério Público e (b) abertura de discussão específica, em contraditório, com as partes acerca da possibilidade de modificação e, em especial, acerca dos efeitos que tal modificação deva ter.

94) Uma última proposta consiste na adequação da técnica da modulação temporal à sistematização proposta para qualificação dos atos jurisdicionais como base da confiança, bem como a sua aproximação, do ponto de vista redacional, do regramento presente no artigo 27 da Lei 9.868/99, a fim de abranger também a fixação de regras de transição.

A partir da síntese acima realizada, pode-se afirmar que a superação da concepção positivista da atividade jurisdicional levou ao reconhecimento de que as decisões judiciais desempenham importantes papéis, em especial quanto à definição de pautas de conduta para a sociedade, indispensáveis ao adequado planejamento das atividades desempenhadas pelos jurisdicionados nos mais diversos campos de atuação, e no que diz respeito à concretização de uma verdadeira igualdade perante o direito, complementando e dando concretude à garantia de igualdade perante a lei.

Por esta razão, tanto os sistemas jurídicos de *common law*, quanto os de *civil law* vêm demonstrando preocupação com a estabilidade de entendimentos consolidados no Judiciário, bem como com o impacto negativo das modificações na jurisprudência sobre as expectativas normativas geradas nos jurisdicionados, desenvolvendo mecanismos que tornem menos abruptas as modificações eventualmente necessárias para acompanhar novos anseios sociais.

Reconhece-se, na doutrina contemporânea e na jurisprudência dos tribunais, que o fenômeno das modificações na jurisprudência, apesar de inerente à própria atividade jurisdicional, que evolui para acompanhar as mudanças na sociedade, deve se submeter ao princípio da proteção da confiança, a fim de que a evolução na jurisprudência seja realizada de forma menos traumática e com menos frustração às expectativas dos jurisdicionados.

Não obstante, é necessário avançar para além da constatação de que os atos jurisdicionais podem constituir base da confiança e conferir a essa assertiva densidade suficiente para que a mesma se revista de operacionalidade, em especial no direito brasileiro, em que o CPC/2015, em seu artigo 927, expressamente previu que as modificações na jurisprudência se submetem ao princípio da proteção da confiança. Impõe-se a definição de balizas minimamente claras, para que a aplicação do princípio tenha parâmetros seguros.

Neste sentido, pensamos haver demonstrado ao longo do trabalho que a concreta definição dos atos jurisdicionais considerados base da confiança, sob uma perspectiva operacional, é tarefa que apenas pode ser desenvolvida à luz de uma análise detida do direito jurisprudencial praticado em cada sistema jurídico, a partir de informações colhidas de sua cultura jurídica e de seu ordenamento, sendo inadequada uma pura e simples transposição de mecanismos e técnicas de um sistema jurídico para outro, sem uma consideração mais detida acerca da adequação desta transposição e das adaptações eventualmente necessárias.

Assim, após a análise do direito jurisprudencial sob uma perspectiva geral (segundo capítulo) e sob a perspectiva de alguns sistemas jurídicos estrangeiros (terceiro capítulo), analisamos de forma mais detida o direito jurisprudencial que se desenvolve no Brasil, a partir da consideração dos três planos em que este se manifesta (plano do precedente, plano da jurisprudência e plano das súmulas), o que por si só já se apresenta como um traço particular em relação a sistemas jurídicos estrangeiros que, com alguma ressalva em relação à Itália (onde presente as *massime* da Corte de Cassação), desconhecem o plano das súmulas.

A partir desta análise, foi possível identificar, em cada um dos três planos referidos, quais atos jurisdicionais efetivamente representam um entendimento final e consolidado do Poder Judiciário brasileiro, exercendo essencial função paradigmática para a sociedade, para o Estado e para o próprio Poder Judiciário, quando de julgamentos futuros, do que decorreu a

proposta de sistematização dos atos jurisdicionais que devem ser, no direito brasileiro, considerados base da confiança, conforme abaixo se sintetiza:

- a) precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade;
- b) acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinários, especiais e de revista repetitivos;
- c) acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinários e especiais interpostos em incidentes de resolução de demandas repetitivas;
- d) acórdãos proferidos em julgamento de embargos de divergência ou incidentes de assunção de competência nos tribunais superiores;
- e) enunciados de súmula do STF e demais tribunais superiores; e,
- f) jurisprudência pacífica dos tribunais superiores;

Essa proposta constitui, em nosso entender, o parâmetro concreto que deve orientar a aplicação dos mecanismos de proteção substancial e procedimental da confiança previstos, em especial, no artigo 927 do CPC/2015, haja vista que, consoante demonstrado, os dispositivos em questão, considerados em sua literalidade, contêm inadequadas limitações à proteção da confiança depositada pelos jurisdicionados na continuidade de entendimentos consolidados no Poder Judiciário, por seus órgãos de cúpula, proteção esta que encontra fundamento último na Constituição da República, eis que derivada dos princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica, que inclui também sua vertente subjetiva da proteção da confiança.

O artigo 927 representou um grande avanço no tratamento legislativo das modificações na jurisprudência no direito brasileiro, na medida em que estabeleceu um *procedimento geral para as modificações na jurisprudência*, avançando em relação ao modelo fragmentário até então existente, caracterizado por *disposições e procedimentos específicos* voltados à disciplina de modificações em hipóteses limitadas.

No entanto, apesar desse avanço, os parágrafos do artigo 927 que trataram da matéria carecem de sistematicidade, na medida em que não há uma correspondência entre as hipóteses em que, nos seus termos, um ato jurisdicional deva ser considerado base da confiança e o regramento dos mecanismos de proteção procedimental (audiências públicas e *amicus curiae*) e substancial (modulação temporal) da confiança expressamente contemplados.

De outra parte, nem todas as hipóteses que, segundo nossa proposta, deveriam ser consideradas base da confiança, assim o foram, além de haver casos em que atos jurisdicionais sem o potencial de ser considerados base da confiança (v.g., decisões de tribunais de segundo grau), assim o são, pela sua literalidade.

Nessa linha, pretende-se que a proposta de sistematização dos atos jurisdicionais como base da confiança apresentada neste trabalho sirva como referencial à interpretação e à aplicação do regramento do novo código, na medida em que são consideradas *modificações na jurisprudência* as modificações de entendimento relativas a todos aqueles atos, que devem receber, portanto, à luz da proteção da confiança, idêntico tratamento.

Assim, adotando-se a sistematização proposta, imprime-se aos parágrafos do artigo 927 uma interpretação corretiva que lhes confere maior sistematicidade, minimizando as inconsistências atualmente presentes, sem prejuízo da futura adoção de sugestões, formuladas no capítulo oitavo, de aperfeiçoamento no tratamento legislativo da matéria.

Neste sentido, após havermos desenvolvido, nos capítulos sexto e sétimo, uma análise do fenômeno das modificações na jurisprudência, tanto no plano nacional, quanto no direito estrangeiro, bem como dos mecanismos adotados no direito estrangeiro para minimizar os impactos negativos dessas modificações sobre as legítimas expectativas dos jurisdicionados, pensamos haver reunido condições de proceder a uma análise crítica do tratamento atual do tema, de forma a, ao final, apresentar algumas propostas que poderão nortear, *de lege ferenda*, o aperfeiçoamento no tratamento legislativo da questão, inclusive condensadas sobre a forma de *dispositivo legal projetado*, que são fundamentalmente as seguintes:

- a) Adoção, como base da confiança, todos os atos jurisdicionais apontados neste trabalho (itens 5.4.3.1 a 5.4.3.5), bem como conferir um tratamento legal aos mecanismos de proteção substancial e procedimental da confiança harmônico com

os atos jurisdicionais indicados, eliminando-se as atuais inconsistências existentes entre os diversos parágrafos do artigo 927 do CPC/2015 (seção 5.4.3.7);

- b) Introdução de limitações explícitas a que a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores seja modificada por órgãos fracionários de menor abrangência em sua estrutura organizacional, reservando-se tais modificações apenas a órgãos de igual ou maior abrangência do que aquele que firmou o entendimento;
- c) Adequação da abrangência dos mecanismos de proteção procedimental da confiança previstos no CPC/2015 (intervenção do *amicus curiae* e realização de audiências públicas) à sistematização proposta para qualificação dos atos jurisdicionais como base da confiança, bem como introduzir-se dois novos mecanismos com o objetivo de fortalecer o contraditório, quais sejam, (a) intervenção obrigatória do Ministério Público e (b) abertura de discussão específica, em contraditório, com as partes acerca da possibilidade de modificação e, em especial, acerca dos efeitos que tal modificação deva ter, caso venha a ser adotada; e,
- d) Adequação da técnica da modulação temporal à sistematização proposta para qualificação dos atos jurisdicionais como base da confiança, bem como a sua aproximação, do ponto de vista redacional, do regramento presente no artigo 27 da Lei 9.868/99, a fim de abranger também a fixação de regras de transição.

Resume-se, portanto, nossa contribuição à compreensão do tema em dois momentos, um, *de lege lata*, na adoção de uma interpretação dos dispositivos legais veiculados no novo código que, partindo das considerações feitas ao longo de nosso trabalho, permitirá extrair do atual regramento uma proteção maximizada da confiança dos jurisdicionados, nas hipóteses de modificação na jurisprudência e, *de lege ferenda*, em propostas para a modificação do regramento atual, a fim de incorporar mecanismos de proteção já implantados ou propostos no direito estrangeiro, bem como incorporar experiências bem sucedidas já incorporadas ao direito brasileiro, do que é exemplo a modulação temporal, tal qual regulada no controle concentrado de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.
- ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Vocabulário ortográfico da língua portuguesa*. 1. ed., 1. reimpr. Rio de Janeiro: Bloch, 1981.
- ALEXANDRINO, José Melo. *O sistema de direitos fundamentais na lei básica da região administrativa especial de Macau*. Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2013.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.
- ALMEIDA, Marcelo Pereira de. A jurisdição na perspectiva publicista e privatista no contexto da solução de demandas individuais de massa - notas sobre o incidente de resolução de ações repetitivas previsto no PLS nº 166/10. In: *Revista eletrônica de direito processual*. vol. VII. Ano 5. Rio de Janeiro: UERJ, jan./jun. 2011, p. 175. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/595>>. Acesso em: 12 nov. 2015.
- _____. *Precedentes judiciais: análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa*. Curitiba: Juruá, 2014.
- ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Ativismo judicial & teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2015.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.
- _____. O princípio da proteção da confiança e a tutela dos direitos humanos: A anistia aos ilícitos do período da ditadura militar. In: TORRES, Ricardo Lobo; BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. *Estudos de direito público e filosofia do direito: um diálogo entre Brasil e Alemanha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ASSUMPCÃO, Helcio Alves de. Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Nulidade parcial de ato normativo. Certeza e segurança jurídica diante de alteração de jurisprudência consolidada. Aplicação da boa-fé objetiva ao poder público. In: *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III*. Barueri: Minha Editora, 2005.
- BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.
- BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de código de processo civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto de novo código de processo civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. vol. V (arts. 476 a 565). 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. A emenda constitucional nº 45 e o processo. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Questões de técnica de julgamento nos tribunais. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao básico. Precedentes. Uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BASTOS, Antonio Adonias A. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (coords.). *O projeto do novo código de processo civil: estudo em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BEEAMAN, Richard; FEINMAN, Jay M. *Supreme Court decisions*. New York: Penguin Books, 2012.
- BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BERGHOLTZ, Gunnar; PECZENIK, Aleksander. Precedent in Sweden. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.
- BERIZONCE, Roberto O. *El proceso civil en transformación*. La Plata: Librería Editora Platense, 2008.
- BERRING, Robert C.; EDINGER, Elizabeth A. *Finding the law*. 11th ed. St. Paul: West Group, 1999.

- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Book the First. Oxford: Claredon Press, 1765. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/30802/30802-h/30802-h.htm#Page_63>. Acesso em: 27 ago. 2015.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. In: *Revista de processo (RePro)*. Ano 36.vol. 198, ago. 2011.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana - sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro(direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BORCHARDT, Klaus-Dieter. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*. Kehl: N.P. Engel Verlag, 1988.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae - a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. In: *Revista CEJ*. Brasília: Conselho da Justiça Federal / Centro de Estudos Judiciários. n. 19, dez. 2002.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). *Segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- _____. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do julgamento-alerta. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo(RePro)*. Ano 32. vol. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2007.
- _____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010
- _____. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares - o *amicus* e o *Vertreter des öffentlichen*

- Interesses*. In: *Revista de processo (RePro)*. Ano 29. vol. 117. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./out. 2004.
- _____. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: *Revista de Processo*. Ano 38. vol. 221. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2013.
- CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. A excessiva instabilidade da jurisprudência como causa da ineficiência da jurisdição. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CÂMARA, Helder Moroni. Ampliação do efeito vinculante das decisões do STJ como corolário do princípio da legalidade e meio hábil a propiciar celeridade e efetividade processual. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do senado federal e a da câmara dos deputados. In: FREIRE, Alexandre et al. (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2014.
- CAMPOS, Hélio Ourém; BANDEIRA, Luciana de Assunção Macieira. Ulisses x Hércules: o perfil do judiciário brasileiro nas decisões de inconstitucionalidade. In: *Revista CEJ*, Ano XVI, n. 58. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, set./dez. 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 15. reimpr. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CAPONI, Remo. Overruling em matéria processual e garantias constitucionais. Tradução de Alexandre Freitas Câmara. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. n. 85, out./nov./dez. 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- _____. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpressão de 2002.
- CARDOSO, Oscar Valente. A uniformização de jurisprudência nos juizados especiais federais e a controvérsia sobre o benefício assistencial. In: *Revista direito federal*. Ano 23, n. 90. Brasília: AJUFE, jul./nov. 2008.

- CARNEIRO JUNIOR, Amilcar Araújo. Parâmetros do *common law* para a elaboração de um novo sistema: necessidade de uma atitude de vanguarda. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CARRAZZA, Roque Antonio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la: questões conexas. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; _____; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.
- CARVALHO, Olympio. A unidade do direito judiciário e os recursos no Supremo Tribunal Federal. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Coleção doutrinas essenciais: processo civil*. vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais*. 1. ed. (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CASTRO, Marcello Soares. Tutela jurisdicional e proteção dos direitos de marcas: o STJ e o enfrentamento de algumas questões processuais. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CELLA, José Renato Gaziero. *Auto-precedente e argumentação racional*. Conferência proferida em 12 de novembro de 2001. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_86.pdf>. Acesso em: 30 out. 2015.
- CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS. L'application dans le temps de la règle jurisprudentielle. In: MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence: rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*. Paris: Litec, 2005.
- CHARBIT, Nicolas. La limitation de l'effet rétroactif des arrêts par le juge communautaire. In: MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence: rapport remis à monsieur le Premier Président Guy Canivet*. Paris: Litec, 2005.
- CHARBONNEAU, Cyrille. *La contribution de la cour de cassation à l'élaboration de la norme*. Paris: IRJS Éditions, 2011.
- CHASE, Oscar G. et al. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul, MN: Thomson West, 2007.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1965.
- CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. As mudanças da jurisprudência uniforme dos tribunais superiores e seu impacto no sistema jurídico brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI,

Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CLERMONT, Kevin M. *Civil Procedure*. 7th ed. St. Paul, MN: Thomson West, 2004.

_____. *Principles of civil procedure*. 3rd ed. St. Paul, MN: Thomson West, 2005.

COÊLHO, Sacha Camon Navarro. Norma e lei - mudança jurisprudencial - segurança jurídica e irretroatividade da norma judicial. In: _____. (coord.). *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. (coord.). *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2015.

COSTA, Marília Siqueira da. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2014.

COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COTA FILHO, Fernando Rey; GONÇALVES, Anáisa Pasqual Salgado. Considerações acerca do incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. In: ALVIM, Thereza Arruda et al. (coords.). *O novo código de processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COUTRON, Laurent. L'identification du revirement en droit de l'Union Européenne et la normativité de la jurisprudence. In: CARPANO, Éric (org.). *Le revirement de jurisprudence en droit européen*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho processal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Um basta à perversidade da jurisprudência defensiva*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

_____. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- _____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. A "repercussão geral" como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Recursos repetitivos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DANTAS, Bruno. Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. In: *Revista do advogado*. Ano XXXII. n. 117. São Paulo: AASP, out. 2012.
- DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Súmula vinculante: legitimação pelo procedimento e participação do *amicus curiae*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Os efeitos das mudanças de jurisprudência consolidada no âmbito do direito tributário. In: *Série cadernos do CEJ*, n. 28 (III Seminário Internacional Brasil – Alemanha). Brasília: CJF, 2011.
- _____. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.
- DETTERBECK, Steffen. *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*. 12. Aufl. München: C.H. Beck, 2014.
- DEUMIER, Pascale. Le revirement de jurisprudence en questions. In: CARPANO, Éric (org.). *Le revirement de jurisprudence en droit européen*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. In: *Revista de Processo (RePro)*. Ano 34. vol. 171. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2009.

- _____. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: _____, et al. (coords.). *Coleção grandes temas do novo cpc: precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- _____. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. vol. 3. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. In: *Revista de Processo (RePro)*. Ano 38. vol. 220. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados. A garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos. In: *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres III*. Barueri: Manole, 2005.
- _____. Súmulas vinculantes. In: *Revista forense*. vol. 347. Ano 95. Rio de Janeiro: Forense, jul./ago./set. 1999.
- DINIZ, José Janguê Bezerra. *Recursos no processo trabalhista: teoria, prática e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DONY, Marianne. *Droit de l'Union européenne*. 5. éd. rev. et augm. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- ENG, Svein. Precedent in Norway. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.
- ERICKSEN, Lauro. A estruturação das súmulas e precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. vol. 20, n. 37. Rio de Janeiro: JFRJ, ago. 2013.
- FACCI, Lucio Picanço. *Administração pública e segurança jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.

- FERNANDES, Eric Baracho Dore; FERREIRA, Siddharta Legale. Irrecorrível, mas nem tanto: a revisão de tese na repercussão geral do recurso extraordinário. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. vol. 21, n. 40. Rio de Janeiro: JFRJ, ago. 2014.
- FERRAND, Frédérique. La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand. In: MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence: rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*. Paris: Litec, 2005.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: _____; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.
- FERREIRA, Antonio Carlos. Direito processual civil e súmulas do STJ. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Notas aos artigos 929 a 937 do CPC/2015. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FREITAS, Leonardo e Silva de Almendra. Desmistificando a modulação dos efeitos temporais das viradas jurisprudenciais (*prospective overruling*) no direito tributário: experiência jurisprudencial, aspectos processuais e um caso ideal para sua utilização ([I] legitimidade do contribuinte "de fato"). In: *Revista dialética de direito tributário*. vol. 189. São Paulo: Dialética, jun. 2011.
- FREIRE, Alexandre; DONOSO, Denis; BRUSCHI, Gilberto Gomes. Recurso especial: cabimento e forma de interposição do recurso especial com fundamento no art. 105, III, c, da CF (Divergência jurisprudencial). In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. O novo processo civil. In: _____. (coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.
- GALLOTTI, Maria Isabel. Recurso especial como instrumento de uniformização do direito federal. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GARCIA, André Luis Bitar de Lima Garcia. A ausência de um sistema de precedentes no NCP: uma oportunidade perdida. In: DIDIER JR, Fredie; ARAÚJO, José Henrique

- Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (coords.). *O projeto do novo código de processo civil: estudo em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- GARNER, Bryan A. et al. *Black's Law Dictionary*. 9th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2009.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes e independência judicial. In: *Revista dos tribunais* Ano 86. vol. 739. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 1997.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manuel et al. *Comentários à nova lei dos juizados especiais da fazenda pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. In: *Revista dialética de direito processual*. vol. 10. São Paulo: Dialética, jan. 2004.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. vol. 2. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRÖPL, Christoph. *Staatsrecht I*. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2013.
- GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*. 6. éd. Paris: Dalloz, 2011.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers – nº 78: The judiciary department (Hamilton)*. New York: New American Library, 2003.
- HARRISON, Maureen; GILBERT, Steve. *Great decisions of the U.S. Supreme Court*. New York: Barnes & Nobles Books, 2003.
- HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. A súmula vinculante e a lei nº 11.417/06. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. n. 20. Rio de Janeiro: JFRJ, ago. 2007.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama da história institucional e jurídica de Macau*. Macau: Fundação Macau, 1995.
- HEUN, Werner. *Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- HORBACH, Carlos Bastide; HORBACH, Beatriz Bastide. A organização judiciária alemã. In: *Revista de processo*. Ano 38. vol. 226. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2013.

- HUMBACH, John A. *Whose Monet?: an introduction to the american legal system*. Austin: Aspen Publishers, 2007.
- ILIOPOULOU, Anastasia. Revirement et citoyenneté de l'Union. In: CARPANO, Éric (org.). *Le revirement de jurisprudence en droit européen*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012.
- ITURRALDE, Victoria. Judicial decisions as a source of law in civil law: the spanish case. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP). Beiheft n. 69*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag Stuttgart, 1998.
- JAEGER, Marc. Notion et politique du revirement: propos introductifs. In: CARPANO, Éric (org.). *Le revirement de jurisprudence en droit européen*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012.
- JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- JULIANI, Cristiano Reis. A nova redação do art. 555, CPC e a uniformização de jurisprudência. In: *Revista direito federal*. Ano 21, n. 72, out./dez. 2002.
- JUSTINIANO. *Digesto de Justiniano*. Livro 1. Tradução de Hélcio Maciel França Madeira. Edição bilíngue: latim/português. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco: Centro Universitário FIEO - UNIFIEO, 2000.
- _____. *Instituciones de Justiniano: edición bilingüe*. Tradução de Mélquiades Pérez Rivas. 2. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KERN, Christoph A. The respect for court decisions in german law. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- KLOTTER, John C.; KANOVITZ, Jacqueline R.; KANOVITZ, Michael I. *Constitutional law*. 8. ed. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1998.
- KUMAR, M. V. Pratap. *Prospective overruling*. Disponível em: <<http://www.legalserviceindia.com/articles/prul.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2015.
- LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. *A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito*. 2013. 242f. Dissertação (Mestrado). Brasília: Universidade de Brasília, 2013.
- LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal. In: *Revista Forense*. vol. 208, Ano 61. Rio de Janeiro: Forense, out./nov./dez. 1964.
- LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- LIMA, Viriato Manuel Pinheiro de. *Manual de direito processual civil*. 2. ed., 1. reimpr. Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2010.
- LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. *Precedentes judiciais no processo civil brasileiro: aproximação entre civil law e common law e aplicabilidade do stare decisis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- LOBATO, Valter de Souza. O princípio da confiança retratado no código tributário nacional. A aplicação dos arts. 100 e 146 do CTN. A análise de casos concretos. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. Limites à mudança jurisprudencial. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal no Brasil. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MADEIRA, Daniela Pereira. O novo enfoque dado à jurisprudência e a sociedade moderna. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito Jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MAIA, Isabelle Albuquerque Costa. Violação à súmula vinculante e cabimento de ação rescisória. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. A realidade judiciária brasileira e os *Tribunais da Federação* - STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e*

constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; _____.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial.* vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Não há igualdade perante o direito sem respeito aos precedentes. In: SAVARIS, José Antônio; STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo (orgs.). *Juizados especiais federais: contributos para uma releitura.* vol. II. Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 02 out. 2014.

_____. *Precedentes obrigatórios.* 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Repercussão geral no recurso extraordinário.* 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O STJ no Estado Constitucional (fundamentos dos precedentes obrigatórios no projeto de CPC). In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Leonardo Albuquerque. Elementos para uma otimização de desempenho institucional do STJ à luz do direito e economia. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva.* São Paulo: Malheiros, 2005.

- MATTOS, Luiz Norton Baptista de. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: GAJARDONI, Fernando (org.). *Coleção repercussões do novo CPC: magistratura*. vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2015.
- _____. Tópicos da reforma processual: supressão do efeito suspensivo da apelação, julgamento liminar de improcedência do pedido e uniformização da interpretação do direito federal nos juizados especiais estaduais. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. n. 17. Rio de Janeiro: SJRJ, ago. 2006.
- MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial - breves considerações. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEERBEECK, Jérémie Van. *De la certitude à la confiance: le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*. Bruxelles: Anthemis, 2014.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MENA, Valter Alexandre. A reforma do poder judiciário, suas causas e as propostas para enfrentá-la. In: *Revista Justiça & Cidadania*. Edição 92, mar. 2008.
- MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. Tradução de Marsel N. G. de Souza. 2. ed. rev. e atual. Brasília: UNESCO, 2009. Disponível em: <http://portal.unesco.org/ci/en/files/26159/126398551119freedom_information_pt.pdf/freedom_information_pt.pdf>. Acesso em: 31 out. 2015.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: _____; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. Resolução coletiva de conflitos. In: _____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Coleção grandes temas do novo cpc: precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e microsistema dos juizados especiais. In: *Revista de Processo (RePro)*. Ano 40. vol. 245. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2015.
- MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica*. Curitiba: Juruá, 2014.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 5. reimpr. Coimbra: Edições Almedina, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo (RePro)*. Ano 40. vol. 245. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2015.
- _____. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence: rapport remis à monsieur le premier président Guy Canivet*. Paris: Litec, 2005.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- MORAWSKI, Lech; ZIRK-SADOWSKI, Marek. Precedent in Poland. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. vol. I. 10. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. 2012. 308f. Tese (doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.
- MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar. *Staatsorganisationsrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013.

- NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; _____. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, [2012].
- NUNES, Dierle. Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A semelhança no dissídio jurisprudencial para efeitos de recurso especial e embargos de divergência e a lógica. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.
- PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- _____. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- _____. A técnica da distinção (*distinguishing*) e o CPC/2015. In: ALVIM, Thereza Arruda et al. (coords.). *O novo código de processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juizados especiais federais cíveis: questões de processo e de procedimento no contexto do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1. ed. (março de 1996), 5. tir. (abril de 2002). São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. München: C.H. Beck, 2009.
- PORTES, Maíra. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPodivm, 2010.
- QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança jurídica e proteção da confiança: a justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira. In: *Revista eletrônica de direito processual*. Ano 7. vol. XI, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2013.
- RAFFAELLI, Rosa. *Dissenting opinions in the supreme courts of the member states*. Brussels: Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2012. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.
- RAIS, Diogo. *A sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte (legalidade, não-surpresa e proteção à confiança legítima)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. A segurança jurídica na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROBLES GARZÓN, Juan Antonio et al. *Conceptos básicos de derecho procesal civil*. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.
- ROCHA, Paulo Henrique Borges da; FELIX, Arielle Alves Poton. Processo coletivo: mérito processual como forma de democratizar o processo. In: *Revista da SJRJ*. vol. 20, n. 38. Rio de Janeiro: Justiça Federal do Rio de Janeiro, dez. 2013.

- RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos; MARÇAL, Thaís Boia. Embargos infringentes e o novo CPC: manutenção ou extinção? In: *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano 6. vol. X. Rio de Janeiro: UERJ. jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7997/5782>>. Acesso em: 28 nov. 2015.
- RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013.
- _____. A tendência uniformizadora da jurisprudência no projeto de novo código de processo civil. In: ROQUE, André Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coords.). *O projeto do novo código de processo civil: uma análise crítica*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- ROMANO NETO, Odilon. O alinhamento à jurisprudência como requisito ao julgamento de improcedência liminar. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Coisa Julgada Inconstitucional: proposta interpretativa dos artigos 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC*. 2010. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.
- _____. Competência da Justiça Federal fundada em tratados internacionais. In: *Revista eletrônica de direito processual - REDP*. Ano 4, vol. V. Rio de Janeiro: UERJ, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.
- _____. Influência americana na reforma do código de processo penal. In: *Revista eletrônica de direito processual*. vol. IV. Ano 3. Rio de Janeiro: UERJ, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2012.
- _____. A vedação às decisões-surpresa no novo código de processo civil. In: GAJARDONI, Fernando (org.). *Coleção repercussões do novo CPC: magistratura*. vol. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.
- ROQUE, André Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: _____.; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coords.). *O projeto do novo código de processo civil: uma análise crítica*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda; CANDIDO, Odila Dinorá de Alagão. *Jurisprudência e mudança social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.
- ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante. In: *Revista justiça & cidadania*. Edição 106, maio 2009.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

- RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Vol. IV. 4. ed. rev. acresc. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957.
- SAENGER, Ingo (Hrsg.). *Zivilprozessordnung*. 4. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011.
- SALDANHA, Nelson. Escola da Exegese. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. Evolução legislativa do sistema recursal de primeiro grau no código de processo civil brasileiro. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. Por que os juízes (no *common law*!) se sentem obrigados a seguir precedentes. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT. *Bundesverfassung der Schweiz*. [S.l.]: Bundeskanzlei (BK)/Kompetenzzentrum Amtliche Veröffentlichungen (KAV), abr. 2011.
- SHOUERI, Luís Eduardo; SANTOS, Aline Nunes dos. Reflexões sobre a modulação dos efeitos das decisões judiciais a partir da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- SILBERMAN, Linda J.; STEIN, Allan R.; WOLFF, Tobias Barrington. *Civil procedure: theory and practice*. 3rd ed. Austin: Aspen Publishers, 2009.
- SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 237. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar Ltda., jul./set. 2004.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. *Modulação temporal da jurisprudência*. 2010. 144f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

- SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza nel diritto portoghese. In: *Rivista de diritto processuale*. Anno LXVII (Seconda Serie), n. 2, marzo-aprile 2012.
- SILVA, Ricardo Alexandre da. O STJ como corte suprema em matéria infraconstitucional: defesa dos precedentes vinculantes. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SOARES, Carlos Henrique. O precedente judicial e a súmula com efeito vinculante no novo código de processo civil brasileiro. In: ALVIM, Thereza Arruda et al. (coords.). *O novo código de processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SODERO, Eduardo. *Sobre el cambio de los precedentes*. Disponível em: <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/57938329212471831976613/015131.pdf?incr=1>>. Acesso em: 06 nov. 2015.
- SOUZA, Eduardo Francisco de. A abstração do controle difuso de constitucionalidade. In: *Revista CEJ*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários / Conselho da Justiça Federal. Ano XII, n. 41, abr./jun. 2008.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 1. ed. (ano 2006), 3. tir. Curitiba: Juruá, 2008.
- STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. A "repercussão geral das questões constitucionais" e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as "causas irrelevantes". In: AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O NCPC e os precedentes - afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.
- _____. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- SUMMERS, Robert Samuel. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; _____. (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.
- TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Efeito vinculante decorrente de recurso extraordinário: estudo do RE nº 418.918-6/RJ e da medida cautelar nº 272-9. In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: SJRJ, ago. 2006.
- _____. O incidente de repercussão geral como instrumento de aplicação de precedente jurisdicional. Novas hipóteses de efeitos vinculantes e impeditivos de recurso em sede

de controle incidental de constitucionalidade. In: *Revista da SJRJ*, n. 19. Rio de Janeiro: Justiça Federal do Rio de Janeiro, abr. 2007.

_____. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.

_____. *Precedente e giurisprudenza*. [S.l.]: Editoriale scientifica, 2007.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.

TEIXEIRA, Patrícia Gomes. A uniformização da jurisprudência como forma de realização de valores constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TEIXEIRA, Yuri Guerzet. *Precedentes judiciais: entre normas e decisões*. Curitiba: Juruá, 2015.

TESHEINER, José Maria. *Contra os precedentes obrigatórios*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/noticias2/258-artigos-dez-2013/6371-contr-os-precedentes-obrigatorios>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

TINIÈRE, Romain. Les revirements de jurisprudence de la CJUE dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. In: CARPANO, Éric (org.). *Le revirement de jurisprudence en droit européen*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel (coords.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1997.

TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual - o *amicus curiae* no anteprojeto do novo CPC. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Tradução de Flavio Portinho Sirangelo. In: *Revista de processo*. Ano 38. vol. 218, abr. 2013.

URBAN, Markus. *Die Nürnberger Prozesse: Kurzführer*. Nürnberg: Sandberg Verlag, 2008.

- VERDE, Giovanni. Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge). In: *Rivista di diritto processuale*. vol. LXVII (II Serie). Anno 2012. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM, gennaio-febbraio 2012.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Uma nova "Uniformização de Jurisprudência": comentários ao §1º do art. 555 do CPC. In: *Revista dialética de direito processual*. vol. 10, jan. 2004.
- VIRVILLE, Michel de. Quelques éléments sur les revirements de jurisprudence. In: MOLFESSIS, Nicolas. *Les revirements de jurisprudence: rapport remis à monsieur le premier président Guy Canivet*. Paris: Litec, 2005.
- VIVEIROS, Estefânia. A força dos precedentes e da jurisprudência no CPC projetado. In: *Justiça & Cidadania*. Edição 158. Rio de Janeiro: JC, out. 2013.
- VOLTAIRE. *Dicionário filosófico*. Tradução de Pietro Nasseti. s/e. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Jurisprudência oscilante do STJ - Ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apresentação. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; _____. (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. "Brazilian precedentes". Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes>>. Acesso em: 25 jun. 2014.
- _____. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; _____. (coords.). *Direito jurisprudencial*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. Em direção ao *common law*?: palestra: Rio de Janeiro: 2012. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; _____. (orgs.). *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Precedentes e evolução do direito. In: _____. (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- _____. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie et al. (coords.). *Coleção grandes temas do novo cpc: precedentes*. vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.
- WATHELET, Melchior. Le revirement à la Cour de Justice de l'Union Européenne. In: CARPANO, Éric (org.). *Le revirement de jurisprudence en droit européen*. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2012.
- WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Recursos no processo civil inglês. In: *Revista de processo (RePro)*. Ano 38. vol. 220. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2013.
- ZANETI JR., Hermes. Cortes supremas e interpretação do direito. In: GALLOTTI, Isabel et al. (coords.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionabilidade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- ZIMMERMANN, Walter. *Zivilprozessordnung*. 9., neu bearbeitete Aufl. [S.l.]:ZAP Verlag, 2011.