

INTRODUÇÃO

A preocupação do legislador em combater a morosidade da prestação jurisdicional brasileira não é nenhuma novidade no cenário jurídico, como se observa do intenso movimento de reformas implementadas na Constituição Federal, no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal ao longo dos últimos cinco anos.

A garantia da efetividade do acesso à justiça tomou novos contornos com a evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial no Brasil. O enfoque na terceira onda renovatória do acesso à justiça, a partir da obra do Prof. Mauro Cappelletti contribuiu, em muito, no amadurecimento da concepção do legislador brasileiro.

Do ano de 2006 até hoje diversos novos institutos foram introduzidos no Direito Processual Civil, a exemplo da súmula impeditiva de recurso (Lei n° 11.276/06), da improcedência *prima facie* (Lei n° 11.277/06), da Súmula Vinculante (Lei n° 11.417/06)¹, da repercussão geral do Recurso Extraordinário Lei n° 11.418/06² e do julgamento dos Recursos Especiais repetitivos (Lei n° 11.672/08).

Alterações pontuais no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça adequaram os procedimentos de julgamento às novas reformas, além de introduzir mecanismos próprios, a exemplo do julgamento em bloco realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda recentemente constituiu-se uma comissão para elaboração de um anteprojeto de Código de Processo Civil, cuja comissão integrada por diversos juristas de renome vem realizando estudos e audiências públicas a fim de elaborar a melhor redação ao novo diploma processual.

¹ O Prof. Barbosa Moreira é crítico ferrenho a utilização do termo “súmula” como o enunciado que concentra o pensamento dominante do tribunal que o editou. Para tanto, pondera: “...a palavra “súmula” sempre se empregou – em perfeita consonância com a etimologia e os dicionários – para designar o conjunto das proposições em que se resume a jurisprudência firme de cada tribunal, a começar pela Corte Suprema, onde ela foi criada, em 1963, sob a denominação correta de Súmula da Jurisprudência Predominante (no singular), com a qual se incorporou ao Regimento Interno. Agora, ela aparece no texto constitucional emendado com referência a *cada uma* daquelas proposições, consoante ressaltar o teor do novo art. 103-A e também o art. 8º da Emenda que alude às atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A emenda constitucional n° 45 e o processo. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 165-178, jan. / jun. 2006. p. 170.)

² A doutrina, todavia, não tem visto com bons olhos o novo requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, haja vista que o exame da repercussão geral não deve ser operado de forma abstrata, sob risco de se deixar de considerar peculiaridades ínsitas a cada demanda. Neste sentido, conferir: ASSUMPÇÃO, Helcio Alves de. Recurso Extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 127-162, jul. / dez. 2007. p. 161.

A preocupação com a solução rápida dos litígios trazidos ao Poder Judiciário, cujas demandas ajuizadas aumentam a cada ano é a principal causa da criação dos mecanismos apontados³.

Essa mudança intensa de diplomas legislativos acarreta várias transformações sociais por conta de novas disposições legais, criação e supressão de direitos, enfim. Nesse ponto, a *vacatio legis* é de curial importância, pois permite que os cidadãos possam conhecer⁴ e se adaptar a nova realidade legislativa.

Com a introdução de institutos ora referidos que em muito se assemelham àqueles presentes no direito estrangeiro, principalmente os que existem no direito norte-americano, surge a indagação a respeito da modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais que alteram orientações jurisprudenciais já consolidadas ao longo do tempo.

Como bem observa Leonardo Greco⁵, existe uma enorme descrença no Poder Judiciário, principalmente pelo aumento crescente da consciência jurídica do povo, que com maior acesso a informação passa a conhecer mais dos seus direitos e exigir uma maior produtividade do Judiciário.

Esta falta de credibilidade leva nosso legislador a observar o ordenamento de outros países e suas experiências, buscando novas soluções para os problemas recorrentes que assolam o Poder Judiciário. A adoção da Súmula Vinculante, os Juizados Especiais Cíveis, a transação penal, enfim, diversos institutos que apresentam a essência de mecanismos do direito estrangeiro apenas demonstram esta tendência.

É claro que o sistema da *common law* também não é perfeito e muitas de suas aflições vêm sendo solucionadas a partir da importação de mecanismos da *civil law*, o que apenas demonstra a crescente relação entre os sistemas que deixam de lado caracteres rígidos passando a mesclar seus elementos⁶.

³ O Supremo Tribunal Federal já decidiu que em uma Ação de Usucapião que durou 43 anos e teve o mérito analisado por duas vezes, diante de sucessivas anulações do processo, bem como por diversas alterações de competência, não poderia, por mais uma vez, ter sua nulidade reconhecida por incompetência do juízo, pois nítida a violação à garantia da razoável duração do processo e da efetiva entrega da prestação jurisdicional. (STF, [RE 433512/SP, rel. Min. Eros Grau, 26.5.2009. \(RE-433512\)](#))

⁴ José Afonso da Silva ao analisar a questão atinente à *vacatio legis* pondera: “A teoria jurídica conhece a *vacatio legis*, que é o período que vai da publicação do ato promulgatório até a efetiva entrada da lei em vigor, ‘e por duas razões se justifica: porque faz a lei mais e melhor conhecida e porque proporciona, às autoridades incumbidas de fazê-la executar e às pessoas por ela atingidas, a oportunidade de se prepararem para sua aplicação. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53)

⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

⁶ São muitas as distinções entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, a exemplo da natureza da investidura dos magistrados; a sistemática dos recursos; a apresentação das provas em juízo; a maior liberdade na realização de atos de disposição; a maior atuação do magistrado e das partes no processo, dentre outras características, como destaca

Observa-se que nesta última década houve uma significativa mutação na composição dos tribunais superiores, em especial a do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Tal fenômeno acabou por contribuir para uma verdadeira revisão na jurisprudência consolidada sobre diversas matérias, o que culminou no estabelecimento de novos paradigmas.

A renovação dos tribunais e a alteração das posições jurisprudenciais consolidadas reflete a evolução e o amadurecimento do ordenamento jurídico, demonstrando que o Poder Judiciário está a par de todas as mudanças sociais.

Novas relações jurídicas surgem, enquanto que outras já existentes se aperfeiçoam, de modo que o Poder Judiciário precisar adequar o texto frio das normas à realidade prática existente nos processos.

Entretanto, nos causa perplexidade o fato de que, em determinadas situações, primados como a segurança jurídica, a confiança legítima e a própria boa-fé não são levados em consideração quando da alteração repentina da jurisprudência, uma vez que não há “período de *vacatio*” para mudanças em precedentes jurisprudenciais.

Exemplifiquemos com a seguinte situação: uma das partes vinha obtendo pronunciamentos judiciais favoráveis em primeiro e segundo grau de jurisdição, com base em orientações jurisprudenciais consolidadas e, em sede de recursos excepcionais, assiste a toda a sua pretensão ser rechaçada por uma nova posição jurisprudencial contrária à sua tese, sem que sequer fosse cogitado o respeito à situação consolidada ou até mesmo existente uma prévia indicação de possível tendência à superação do precedente antigo.

Questionamos se a melhor solução seria simplesmente ignorar uma realidade processual em que a parte teve um direito reconhecido pelas instâncias inferiores mas que, por uma nova interpretação judicial, viu sua pretensão ser destroçada.

Tal conjuntura não se resume apenas a aspectos processuais, mas afetou a própria edição de atos legislativos competência legislativa, acarretando grave insegurança jurídica como destaca Geraldo Ataliba⁷.

Como base para a manutenção da jurisprudência superada podemos invocar a segurança jurídica das relações, a boa-fé das partes que realizaram seus atos à luz dos precedentes existentes à época do estabelecimento das relações jurídicas, o princípio da confiança legítima⁸, a teoria do fato consumado dentre outros substratos principiológicos, com o fim de se estabelecer parâmetros objetivos que guiassem a atuação dos tribunais quando da superação de seus precedentes.

Logo, a jurisprudência nova só deveria ser aplicada aos casos ocorridos após sua edição, prestigiando-se, em casos anteriores, a jurisprudência pretérita do tribunal quando evidenciada a boa-fé das partes e a confiança naqueles antigos julgados. Os tribunais, em temas de repercussão, deveriam aferir as conseqüências da adoção de uma nova jurisprudência, sopesando seus efeitos em relação aos atos já praticados e aqueles cuja execução se perdura no tempo, buscando alcançar uma solução que não traga prejuízo aos cidadãos, principalmente quando tratasse de questões multitudinárias.

A jurisprudência de nossos tribunais não mais se resume ao simples conjunto de decisões acerca de determinada matéria⁹. As decisões judiciais ditam comportamentos não só entre as partes, mas entre terceiros que não se encontram na órbita jurídica da relação processual. Os cidadãos acompanham o dia a dia dos tribunais e tendem a pautar seus comportamentos a partir do que o tribunal decide.

⁷ Operacionalmente, assim, a pedra de toque de sua tranqüilidade de cidadã deve estar na unicidade de fontes normativas e conseqüente unicidade de normas delas promanadas (unicidade por pessoa jurídica de capacidade política): uma só fonte na União – o Congresso; uma só fonte no Estado – Assembléia; uma só fonte no Município – Câmara de Vereadores, como expressões republicanas. Que nos oferecia a prática de nosso sistema? Legislavam, e não só em matéria administrativa, inúmeros órgãos, tais como conselhos, comissões, departamentos etc. Usurpavam função legislativa autarquias, empresas públicas e outras pessoas da administração indireta, sem nenhuma representatividade. Delegavam-se abusivamente faculdades normativas inaugurais a toda sorte de órgãos e funcionários. Não sabia o administrado donde viriam os próximos constrangimentos. Os deveres se multiplicavam. Os comandos se contradiziam, se superpunham, somavam-se. O administrado se sentia inseguro, indefeso. A multiplicidade o surpreendia. Desaparecia toda veleidade de participação. Não havia sequer aparência de lealdade do Estado no fazê-lo saber do que se tramava, que se lhe pretendia, que se lhe ia exigir. Nesse clima, desaparecia qualquer idéia de Direito. Não se podia falar em sistema. Não cabia cogitar de coerência. Muita vez o administrado só tomava conhecimento de uma pretensão administrativa ao ser punido por violação de um preceito de cuja existência nem sequer tinha possibilidade de desconfiar. (ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 21-22).

⁸ “Esse mesmo raciocínio também pode ser empregado, por exemplo, em relação aos atos oriundos do Poder Judiciário. A alteração de um entendimento jurisprudencial pode vir a prejudicar a expectativa legítima de um particular. Porém, para que um indivíduo tenha legitimidade para pretender que sua situação seja regida pela orientação judicial antiga, deverá comprovar que realizou algum ato concreto em virtude do posicionamento antigo. Deverá evidenciar que seus atos não teriam sido praticados se a nova jurisprudência já existisse. (ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 99).

⁹ É a definição encontrada em qualquer obra jurídica. Neste sentido, confira-se: GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 33.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 126.

Institutos do direito norte-americano como o *signaling* (o tribunal dá indícios de que pretende alterar sua jurisprudência já consolidada) e *prospective overruling* (o tribunal revisa sua jurisprudência, e pode aplicar ao caso concreto o paradigma superado), poderiam ser incorporados ao nosso ordenamento como forma de compatibilizar a segurança jurídica das relações e a necessidade de revisão da jurisprudência¹⁰.

Ora, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América já realiza a modulação temporal de seus precedentes desde a década de 60, quando do julgamento do caso *Linkletter v. Walker*¹¹, o que demonstra um certo amadurecimento do Judiciário norte-americano.

Há que se considerar também que a população, diante da evolução e massificação dos meios de comunicação passou a ter acesso maior às decisões do Poder Judiciário. As atividades de consultoria que antes eram restritas aos empresários, agora se estendem às pessoas físicas. Enfim, há uma maior participação do povo na construção da jurisprudência do país, seja pelo seu conhecimento, seja pela adoção de posturas lineares ao que os tribunais decidem.

No Brasil, há poucos e recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que já aplicaram a concepção que ora se expõe, ainda que de forma tímida e casuística, em situações de interposição e admissão de recursos realizada antes da consolidação de nova jurisprudência¹².

Um dos casos emblemáticos a respeito da modulação temporal da jurisprudência ocorreu no julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 796.488 - CE (2005/0185096-2), em que o STJ, diante da mudança de sua jurisprudência, que passou a analisar a tempestividade dos recursos interpostos pelo Ministério Público a partir da

¹⁰ Nesse ponto, Fredie Didier Jr. também pondera a necessidade de modulação das mudanças jurisprudenciais. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. Vol. II. p. 405) .

¹¹ O caso referido dizia respeito a questão criminal, tendo a Suprema Corte afirmado a possibilidade de modulação em questões criminais, desde que fossem levados em consideração elementos como a confiança na norma antiga, a finalidade do novo preceito e as consequências da modulação. Comenta Saul Tourinho Leal que a Suprema Corte inovou no ordenamento ao reconhecer o direito a modulação nas decisões proferidas em controle de constitucionalidade, inobstante o silêncio da Constituição a esse respeito. Levou em consideração a referida Corte as características referentes a natureza do ato declarado inconstitucional, a finalidade, efeitos e consequências da retroatividade. Conferir: LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a adoção da doutrina prospectiva negando direitos aos contribuintes. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 158, nov. 2008, p. 78-86.

¹² Podemos exemplificar os seguintes precedentes: REsp 628.621-DE, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 4/8/2004; REsp 741.580-SC, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 16/8/2005; REsp 796.488-CE, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 28/2/2008; RMS 25.652-PB, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/9/2008; REsp 944.325-RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 4/11/2008.

data em que os autos ingressavam na instituição e não mais quando da aposição do ciente do membro do *Parquet*, reconheceu que nos recursos interpostos antes da referida alteração, a tempestividade deveria ser aferida a luz da jurisprudência superada.

Para tanto, reconheceu o STJ que não se poderia exigir que o órgão ministerial se pautasse de modo diverso, antevendo a eventual alteração do entendimento jurisprudencial, sob risco de se estabelecer verdadeiro obstáculo insuperável, traduzindo usurpação sumária do direito de recorrer, atitude esta incompatível no Estado Democrático de Direito.

Deste modo, diante da flagrante injustiça que estava ocorrendo, o STJ afirmou expressamente que o novo entendimento deveria alcançar os casos futuros e não aqueles consolidados na constância da orientação anterior, pois os membros do Ministério Público não poderiam prever, até porque sequer foram avisados acerca da possível alteração na jurisprudência.

Ocorre, todavia, que o caso concreto narrado é exceção, pois os tribunais superiores, neles incluídos o próprio Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, na grande maioria dos casos têm alterado a jurisprudência consolidada em alguns temas, principalmente diante de sua nova composição, sem estabelecer parâmetros que respeitassem as situações jurídicas ocorridas à luz da jurisprudência antes consolidada.

Como exemplo de nossa assertiva podemos indicar a questão do Enunciado nº 214 da Súmula da Jurisprudência do STJ, que refletia uma orientação inequívoca do STJ no sentido de que o conflito entre o art. 39 da Lei nº 8.245/91 e os arts. 1.500 do CC/1916 ou 835 do CC/ 2002, deveria ser solucionado no sentido de que o fiador na locação não responderia pelas obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.

O enunciado que ainda permanece válido foi editado em 1998. Ocorre que em 2006, por ocasião de enfrentamento jurisprudencial suscitado no EREsp 566.633-CE, o próprio STJ concluiu que os fiadores continuam responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato, desde que haja previsão contratual dessa possibilidade e estes não se exonerem nas formas dos dispositivos do Código Civil, estabelecendo assim, um novo paradigma a respeito da matéria.

Todavia, o r. Tribunal Superior não suscitou questão relativa às situações consolidadas à luz da jurisprudência anterior. Assim, passou o Tribunal a aplicar

indiscriminadamente seu precedente em todos os casos, inclusive àqueles em que os contratos de locação foram firmados à luz da interpretação originária do Enunciado nº 214, sequer dando oportunidade aos fiadores para se adaptarem a nova realidade jurisprudencial.

Observa-se que não houve a superação total do enunciado da súmula, haja vista que o STJ reconhece a prorrogação apenas quando há cláusula contratual expressa a esse respeito. Entretanto, ao nosso ver, há a necessidade de se solucionar as questões intertemporais provenientes da alteração deste importante precedente.

Tal controvérsia hoje se encontra solucionada com ao advento da Lei nº 12.112/09 que alterou a redação da Lei de Locações, determinando agora, em seu art. 39, que todas as garantias se estendem até a efetiva devolução das chaves.

Entretanto, é de se questionar acerca de todas as relações jurídicas existentes desde antes da alteração da jurisprudência e da aprovação da reforma da Lei de Locações. Deveriam todos os fiadores sofrer prejuízos quando depositaram legítimas expectativas na jurisprudência consolidada em enunciado de súmula do STJ?

Veja que a matéria apresenta tanta repercussão que a referida alteração na lei locatícia teve o dispositivo que determinava sua vigência imediata vetado, ao argumento de que as alterações apresentam relevância, tornando necessária a adaptação da sociedade ao novo regramento.

Ora, se o legislador teve o cuidado de estabelecer um prazo mínimo para que as pessoas se adaptem ao novo comando normativo, parece-nos que o Judiciário também deve ser sensível às consequências da alteração de sua jurisprudência.

Neste ponto, Fredie Didier Jr. pondera superficialmente a questão atinente à necessidade de modulação dos efeitos da decisão que altera a jurisprudência consolidada do tribunal¹³, invocando os princípios da boa-fé, segurança jurídica, proteção a confiança e não surpresa.

¹³ “Correto, pois o raciocínio de Ferraz Jr., segundo o qual o Poder Judiciário, como ente da Administração Pública, está sujeito ao chamado princípio da não-surpresa, outra designação que se pode dar ao princípio da confiança que o administrado/jurisdicionado, agindo com boa-fé, deposita na conduta da Administração/Judiciário, donde extrai legítimas expectativas. Trata-se aqui, portanto, da conjugação entre os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, que garante não só respeito ao passado, como também às expectativas legítimas que o comportamento do Judiciário – através de reiteradas decisões tomadas num mesmo sentido – incutiu no íntimo dos jurisdicionados.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. Vol. II. p. 402-403).

Como este caso, muitas outras situações poderiam ser enumeradas. Contudo, o objetivo de nosso estudo não é o mero direcionamento à infinidade de casos concretos, mas, em verdade, analisar as bases científicas para a modulação temporal.

A respeito da possibilidade de modulação temporal dos efeitos da jurisprudência, não obstante aplicada timidamente em determinados julgados nos tribunais superiores, podemos observar um início de incorporação desta técnica em nosso ordenamento jurídico através da Lei nº 11.417/06, que regulamenta o procedimento de edição, revisão e cancelamento dos enunciados que integram a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, ao que se observa do art. 4º da referida lei.

Tal dispositivo permite que o Supremo Tribunal Federal possa modular o momento a partir do qual incidirá o teor do enunciado sumular. E, entendendo-se a Súmula Vinculante como verdadeiro ato jurisdicional que consolida a orientação jurisprudencial predominante em verbetes de caráter obrigatório, podemos, então, admitir uma previsão legislativa inicial da possibilidade de modulação temporal da jurisprudência, ainda que não sumulada.

É bem verdade que a produção de enunciados da Súmula Vinculante, além de tímida, não tem sido realizada da melhor maneira possível, vide a questão das algemas constante do Enunciado nº 11 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Há, portanto, a necessidade de se observar quais os critérios suficientes para a modulação dos efeitos temporais da jurisprudência, sempre que se estabelece ou revisa uma tese jurídica, a fim de preservar a boa-fé e a segurança jurídica das relações já estabelecidas.

O tempo levado para que uma demanda possa alcançar seu resultado final ainda é uma das grandes preocupações em nosso sistema jurídico e, em determinadas hipóteses, é necessária a manutenção de situações jurídicas consolidadas pelo tempo, sob risco de causar graves prejuízos a uma das partes.

Desde a edição da Emenda Constitucional nº 45/04, com a inclusão do inciso LXXII ao art. 5º da Constituição Federal o ordenamento jurídico passou a reconhecer a razoável duração do processo como um direito fundamental.

As partes necessitam de segurança jurídica nas suas relações e não podem estar sujeitas à longa duração do processo e às intempéries de uma jurisprudência

efêmera que não seja capaz de solucionar, de modo equânime, os conflitos de interesse existentes na sociedade.

1 O PRECEDENTE NO DIREITO ESTRANGEIRO

1.1 – Origem histórica dos precedentes

A origem histórica dos precedentes tem como marco fundamental o sistema da *common law* na Inglaterra, berço da concepção jurisprudencial do Direito. Tal sistema apresentou os contornos básicos que serviram de parâmetros para outras ordens jurídicas, tratando-se de um sistema que tem origem há séculos, remontando o Direito das jurisdições reais inglesas.

A estrutura jurisdicional no Direito Inglês é composta por diversos níveis, tendo como a mais alta Corte a *House of Lords*, cuja competência se refere ao julgamento, em última instância, de todos os recursos cíveis e criminais das Cortes que compõem o Reino Unido, em especial da *Court of Appeal*.

Imediatamente após a *House of Lords* há no Direito inglês a *Court of Appeal*, órgão jurisdicional com competência para as causas cíveis e criminais das Cortes inferiores. Em comunhão com a *Crown Court* e a *High Court* constituem a Suprema Corte da Inglaterra.

Além destes órgãos o sistema judicial inglês é composto por diversas outras Cortes com competências específicas, muitas delas existentes há vários séculos.

A ideia da criação de um sistema de precedentes buscava levar a solução dos casos concretos ao raciocínio desenvolvido pelo juiz, não havendo um espírito de codificação abstrata de normas jurídicas. O respeito aos precedentes constituídos apresentava-se como um mecanismo capaz de assegurar a segurança jurídica, principalmente diante do desenvolvimento industrial e comercial que trazia consigo um complexo de relações jurídicas passíveis de controvérsia.

Entretanto, o sucesso do sistema de precedentes¹⁴ estaria condicionado ao necessário respeito dos juízes às decisões anteriores já prolatadas acerca do caso posto em análise. É assim, portanto, que surge o *stare decisis*, uma doutrina que preconiza o necessário respeito às decisões anteriores, quando as mesmas questões são postas em juízo¹⁵.

Tal doutrina, como aponta Neil Duxbury¹⁶, surge apenas no século XVIII, principalmente em razão da nova feição dada aos ritos de julgamento desde o século XVI. Durante os debates orais as partes passaram a não expor demasiados argumentos, passando a utilizá-los apenas após a prolação da decisão, como forma de embasar pretensões recursais. Some-se a este fato a existência de indivíduos que registravam o ocorrido nos julgamentos e as conclusões alcançadas pelos juízes para posterior divulgação, criando-se um veículo de disseminação da jurisprudência.

Diante desta realidade os juízes sentiram a necessidade de desenvolver uma atividade intelectual mais apurada na solução do litígio deixando de optar pela argumentação mais coerente apresentada pelos litigantes e passando a fundamentar mais suas decisões.

A eficácia vinculante do precedente é o dogma do sistema. Os magistrados tendem a encarar como mais segura a prática de reprodução de decisões anteriores, principalmente se emanadas de órgãos superiores¹⁷. Esse efeito não torna o juiz uma simples máquina reprodutora de decisões, pois muitas outras atividades são realizadas para o julgamento da causa. Quando o magistrado se depara diante de um caso idêntico ao do precedente, deve a esta ser emprestada força normativa que guiará a solução do caso concreto.

Surge, assim, a necessidade de se desenvolver técnicas de julgamento. O magistrado, no sistema da *common Law*, deveria conhecer os precedentes, pois dali é que emanava a norma jurídica, além de identificar, no caso concreto, qual precedente se

¹⁴ O precedente se constitui como fonte do Direito, assim como os costumes. (MORAES, Guilherme Peña. Súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 107-118, jan. / jun. 2007. p. 108.)

¹⁵ Não há, contudo, qualquer norma que determine a observância das decisões pretéritas, constituindo-se a vinculação como verdadeiro princípio do Direito na *common Law*. Trata-se de uma imposição que a Corte aplica a si mesma (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge university press, 2008. p. 116.)

¹⁶ *Ibid.* p. 25.

¹⁷ O prestígio do magistrado que desenvolveu a solução inserida no precedente também tem relevância da justificação do efeito vinculante, apesar de não ser uma característica que garanta a longevidade da decisão.

amoldava à situação jurídica apresentada. A atividade de identificação, ou melhor, revelação, é determinante nesse sistema.

Ao julgar, o magistrado deve interpretar os precedentes extraindo de suas razões o princípio ou regra jurídica que se amolda ao caso concreto e, após o cotejo dos fatos e das circunstâncias daquela demanda concluir pela aplicabilidade ou não do precedente invocado.

O precedente na *common Law* opera uma função dúplice, pois soluciona o caso concreto e estabelece o parâmetro a ser observado em casos futuros. Sua existência reside na garantia de igualdade de tratamento jurídico aos casos idênticos, a previsibilidade das decisões judiciais sobre os temas alvo de litígio, a economia na atividade jurisdicional e o respeito às decisões pretéritas, espelhando a experiência dos juízes antigos.

É claro que no próprio sistema há quem encare a função do magistrado sob duas perspectivas. Uma sob o prisma de uma atividade declaratória, entendendo-se que a norma inserta no precedente já existia e que coube ao juiz, através de edição do precedente, declará-la. A segunda sob o foco de um desempenho de atividade criativa do magistrado, onde o mesmo cria a regra de conduta a partir do seu precedente¹⁸. Daí o porquê de o Direito Inglês ser caracterizado como um sistema de *case Law*, onde a regra é formada a partir da solução de casos concretos.

Uma das conseqüências do sistema da *common Law* reside no fato de que fatores políticos e perspectivas sociais tendem a influenciar o julgamento das causas, principalmente as mais complexas. Os valores pessoais do Juiz passam a ser o norte da decisão, como pondera Richard Posner.¹⁹

Osmar Côrtes²⁰ faz referência à doutrina estrangeira, ponderando que o precedente revela a eficiência de um sistema, a continuidade da prestação jurisdicional através da reprodução de decisões anteriores, a legitimação das decisões através da reprodução de julgados anteriores sobre o mesmo tema e um atributo impositivo, pois permite a sequência lógica do sistema. A adesão ao precedente constitui uma técnica que pode revelar aspectos positivos e negativos.

¹⁸ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008. p. 121.

¹⁹ POSNER, Richard A. **The problems of jurisprudence**. Cambridge: Harvard university press, 1993. p. 148.

²⁰ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008. p. 114-115.

O sistema da *common Law* revela características díspares às do sistema da *civil Law*. Há uma grande preocupação com a identidade da demanda, independentemente das partes que integrem o litígio, cabendo ao juiz identificar qual precedente se amolda ao caso concreto.

Intenso debate doutrinário consiste na identificação de mecanismos ou consequências para os juízes que deixam de observar os precedentes. Não há um consenso acerca da possibilidade de punição dos magistrados, ponderando a doutrina que o desrespeito às decisões é uma prática muito isolada, haja vista a grave repercussão negativa gerada em desfavor do juiz. Quando o juiz deixa de observar o precedente, o faz pela técnica de distinção ou até mesmo de superação, fundamentando as razões pelas quais entende que a aquela preceito não deve ser aplicado.

Mas parece-nos que o grande sucesso do sistema *da common Law*, dada suas características e peculiaridades estará escorado na cultura do povo que o aplica. Em países em que os cidadãos possuem participação política ativa, senso coletivo e respeito às decisões judiciais o sistema de precedentes tende a ser exitoso, pois a população acaba obedecendo às soluções alcançadas nas decisões, não sendo necessário um esforço estatal de codificação de normas jurídicas, haja vista tratar-se de um papel ínsito ao precedente.

É claro que nem sempre o precedente será cognoscível por todos, apesar do objetivo do sistema prezar pela sua difusão no ordenamento²¹. Daí tornar-se necessário o amplo acesso das decisões dos tribunais, fato extremamente possível no dias atuais diante da infinidade de meios de comunicação²².

Entretanto, inobstante a forte tendência inglesa em respeitar a essência do sistema de precedentes não se pode negar a existência e o fortalecimento do *statute Law*. Observou-se no direito inglês uma aproximação da sistemática romano-germânica baseada na codificação, haja vista o grande influxo de normas e regulamentos administrativos de caráter abstrato o que, a princípio, colidiria com a característica

²¹ Há situações em que o Juiz não encontrará nenhum precedente a ser aplicado, estando pois, diante de uma controvérsia nova, ou como denominado no sistema da *common Law*, *cases of first impression*. Em tais casos, deve o Juiz decidir de acordo com velhas máximas, calcadas em: *Private justice, moral fitness and public convenience when applied to a new subject make common Law without a precedent*.

²² Neil Duxbury pondera que a não profusão do precedente na comunidade torna desvantajosa a situação processual das partes, pois plenamente possível que o advogado de uma parte invoque em julgamento um precedente desconhecido pelo advogado opositor, cuja referência pode se encontrar em nota de rodapé de determinado compêndio existente em poucas ou uma única biblioteca. (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge university press, 2008. p. 6)

principal do sistema, calcada na criação de normas a partir da solução de casos concretos.

A evolução da sociedade ocorre numa velocidade muito mais intensa do que a atividade jurisdicional o que leva o Estado a codificar abstratamente normas jurídicas para a composição de litígios. Assim, percebe-se um certo enfraquecimento do sistema de precedentes britânico. Neste ponto registra Osmar Côrtes²³ que a *House of Lords*, a partir da década 60 reconhece a sua não vinculação aos precedentes, reconhecendo apenas que as cortes inferiores estão sujeitas às soluções e fundamentos ditados pelos precedentes.

Esta realidade, todavia, não descaracteriza o Direito Inglês como um sistema eminentemente jurisprudencial. Percebe-se que nos países de tradição romano-germânica, em especial no Brasil, a conjuntura é a mesma, mas o caminho é em sentido oposto. Nosso sistema fundado no Direito codificado segue a tendência de incorporar características da *common Law*, a fim de racionalizar a atividade jurisdicional.

1.2 – A evolução do precedente no ordenamento jurídico norte-americano

Os Estados Unidos sofreram um processo histórico de constituição baseado na colonização inglesa, diante do grande influxo de ingleses imigrados para as colônias e uma considerável quantidade de colonos que teve sua educação em Londres. Tal influência, somada ao desenvolvimento de Escolas de Direito a partir do século XIX, levou a nova nação a adotar o modelo da *common Law*.

Conforme narra Osmar Côrtes²⁴ a adoção do sistema inglês não era absoluta, posto que os americanos não seguiam os ditames das Cortes Reais da Inglaterra, mas apenas as concepções trazidas pelos colonizadores, caracterizando assim um sistema arraigado em costumes locais, somados a particularismos regionais.

²³ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008. p. 125.

²⁴ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008. p. 128.

Com o passar do tempo a nação colonizadora impôs sua hierarquia ao território colonizado, principalmente a partir do século XVIII em razão da criação de instâncias recursais inglesas e Cortes coloniais, cujo insucesso foi notório. A independência norte-americana acabou por romper o laço de dependência com a colônia, pondo em dúvida, todavia, qual seria o sistema jurídico a ser adotado pela nova nação independente.

Surge então um sistema calcado nas bases inglesas, mas com características próprias dos Estados Unidos – uma reação à Inglaterra, moldada a partir da realidade política, econômica e social daquela nova nação. A Constituição de 1787 acaba por criar uma nação soberana calcada sob um sistema federalista.

Como decorrência lógica da independência os Estados Unidos iniciam um processo de organização política e administrativa, pondo em prática todo o texto da recém editada Constituição.

Assim, surge a divisão do Judiciário norte-americano em diversas Cortes com competências distintas, existindo no ápice do sistema a *Supreme Court*²⁵, por força de expressa previsão constitucional.

Oportuno observar que a evolução do direito norte-americano, apesar de ter sido precedida pelo movimento de independência, não impediu a adoção de um modelo com as principais características do Direito Inglês, a exemplo da observância ao primado do *stare decisis*.

É verdade que a existência de uma Constituição escrita, irrigada por diversos princípios traz contornos distintos no sistema norte-americano. Os tribunais passam a desempenhar um método de interpretação próprio, onde a verificação do precedente deve ser realizada em conjunto com a aplicação das normas constitucionais.

Não é por outra razão que a doutrina tende a afirmar que a influência do *statute Law* é muito mais intensa no direito norte-americano. Aliado a esta tendência, a adoção do sistema federativo contribuiu para a adoção de realidades distintas em cada Estado integrante da Federação.

²⁵ Como bem observa Patricia Perrone a criação do modelo estatal norte-americano, acarretou um largo desenvolvimento constitucional, incorporando princípios como a supremacia da Constituição e o controle da constitucionalidade das leis, este último, originário do emblemático caso *Marbury v. Madison*. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 35).

Osmar Côrtes²⁶ aponta que a complexidade do sistema norte-americano, dada sua formação tão singular, trouxe uma preocupação quanto ao respeito aos precedentes, principalmente diante da possibilidade de sua superação. Neste contexto, como mecanismo capaz de preservar a segurança jurídica das relações os tribunais americanos passaram a adotar a técnica de *prospective overruling*, permitindo que a nova decisão seja aplicada apenas em casos futuros, como será melhor explicado mais adiante.

1.3 – Características do precedente

O ordenamento jurídico norte-americano tem sua base no sistema da *common law*, originário dos países de língua inglesa que tinha suas decisões proferidas pelas jurisdições das Cortes do Rei²⁷.

Neste sistema prestigia-se o *stare decisis*, ou seja, o respeito às decisões judiciais anteriores, mais especificamente a *ratio decidendi* – princípio de direito explícito ou implícito levado em consideração pelo Juiz no fundamento de sua decisão em relação aos fatos relevantes. O motivo determinante que deu ensejo à constituição do precedente, quando outro caso idêntico é posto diante do juiz deve ser reproduzido, garantindo-se a segurança das relações jurídicas e a confiança nas decisões judiciais.

Leonardo Greco²⁸, ao revisitar fontes estrangeiras destaca a contraposição entre os sistemas da *common law* e *civil Law*, traçando suas principais distinções.

²⁶ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. Súmula vinculante e segurança jurídica. São Paulo: RT, 2008. p. 134.

²⁷ Ibid. p. 107.

²⁸ “Na *civil law*, que é o nosso sistema jurídico, a jurisdição tem sido estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito objetivo, e por isso a administração da justiça adota o que Damaska denominou de modelo hierárquico, centralizador. Nesse sistema, os juízes são considerados boca da lei, expressão usada por Montesquieu para justificar a idéia de que os poderes dos juízes decorrem da lei e à lei devem estar sempre subordinados. É imperioso que os juízes inferiores estejam rigidamente controlados pelos tribunais superiores para que se mantenham fiéis a essa missão de serem o instrumento de cumprimento da lei. Já no modelo de administração da justiça dos países da *common law*, a função da justiça é, de modo preponderante, a de pacificação dos litigantes. A paz social na *civil law* é um objeto remoto. Já na *common law*, a paz entre os litigantes, a re-harmonização e a reconciliação são os seus objetivos diretos, imediatos. Na *common law*, pouco importa se a pacificação dos litigantes vai dar-se à luz da lei ou de outro critério qualquer que seja mais adequado ao caso concreto. O importante é harmonizar os litigantes. Isso porque a justiça da *common law* tem um profundo enraizamento na vida da comunidade e tem por função primordial preservar a coesão e a solidariedade entre os seus membros, interdependentes entre si.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2).

A doutrina aponta que o precedente não tem como característica a necessidade de fundamentação. Isto porque, como visto anteriormente, a motivação das decisões adveio da nova estrutura dos julgamentos, que exigiram uma atividade intelectual maior do Juiz. Seria plenamente possível que um tribunal decidisse acerca de determinado caso concreto sem expor adequada fundamentação. Todavia, a ausência de motivação enfraqueceria o precedente ali constituído, até porque as próprias partes teriam dúvidas acerca da validade daquela decisão, tendo em vista a inviabilidade de compreenderem a solução alcançada pelo tribunal para o término do litígio. Modernamente, a decisão sem fundamentação sequer seria encarada como um precedente, como observa Duxbury²⁹.

A razão principal do julgado, a *ratio decidendi*³⁰, é a que vincula aos casos futuros, devendo ser respeitada. A decisão também se compõe de *obiter dictum*³¹, ditos de passagem que sustentam os argumentos principais da decisão, mas não operam eficácia vinculante aos casos subseqüentes. Pondera, todavia, a doutrina ser usual no sistema da *common Law* que o *obiter dictum* proveniente de um juiz antigo sirva de argumentação para casos futuros³². É dizer, o *obiter dictum*, apesar de não dotado de eficácia vinculante goza de eficácia persuasiva.

Além disso, é possível que a fundamentação do julgado possa ser composta de mais de uma *ratio*, ou melhor, *rationes*, além de diversos *obiter dictum*, ou até mesmo de nenhum. Daí, ser compreensível o porquê de a *ratio decidendi* e *obiter dictum* não serem encarados como a fundamentação em si própria, mas sim como elementos que a integram³³.

²⁹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge university press, 2008. p. 65-66.)

³⁰ “The *ratio decidendi* is best approached by a consideration of the structure of a typical judgement... It consists of a review of facts and arguments and a discussion of relevant questions of law.” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 39).

³¹ “... an *obiter dictum* means a statement by the way, and the probabilities are that such statement has received less serious consideration than that devoted to a proposition of law put forward as a reason for the decision. It is not even every proposition of this nature that forms part of the *ratio decidendi*.” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 41).

³² “Il valore, sai pure solo persuasivo, dei dicta è estremamente variabile, dipendendo dalla posizione del giudice autore della sentenza, dalle circostanze in cui furono pronunciati e dal grado di ponderazione e di riflessione con cui furono espressi. Gli *obiter dicta* della House of Lords, come quelli della Corte Suprema nord-americana, possono avere una notevole influenza sulle future decisioni delle medesime Corti e normalmente sono dotati di una elevatissima capacità persuasiva per i giudici inferiori, così che in fatto non sarà facile distinguerli, anche sotto l'aspetto della loro efficacia, dalle vere e proprie *rationes decidendi*.” (ANZON, Adele. **Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi: l'esperienza italiana Allá luce di um' analisi comparata sul regime del richterrecht**. Milano: Giuffrè, 1995. P. 28-29).

³³ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge university press, 2008.p. 67.)

Talvez a grande dificuldade do sistema resida justamente na técnica de revelação do *obiter dictum* e da *ratio decidendi* da decisão judicial, pois raras são as vezes em que é possível identificá-las na decisão de imediato. A elaboração da própria decisão judicial também pressupõe que o Juiz seja claro ao demonstrar seu fundamento principal e os argumentos de reforço. A grande tarefa reside justamente em se evitar que o *obiter* e a *ratio* não se misturem, permitindo a construção de uma argumentação coerente.

Em certos casos o intérprete se depara com precedentes despidos de um mínimo de fundamentação como relatam Cross e Harris, o que, por óbvio, dificultam a identificação da *ratio decidendi* do precedente³⁴. Em muitas decisões é comum encontrar um mero relato dos fatos e a conclusão do julgamento comunicando apenas o vencedor da demanda, sem que haja qualquer referência as argumentações e fundamentos utilizados no julgamento da causa³⁵.

Os doutrinadores ingleses registram que o hábito de fundamentar as decisões só é encontrado nas Cortes superiores e que as decisões não fundamentadas sequer são publicadas nos veículos de difusão, inobstante já haver uma estatística que reporta o número de decisões sem motivação.

Ao analisar um precedente³⁶ para a solução do caso concreto, o Juiz pode adotar como fundamentação o *obiter* de algum julgado, refutando a *ratio* de algum outro³⁷. Nesse contexto, estaremos diante de uma situação em que o *obiter dictum* de uma decisão passa a ser a *ratio decidendi* de outra e vice-versa.

Em um órgão colegiado a questão da revelação dos elementos da fundamentação da decisão também pode complicar o trabalho de interpretação do

³⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 47.

³⁵ Cross e Harris, contudo, argumentam ser possível identificar a *ratio decidendi* de tais precedentes, a partir dos fatos narrados e da conclusão do caso concreto, como vemos: “*It would be a mistake to assume that such decisions necessary lack a ratio decidendi which enables them to be cited as a precedent, for a proposition of Law on which they must have been based may be inferred with more or less confidence from the facts coupled with the conclusion. The derivation of a proposition of law from the facts of a case coupled with the order made by the court after taking account of those facts is an important feature of discussions concerning the ratio decidendi. For this purpose the order of the court must be treated as the conclusion of a syllogism of which the facts on which that order was based constitute the minor premiss and the proposition alleged to be the ratio decidendi is the major premiss.*” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 47).

³⁶ A função do precedente no sistema da *common Law* é a de solucionar conflitos, servir como argumentação, estabelecer padrão de comportamento e educar às pessoas, e traçar parâmetros as cortes inferiores e órgãos públicos, facilitar o diálogo das normas constitucionais, moldar a estrutura da Constituição, traçar uma identidade nacional, implementar valores constitucionais. (GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford university press, 2008. p. 147).

³⁷ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge university press, 2008. p. 69.)

precedente. Principalmente se adotados pontos de vista distintos por parte dos julgadores.

A interpretação da decisão que constitui o precedente guarda extrema importância³⁸, principalmente em razão da maleabilidade do sistema judicial da *common Law*. A *ratio* revela-se como a opinião do Juiz acerca da solução do caso concreto, a luz da interpretação dos elementos existentes no ordenamento jurídico.

Adotado em diversos países como Inglaterra e Estados Unidos, é de se reconhecer que cada um destes países apresenta peculiaridades em seus sistemas. Veja o exemplo do direito norte-americano que, a partir das normas da Constituição que sofrem a interpretação da Suprema Corte e o *statute law* tendem a flexibilizar a figura do precedente no ordenamento jurídico, eis que há uma maior tendência à codificação, o que não é tão latente no Direito inglês.

Nos Estados Unidos o sistema de precedentes como ora se destaca, é mais flexibilizado, não obstante a própria Suprema Corte reconhecer a aplicação obrigatória do *stare decisis*³⁹ que encontra fontes nas normas e nas decisões dos tribunais.

Nesse ponto, destaca Michele Taruffo que o próprio precedente nem sempre é dotado de caráter vinculante⁴⁰, a exemplo de situações em que se apresenta como *defeasibly binding*, cuja adoção ocorrerá salvo se não houver alguma outra razão que determine a sua não aplicação ou em casos de *weakly binding* em que há uma mera expectativa de aplicação do precedente⁴¹, o que apenas ratifica a afirmação de que o Direito norte-americano não se apresenta tão rígido quanto o Direito Inglês.

A doutrina realiza a distinção entre o *persuasive precedent* e o *binding precedent*⁴². O primeiro, por não ser dotado de eficácia vinculante pode ou não ser aplicado em casos futuros, enquanto que o segundo é dotado de força obrigatória, só

³⁸ A doutrina italiana registra a grande dificuldade daquele sistema jurídico em se interpretar as sentenças como precedentes judiciais, principalmente pelo fato de como as decisões são elaboradas. Também observa a ausência de um hábito dos profissionais do Direito em conhecer a jurisprudência dos tribunais, inobstante o surgimento de instrumentos de difusão dos julgados. (GORLA, Gino. *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi di informazione*. In: VISINTINI, Giovanna. **Metodologia nello studio della giurisprudenza civil e commerciale**. Milano: Giuffrè. 1999. p. 59-81.)

³⁹ CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008. p. 132.

⁴⁰ Há, entretanto, que se registrar a existência do “*super precedent*”, um precedente que já está consagrado no ordenamento jurídico e que se torna imune a uma superação. (GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford university press, 2008. p. 177).

⁴¹ TARUFFO, Michele. “*Dimensioni del precedente giudiziario*”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, 1994, p.411 e ss., p. 428.

⁴² “*The statutes and rationes decidendi have to be followed, but persuasive precedents, obiter dicta and the general principles or standards which have guided judges in past, have to be considered*” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 33).

podendo não ser aplicado se houver sua revisão ou se a hipótese enfrentada não se amoldar aos casos que deu ensejo a criação daquele precedente.

É de curial importância ter em mente que no Direito Inglês, o respeito ao *stare decisis* é pedra sagrada⁴³, reconhecendo-se que uma vez constituída a solução para aquela demanda através do precedente, não mais se admite a discussão a respeito daquele caso, devendo a decisão ser respeitada e adotada nos casos seguintes, os *clear cases*.

A criação do precedente pressupõe a análise de um caso inédito⁴⁴, um *hard case*, onde caberá ao magistrado ditar o direito em tese aplicável ao caso concreto, constituindo-se assim um precedente que será utilizado em casos futuros.

No sistema norte-americano é comum, em determinados casos, que se promova um reexame do precedente invocado à luz das peculiaridades da matéria que envolve a lide. Trata-se de um trabalho dos advogados e, principalmente, dos magistrados que analisam as diferenças fáticas capazes de afastar a aplicação do precedente naquele caso concreto. Em outras palavras, é possível que a Corte deixe de invocar o precedente em determinado caso à luz das circunstâncias fáticas que se apresentam no precedente e diferem do caso em exame trazido a julgamento.

Basicamente aplicar-se-á a técnica de *distinguish* sempre que houver conflito de normas que derivam de outros precedentes vinculantes; quando o precedente vinculante estiver baseado em erro, o que implicará a redução das hipóteses de incidência do precedente; nos casos em que o próprio tribunal asseverar que não se trata de hipótese de incidência do precedente, através da limitação da regra instituída; e nas situações em que haja particularidades fáticas que impeçam a adoção do precedente, por exigir-se um exame diferenciado.

Como ponto de partida, ao analisar o precedente caberá ao juiz identificar a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*⁴⁵ da decisão e os fatos relevantes e irrelevantes que

⁴³ SILVA, Celso Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 151.

⁴⁴ Observa Fredie Didier Jr. que o magistrado pode deixar de observar um precedente ou uma legislação relacionada ao caso, ponderando: “*Pode ocorrer, contudo, que o magistrado ou tribunal, ao decidir o caso em julgamento, ignore um precedente obrigatório ou uma lei relacionada ao caso. Tem-se, então, em casos tais, a chamada decisão per incuriam. Para que assim se caracterize, é necessário demonstrar-se que, tendo conhecimento do precedente ou da lei ignorados, o magistrado ou tribunal chegaria a um resultado diverso daquele lançado.*” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. Vol. II. p. 394-395.)

⁴⁵ Rupert Cross e J. W. Harris referem-se às definições dos Professores Patterson e Goodhart do conceito de *obiter dictum*. Para Patterson trata-se de uma afirmação que, por lógica, não poderia ser a premissa maior dos fatos ponderados pela decisão. Já Goodhart encara o *dictum* como uma conclusão baseada em fato cuja existência não foi

orbitaram em torno da causa. Após, será necessária a realização do confronto entre o caso concreto em julgamento e a situação analisada pelo precedente, a fim de se constatar as diferenças ou semelhanças.

O foco central da técnica do *distinguishing* deve centrar a *ratio decidendi* do precedente confrontado como divergente da situação em concreto analisada pelo Judiciário. Após tal análise o juiz pode concluir que aquela situação se difere do precedente e permite a livre apreciação do caso sem vinculação⁴⁶ ou utilizar a solução do precedente⁴⁷ ainda que as circunstâncias do caso sejam distintas, por entender que naquela situação a *ratio decidendi*⁴⁸ também é aplicável.

É verdade que nem sempre a razão principal do precedente será a chave para a realização do confronto entre o caso piloto e a demanda em julgamento. Modernamente, como destaca a doutrina, a técnica de distinção não se opera apenas pela análise do precedente, mas também pela análise das decisões posteriores que o interpretaram e conseqüentemente adotaram sua conclusão. Assim, a função das partes do processo é dotada de muito maior relevância, pois cabe a elas interpretar aquele caso concreto não apenas a partir do precedente, mas também com base em decisões posteriores que o aplicaram ou o distinguiram, trazendo ao debate os fundamentos de tais decisões.

A vinculação ao precedente apesar de ser uma imposição do sistema, não é de todo absoluta. Pode o juiz negar a aplicação do julgado através de técnicas próprias, onde ocorra a superação do precedente judicial, seja por meio do *overruling* e do *overriding*.

Quando o juiz da *common Law* supera um precedente o mesmo nada mais faz do que reconhecer que aqueles fatos idênticos necessitam de uma nova solução jurídica. Entretanto, a técnica de *overruling* se reveste de inúmeras cautelas, pois a

alvo de exame pela Corte. (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.p. 76).

⁴⁶ É o que a doutrina denomina *restrictive distinguishing*. (DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. Vol. II. p. 393.)

⁴⁷ Neste ponto, a teoria do precedente classifica como *ampliative distinguishing*. (Ibid. p. 393).

⁴⁸ “*The ratio decidendi of a case is any rule of Law expressly or impliedly treated by the judges as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury...*”

The claim that ratio decidendi describes the rule first laid down by the deciding court is compatible with the recognition that subsequent courts, even those bound within the rules of precedent to follow the decision, have a residual power to restrict the scope of the rule. This power has been called by Professor Raz a power to distinguish ‘in the strong sense’, as distinct from weak sense of distinguishing where a ratio is simply held not to apply to the facts in question; and it has been called by Professor MacCormick a power to revise the original ratio.” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 72-74).

possibilidade irrestrita de superação de precedentes iria de encontro com a própria doutrina do *stare decisis*. Por essa razão é que Neil Duxbury⁴⁹ aponta que o juiz, ao superar um precedente, o faz apenas quando houver relevantes razões, mediante decisão fundamentada.

Toda esta cautela advém do fato de que há uma enorme margem de discricionariedade conferida ao Juiz, quando supera um precedente. Não há nenhum freio ou guia que obrigue a Corte a tomar determinado rumo ao estabelecer a nova regra jurídica. Entretanto, inobstante a liberdade conferida a Corte, a necessidade fundamentação torna-se imperiosa, principalmente diante do dever de refutar todo o raciocínio do precedente antigo, através de uma argumentação sólida e consistente.

É conveniente observar que o grau de hierarquia do tribunal ao qual edita o precedente e o do que pretende superá-lo tem muita relevância, principalmente pelo fato de se reconhecer que a corte originária errou ao adotar aquela solução jurídica. Quando a superação pressupõe uma decisão proferida pelo mesmo órgão ou por órgão de igual hierarquia, a prolação da decisão é muito mais delicada do que se estivéssemos diante de um precedente emanado de um órgão de hierarquia inferior. A Corte exige das partes a demonstração de que o precedente é claramente equivocado e que há a necessidade de adoção de uma nova tese jurídica.

É possível que se demonstre que a adoção de uma nova solução para o caso concreto acarrete um amadurecimento da norma existente por trás do precedente, ou que a alteração não confronte as legítimas expectativas dos cidadãos que sempre acreditaram no precedente.

Neste ponto, reconhece a doutrina que a superação do precedente acarreta significativas conseqüências no ordenamento: os órgãos públicos e os cidadãos terão que investir para a compreensão da nova decisão e até mesmo para litigar em juízo e buscar aclarar ou adaptar o novo precedente às situações jurídicas consolidadas.

Nem sempre a superação do precedente no direito norte-americano ocorre de forma expressa, havendo, como define Michael J. Gerhardt⁵⁰, “*overrulings sub silentio*”, quando o tribunal não utiliza fundamentação suficientes para embasar a seu novo entendimento. Como conseqüência da ausência de motivação o novo precedente ingressa no ordenamento com pouca força, não ostentando a devida vinculação. Aliás, é muito comum, em hipóteses de *overruling sub silentio*, que os intérpretes o confundam

⁴⁹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge university press, 2008. p. 117.

⁵⁰ GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford university press, 2008. p. 35.

com a técnica de *distinguishing*⁵¹.

Os institutos em destaque distinguem-se em relações aos efeitos acarretados aos precedentes. Através do *overruling* há a superação integral do precedente, enquanto que no *overriding* há a superação parcial, onde o tribunal limita a aplicação do precedente. É claro que no sistema da *common law* a existência destes dois institutos demonstra que o tribunal que firma o precedente não está a ele vinculado, podendo superá-lo, desde que apresentados novos argumentos.

É claro que a superação do precedente pressupõe uma maior fundamentação da decisão, cotejando novos argumentos até então não apreciados, bem como demonstrando a fragilidade dos outros fundamentos que sustentavam o precedente.

Patricia Perrone⁵² enumera os motivos capazes de justificar o *overruling*:

(a) a desfiguração do precedente por distinções arbitrárias, efetuadas pelos juízes vinculados como uma forma de insubordinação tácita/velada contra a aplicação de um precedente (normalmente por perceberem o precedente como injusto ou incorreto); (b) precedentes inexecutáveis na prática porque a regra não é capaz de oferecer uma orientação segura, a exemplo do que ocorre caso se utilizem na formulação da regra vinculante conceitos vagos sem o estabelecimento de pautas suficientes à sua determinação; (c) a compreensão atual do precedente como injusto/incorreto, inclusive em virtude de alterações culturais, políticas, sociais, econômicas ou tecnológicas; (d) superveniência de lei em sentido contrário; (e) uma alteração da “filosofia jurídica” da corte vinculante.

A doutrina ainda destaca a existência de formas intermediárias de decisão, materializadas através do *prospective overruling* e do *signaling*. No primeiro instituto a Corte aplica o precedente, mas afirma que a partir de eventos ocorridos em determinada data, fixada pela própria decisão, o precedente antigo não será aplicável aos casos análogos, tendo em vista a sua superação, como se ocorresse uma verdadeira modulação nos efeitos do precedente. Já através do *signaling* a Corte, quando da apreciação do caso concreto, demonstra a intenção de alterar o precedente, o que leva ao jurisdicionado a não mais depositar a confiança naquele precedente, tendo em vista a sua iminente superação.

Os mecanismos de *overruling* e *overriding* são simples e algumas de suas hipóteses se assemelham ao que o legislador pretendeu estabelecer no art. 5º da Lei nº 11.417/06, no que tange à possibilidade de cancelamento do enunciado em virtude de

⁵¹ A doutrina norte-americana aponta que a grande incidência de julgados que operam a técnica de *distinguishing* em relação a determinado precedente tende a enfraquecê-lo, ou até mesmo levar a sua superação, pois a regra ali estabelecida passa a não a ser observada por inúmeros motivos, expostos em outros casos em que se operou a distinção (Ibid. p. 37).

⁵² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, nº 241, p. 177-208. jul. / set. 2005. p. 188.

alteração do paradigma legislativo. A jurisprudência estática não pode ser característica do sistema sumular brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, que vem desempenhando papel cada vez mais relevante na sociedade, deve ser sensível às possíveis necessidades de alteração de seus verbetes.

É importante considerar que a hierarquia do órgão jurisdicional também é relevante na imposição do efeito vinculante. Isto porque, o órgão inferior está obrigado a observar o precedente emanado do órgão hierarquicamente superior, enquanto que a recíproca não é verdadeira.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL

2.1 - O controle difuso e concentrado de constitucionalidade e o art. 27 da Lei nº 9.868/98 – o primeiro passo da modulação

O tema escolhido apresenta relevância e pertinência a medida que o objeto de estudo não apresenta soluções e proposições concretas na doutrina, sendo certo que o direito estrangeiro é muito avançado em relação a modulação temporal dos efeitos da jurisprudência.

A importação e incorporação dos institutos existentes em outros ordenamentos jurídicos será de fundamental importância como forma de preservar a boa fé e a segurança jurídica nas relações. É bem verdade que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta suas particularidades surgindo, então, a necessidade de se compatibilizar os institutos à realidade de nossa ordem jurídica.

A insegurança jurídica ocasionada pela alteração da jurisprudência merece maior reflexão por parte dos tribunais, sendo certo que o presente estudo pretenderá, justamente, a apresentação de propostas de solução a luz de critérios existentes em nossa legislação, como forma de manter a transparência de nossa tese, evitando-se os casuísmos que ocorrem na praxe dos tribunais.

A possibilidade de modulação temporal no controle de constitucionalidade é recente, pois regulamentada pela Lei nº 9.868/99, sendo certo que há Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra o art. 27 da referida lei, que trata da modulação temporal. Nesta mesma esteira, a Lei nº 11.417/06, prevê a modulação temporal no enunciado da Súmula Vinculante, ao que se observa do art. 4º do referido diploma⁵³.

⁵³ No modelo austríaco a decisão proferida em sede de controle de ilegitimidade de norma jurídica com a Constituição pode sofrer um retardamento em sua aplicação por período não superior a um ano. (LUCIANI, Massimo. La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: Primi spunti per una discussione

Todavia, não podemos deixar de reconhecer que a doutrina e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm reconhecido, ainda que timidamente, a possibilidade de extensão da modulação temporal ao controle difuso de constitucionalidade, como se observa dos seguintes precedentes: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA; AG. REG. NO AI N. 421.354-RJ. Rel. Min. CELSO DE MELLO.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal vem caminhando a passos largos admitindo, até mesmo, a abstrativização das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade⁵⁴.

Trata-se, entretanto, de complexa discussão que envolve toda a teoria geral do controle de constitucionalidade e, até mesmo, dispositivos da Constituição Federal que regulamentam os efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade e os mecanismos que permitem conferir eficácia *erga omnes* às referidas decisões.⁵⁵

Sendo a decisão no controle concentrado de inconstitucionalidade de cunho declaratório, o reconhecimento da nulidade do dispositivo legal impõe a eficácia *ex tunc* de seus efeitos, devendo a inconstitucionalidade retroagir ao momento da entrada em vigor da lei viciada, desfazendo todas as relações jurídicas existentes durante o período em que a lei operou seus efeitos.

Aquí, entretanto, resta necessária a seguinte ressalva. Tanto no controle concentrado como no controle difuso o reconhecimento da inconstitucionalidade opera efeitos *ex tunc*. Contudo, o efeito *ex tunc* do controle difuso resume-se apenas às partes da relação processual, pois naquele caso concreto foi reconhecida a inconstitucionalidade. Daí se reconhecer que reconhecida⁵⁶ a inconstitucionalidade no controle difuso, sua eficácia poderá ter caráter *erga omnes*, mas com efeito *ex nunc*,

sulla corte costituzionale degli anni novanta. In: CATTARINO, Giovanni. **Effeti temporali delle sentenze della corte costituzionale anche com riferimento alle esperienze straniere**. Milano: Giuffrè. 1989. p .105-115).

⁵⁴ Fredie Didier Jr. encara a “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade como exemplo de vinculação aos precedentes judiciais no Brasil (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. Vol. II. p .389).

⁵⁵ Maurício Ramires pondera que o STF também deveria reconhecer a abstrativização das decisões que declaram a nulidade parcial sem redução de texto ou a interpretação conforme – também facetas do controle de constitucionalidade. (RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p . 86).

⁵⁶ No controle difuso não se declara a inconstitucionalidade, mas apenas se reconhece, visto que o objeto do processo não é a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, mas tão-somente matéria prejudicial, não integrando o dispositivo da decisão, mas apenas constando da fundamentação.

visto que dependente da necessária suspensão da execução operada pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X da Constituição Federal⁵⁷.

Há, em verdade, quem sustente na doutrina que a declaração de inconstitucionalidade implicaria em mera anulabilidade⁵⁸ do dispositivo legal, admitindo, portanto, que os efeitos da decisão só teriam aplicabilidade dali para frente.

Esta é a teoria. A prática, todavia, permite ao magistrado constatar que a declaração de inconstitucionalidade das leis e o conseqüente desfazimento das relações existentes acarretaria mais prejuízos do que se a lei permanecesse em vigor. Daí emerge a necessidade de se regulamentar as situações consolidadas pelo tempo, cabendo ao magistrado, no caso, o Supremo Tribunal Federal, modular os efeitos de sua decisão, estabelecendo um marco inicial a partir do qual a inconstitucionalidade operará seus efeitos, permitindo a salvaguarda das relações jurídicas existentes⁵⁹.

⁵⁷Para maior compreensão, conferir: MORAES, Guilherme Peña. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 166.

⁵⁸ Neste sentido, conferir: KELSEN. Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 293.; FERRARI, Regina Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. São Paulo: RT, 1999, p. 275.

⁵⁹ O Supremo Tribunal Federal já admite até que a modulação temporal seja realizada por meio dos Embargos de Declaração, conforme se denota do aresto:

“Embargos de Declaração e Modulação de Efeitos - O Tribunal iniciou julgamento de embargos de declaração opostos de acórdão proferido em ação direta que concluíra pela procedência do pedido formulado pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade da Lei distrital 3.642/2005, que dispõe sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal — v. Informativo 542. O Min. Dias Toffoli, relator, deu provimento aos embargos de declaração para esclarecer que o acórdão embargado tem eficácia a partir da data de sua publicação, ocorrida em 21.8.2009, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Cezar Peluso. Reconheceu, de início, a jurisprudência da Corte, no sentido de inadmitir embargos de declaração para fins de modulação de efeitos, sem que tenha havido pedido nesse sentido antes do julgamento da ação. Entendeu que, no caso, entretanto, a declaração não deveria ser retroativa, por estarem configurados os requisitos exigidos pela Lei 9.868/99 para a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em conta a necessidade de preservação de situações jurídicas formadas com base na lei distrital. Mencionou, no ponto, que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* acarretaria, dentre outros, a nulidade de todos os atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional, possibilitando que policiais civis que cometeram infrações gravíssimas, puníveis inclusive com a demissão, fossem reintegrados. Em divergência, o Min. Marco Aurélio, por não vislumbrar nenhum dos pressupostos de embargabilidade, desproveu os embargos declaratórios, no que acompanhado pelo Min. Celso de Mello. Após, o Tribunal, apreciando questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio, no sentido de ser proclamada a rejeição da modulação dos efeitos por não se ter alcançado, nesta assentada, o quórum a que alude o art. 27 da Lei 9.868/99, deliberou suspender o julgamento para colher os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. ADI 3601 ED/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 17.6.2010. (ADI-3601)

Embargos de Declaração e Modulação de Efeitos - 2

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, acolheu embargos de declaração para modular os efeitos de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Esclareceu-se que o acórdão embargado tem eficácia a partir da data de sua publicação (21.8.2009). Na espécie, o Supremo declarou a inconstitucionalidade da Lei distrital 3.642/2005, que dispõe sobre a Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal — v. Informativos 542 e 591. Reconheceu-se, de início, a jurisprudência da Corte, no sentido de inadmitir embargos de declaração para fins de modulação de efeitos, sem que tenha havido pedido nesse sentido antes do julgamento da ação. Entendeu-se que, no caso, entretanto, a declaração não deveria ser retroativa, por estarem configurados os

Em cauteloso estudo, Daniel Marchionatti Barbosa⁶⁰ analisa diversos julgamentos em que o STF optou pela eficácia prospectiva da decisão de inconstitucionalidade, realizadas tanto em sede de controle difuso quanto em sede de controle concentrado.

Destaca o articulista, após análise das decisões proferidas pelo STF, que em muitos dos casos o tribunal não empregou nenhuma técnica para avaliação da necessidade de modulação. Nos casos analisados o STF deixou de ponderar os princípios que norteavam o caso concreto, na forma do art. 27 da Lei nº 9.868/99⁶¹.

Observa-se, portanto, que a interpretação hermética do art. 27 da Lei nº 9.868/99 não mais prevalece na jurisprudência do STF. Deste modo, nos parece razoável admitir que o art. 4º da Lei nº 11.417/06 seja o ponto de partida para o reconhecimento da modulação temporal da orientação jurisprudencial e tal será o objetivo de nosso estudo.

O Prof. Luís Roberto Barrosos elenca quatro hipóteses em que se admite a modulação dos efeitos de decisão. A primeira delas se refere ao próprio art. 27 da Lei nº 9.868/99 quando das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade. O festejado doutrinador aponta também a declaração incidental de inconstitucionalidade⁶² e a declaração da constitucionalidade de lei em abstrato, estas duas últimas sem previsão legal. Por fim a própria mudança de jurisprudência é apontada como hipótese alvo de modulação, o que efetivamente teria ocorrido em concreto com a decisão que tratou da fidelidade partidária, bem como quanto a

requisitos exigidos pela Lei 9.868/99 para a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tendo em conta a necessidade de preservação de situações jurídicas formadas com base na lei distrital. Mencionou-se, no ponto, que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* acarretaria, dentre outros, a nulidade de todos os atos praticados pela Comissão Permanente de Disciplina da Polícia Civil do Distrito Federal, durante os quatro anos de aplicação da lei declarada inconstitucional, possibilitando que policiais civis que cometeram infrações gravíssimas, puníveis inclusive com a demissão, fossem reintegrados. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello que não acolhiam os declaratórios, por não vislumbrar os pressupostos de embargabilidade, e rejeitavam a modulação dos efeitos. ADI 3601 ED/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 9.9.2010. (ADI-3601)”

⁶⁰ BARBOSA, Daniel Marchionatti. Quando o STF opta pela eficácia prospectiva das decisões de inconstitucionalidade. **Revista CEJ**, Brasília, ano XII, n. 43, p. 4-11, out/dez. 2008.

⁶¹ A doutrina italiana, ao analisar a questão atinente aos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade pondera que toda a modulação deve ser precedida de motivação adequada. (PANUNZIO, Sérgio. Inconstituzionalità sopravvenuta, inconstituzionalità progressiva ed effetti temporali delle sentenze della corte costituzionale. In: CATTARINO, Giovanni. **Effetti temporali delle sentenze della corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere**. Milano: Giuffrè. 1989. P. 273-285).

⁶² Neste ponto, podemos indicar a decisão que declarou a inconstitucionalidade de vedação à progressão de regime nos crimes hediondos (STF – HC 82959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio). Registre-se ainda que o próprio STF pretendeu dar nova interpretação ao art. 52, X da Constituição Federal para entender que a comunicação feita pelo Senado teria natureza de mera publicidade da decisão prolatada no controle difuso e que a declaração de inconstitucionalidade deveria ter efeito *erga omnes*.

definição da nova competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ações acidentárias.

Através da técnica de restrição temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade o órgão jurisdicional, observado o interesse social e a segurança jurídica pode fixar termo inicial para a produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, declarando que as situações ocorridas anteriormente ao referido termo não são alcançadas pelos efeitos da decisão, como pondera Guilherme Peña de Moraes⁶³.

Percebe-se que os tribunais superiores modulam temporalmente sua jurisprudência sem qualquer critério científico ou legal, adotando-se casuísmos que, ao invés de contribuir para a segurança jurídica, apenas desregulam o ordenamento jurídico.

A ausência de critérios objetivos para a modulação temporal da jurisprudência torna-se imperiosa, para se alcançar soluções às questões intertemporais, cabendo aos tribunais verificar a pertinência da questão com base na quantidade de feitos que envolvam a controvérsia, o interesse público que reveste a questão; invocando-se analogicamente os critérios de relevância e transcendência utilizados para o reconhecimento da repercussão geral, conforme previsto no Código de Processo Civil (Lei nº 11.418/06); ou até mesmo nos critérios previstos nas Leis nºs 9.868/98 e 11.417/06 que tratam da modulação temporal no controle de constitucionalidade e na Súmula Vinculante.

Não temos dúvida, entretanto, que em matéria processual a modulação da jurisprudência será muito bem vinda, até porque assim já reconheceu o próprio Superior Tribunal de Justiça no caso concreto envolvendo a interposição de recursos pelo Ministério Público. Ademais, há ramos do direito em que a modulação temporal será eficaz como forma de preservar as situações jurídicas consolidadas pelo tempo, garantindo a segurança jurídica das relações, como, por exemplo, nas demandas tributárias e administrativas, ou até mesmo nas questões envolvendo Direito Penal.

Além da modulação dos efeitos das decisões do controle de constitucionalidade, podemos indicar ainda o teor dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, §1º do Código de Processo Civil.

⁶³ MORAES, Guilherme Peña. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 228.

Tais dispositivos permitem que a execução de título extrajudicial e a fase de cumprimento de sentença sejam obstadas⁶⁴ quando o título executivo se fundar em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou fundado em aplicação ou interpretação de legislação tida por incompatível com a Constituição, mediante pronunciamento do STF.

Logo após a edição da nova redação do art. 741, parágrafo único, do CPC, não faltaram vozes⁶⁵ na doutrina a apontarem a inconstitucionalidade do referido dispositivo ao argumento de que o mesmo violaria a coisa julgada, bem como pelo fato de se conferir alta carga rescisória aos Embargos à Execução.

Teori Zavascki refuta os argumentos contrários à utilização do art. 741, parágrafo único e 475-L, §1º do CPC reforçando a idéia de que sempre houve um mecanismo para ataque às sentenças inconstitucionais, através da utilização da Ação Rescisória, com fundamento no art. 485, V do CPC. O que o legislador fez foi apenas ampliar o leque de instrumentos, admitindo os Embargos à Execução e Impugnação, como expedientes capazes de expurgar a sentença com vício de inconstitucionalidade⁶⁶.

Em brilhante estudo acerca da sentença inconstitucional o Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁶⁷ reconhece que a coisa julgada é garantia constitucional que instrumentaliza a segurança das relações jurídicas. Entretanto, a sentença que contém comando contrário à Constituição padece de vício de constitucionalidade, podendo ser atacada mediante Recurso Extraordinário, Ação Rescisória ou através dos próprios Embargos à Execução.

Tal opinião também é comungada por Osmar Côrtes⁶⁸ que encara os incidentes da execução e a Ação Rescisória⁶⁹ como instrumentos capazes de combater a

⁶⁴ Nas duas situações o Código de Processo Civil reconhece a inexigibilidade do título executivo, permitindo que a parte possa obstar o prosseguimento da execução ou do cumprimento de sentença. Entretanto, sob a ótica do Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro a designação “inexigível” se afigura imprópria ao caso, uma vez que exprime que a obrigação estaria sujeita a termo ou condição (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da Coisa Julgada. Sentença Inconstitucional. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, Volume 384, 2006. p. 233).

⁶⁵ É o que indica Teori Albino Zavascki, como se observa do seguinte estudo: ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado. (org.) **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 512.

⁶⁶ É o que indica Teori Albino Zavascki, como se observa do seguinte estudo: ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado. (org.) **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 515.

⁶⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da Coisa Julgada. Sentença Inconstitucional. Rio de Janeiro: **Revista Forense**, Volume 384, 2006.

⁶⁸ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 93.

⁶⁹ Pondera o Autor, com muita pertinência, não se tratar de hipótese de utilização da *Querella Nullitatis*, uma vez tratar-se de instrumento oriundo do Direito Romano que se prestava a combater vícios de inexistência. (Ibid. p. 95).

ineficácia do título em razão da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que o embasa.

Pondera o aludido autor que na hipótese em que a declaração de inconstitucionalidade se dá após o efetivo cumprimento da obrigação contida no título executivo judicial nada mais resta a fazer, salvo nas hipóteses de sentenças determinativas – cuja obrigação se protraí no tempo -, caso em que seria possível a ruptura do título daquele momento em diante, conservando os efeitos pretéritos em respeito à coisa julgada material⁷⁰.

Nas hipóteses de sentenças constitutivas e declaratórias a via de arguição do vício de inconstitucionalidade será apenas a da Ação Rescisória, considerando não haver a fase de cumprimento de sentença apta a admitir o manejo da impugnação.

⁷⁰ Neste sentido é a recente conclusão do Superior Tribunal de Justiça, como vemos: **COISA JULGADA. INCONSTITUCIONALIDADE.**

A quaestio juris está em saber em que medida a superveniente decisão do STF que reconhece, em controle difuso, a inconstitucionalidade de preceito normativo e a Resolução do Senado que suspende a execução desse comando afetam as sentenças em sentido contrário, ou seja, as que decidiram pela constitucionalidade da norma, e foram proferidas e transitaram em julgado em data anterior. In casu, a recorrente pleiteou, no mandado de segurança, em 1988, o reconhecimento do direito de continuar a obedecer rigorosamente aos procedimentos da LC n. 7/1970 (que instituiu o PIS), sendo a pretensão atendida em primeira instância, porém denegada no TRF, ao fundamento da constitucionalidade dos DLs ns. 2.445/1988 e 2.449/1988, transitada em julgado a referida decisão em 1991. Posteriormente, em 1998, ingressou com ação declaratória de pleito, substancialmente, idêntico ao do anterior mandado de segurança (ver reconhecido o direito de recolher o PIS com base naquela LC, bem como compensar os valores recolhidos a maior em função dos referidos DLs), uma vez que o STF declarou a inconstitucionalidade desses decretos-lei, cujas execuções foram suspensas com o advento da Res. n. 49/1995 do Senado Federal. O tribunal a quo extinguiu o processo sem julgamento do mérito, tendo em vista que a pretensão estava submetida à coisa julgada. Neste Superior Tribunal, a Turma entendeu que a sentença, afirmando a constitucionalidade da norma, reconhece a legitimidade da exação fiscal nos termos nela estabelecidos, fazendo juízo sobre situação jurídica de caráter permanente e com eficácia para o futuro, motivo pelo qual tem sua eficácia temporal submetida à cláusula rebus sic stantibus, ou seja, sua força mantém-se enquanto continuarem inalterados o estado do direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza, o que equivale a dizer que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. No entanto, a superveniente decisão do STF, em controle difuso, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma, não representa, por si só, modificação no estado de direito apta a retirar a eficácia da sentença transitada em julgado em sentido contrário. A modificação do estado de direito perfaz-se a partir do advento da resolução do Senado Federal que suspende a execução do preceito normativo, universalizando, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a decisão do STF declarando a inconstitucionalidade. Embora não produza, automaticamente, a anulação ou a modificação dos efeitos já produzidos por sentenças em sentido contrário, a resolução do Senado faz prevalecer, a partir de seu advento, a sentença de inconstitucionalidade. A partir de então, ficam submetidas à decisão do STF as relações jurídicas futuras e os desdobramentos futuros de anteriores relações jurídicas de trato continuado. Na hipótese dos autos, ficou reconhecida, relativamente ao período anterior ao advento da Res. n. 49/1995 do Senado Federal, a eficácia da sentença anterior transitada em julgado que reconheceu a constitucionalidade dos DLs ns. 2.445/1988 e 2.449/1988; todavia, com a modificação do estado de direito decorrente da publicação dessa resolução, que suspendeu a execução dos mencionados decretos-lei declarados inconstitucionais pelo STF, cessou a eficácia temporal da sentença anterior em sentido contrário. Portanto, a eficácia temporal do acórdão proferido no primitivo mandado de segurança teve como termo final a data da publicação da resolução do Senado Federal, devendo ser mantido, em relação àquele período, o acórdão recorrido. Porém, no que se refere ao período posterior, é de se afastar a preliminar de coisa julgada, podendo a causa ser apreciada sem esse empecilho. Por outro lado, para desfazer as consequências produzidas por sentença anterior à resolução, faz-se mister a utilização da via rescisória. Diante disso, a Turma, ao prosseguir o julgamento, após o voto-vista do Min. Teori Albino Zavascki e a retificação do voto do Min. Relator, deu parcial provimento ao recurso e determinou que os autos retornem ao tribunal a quo, para que prossiga o julgamento como entender de direito. REsp 1.103.584-DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/5/2010.

Observe-se que todos os institutos acima destacados encontram sede no próprio Código de Processo Civil. Isto denota a preocupação do legislador em taxar os mecanismos capazes de quebrar a coisa julgada constituída em torno da sentença.

É claro que, como muito bem colocado pelo Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, a declaração de inconstitucionalidade capaz de romper o manto da coisa julgada⁷¹ deveria se dar em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de não se garantir a necessária estabilidade, diante da insegurança de uma decisão do STF que se aplique ao caso concreto.

Não se pode deixar de registrar, todavia, que o STF tende a objetivar o controle difuso de constitucionalidade, como se observa das últimas decisões prolatadas pelo Pleno, conferindo nova interpretação ao art. 52, X da Constituição Federal⁷².

O ponto nodal que merece destaque é o fato de que as disposições dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, §1º do Código de Processo Civil só podem ser aplicadas às decisões que transitarem em julgado após o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal.

Admitir o contrário implicaria reconhecer a grave insegurança das relações jurídicas, permitindo que as partes pudessem rediscutir os argumentos da causa, diante da declaração de inconstitucionalidade da lei.

Até porque, durante todo o curso do processo a lei aplicada gozou da presunção relativa de constitucionalidade, o que trazia certa segurança às partes em litígio.

É bem verdade que a doutrina reconhece algumas poucas hipóteses em que se admitiria a ruptura da coisa julgada. Entretanto, tais situações devem envolver uma ponderação entre a garantia da coisa julgada em um direito fundamental que estejam em conflitos. Em hipóteses excepcionais admitir-se-ia a quebra da coisa julgada sem a utilização dos mecanismos já previstos em lei, como a ação rescisória ou os Embargos à

⁷¹ É oportuno registrar que a desconsideração da coisa julgada não é por todos agasalhada. Nelson Nery Junior é enfático ao combater a possibilidade de ruptura da coisa julgada, seja por inconstitucionalidade, seja por injustiça da decisão. Para o autor a proteção é coisa julgada é reflexo da proteção aos direitos humanos. (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 47).

⁷² Para alguns ministros do STF a comunicação ao Senado para suspender a execução da lei quando declarada a inconstitucionalidade no controle difuso teria natureza de mera publicidade da decisão da Corte Constitucional, operando a declaração de constitucionalidade “efeito *erga omnes*”, a chamada abstrativização do controle difuso

Execução, ou a própria impugnação ao cumprimento de sentença, mesmo quando já decorrido o prazo para a utilização de tais instrumentos.

Nos conflitos entre a coisa julgada e um direito fundamental seria possível a utilização de um meio atípico para desfazer a coisa julgada constituída. Entretanto, a ruptura da coisa julgada pressuporia a prevalência do direito fundamental após a realização da técnica de ponderação⁷³.

Em tom crítico, ao analisar as diversas garantias fundamentais do processo o Prof. Leonardo Greco⁷⁴ critica a fragilidade da coisa julgada em nosso ordenamento jurídico, diante do prazo dilargado da Ação Rescisória, bem como dos expedientes conferidos na execução para combaterem a coisa julgada⁷⁵.

Observe-se o exemplo da declaração de inconstitucionalidade da progressão de regime nos crimes hediondos. Editada a Lei nº 8.072/90 foi a mesma alvo de questionamento no Supremo Tribunal Federal tendo o mesmo reconhecido a sua constitucionalidade. Quase duas décadas após a primeira decisão, o STF, em sede de controle difuso de inconstitucionalidade reconheceu que o tratamento diferenciado aos crimes hediondos violava o princípio da individualização da pena, de sorte que a restrição deveria ser expurgada do ordenamento jurídico.

Tal hipótese revela a grave insegurança a que a sociedade estaria submetida, uma vez que a Lei nº 8.072/90 vigeu por vários anos com a certeza de sua constitucionalidade sendo certo que, com a mutação constitucional decorrente da alteração da composição dos membros do STF chegou-se a conclusão de que a lei era eivada de vício de inconstitucionalidade.

Minimizando os efeitos de sua decisão o Supremo modulou os efeitos de sua decisão para permitir o afastamento da vedação até mesmo para os apenados em fase de cumprimento de pena, mas afastando qualquer pretensão indenizatória àqueles que já tivessem cumprido integralmente a sanção. Isto porque, a quantidade de presos que cumpriram a pena em regime integralmente fechado até a data do término de sua

⁷³ Esta também é a opinião do Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da Coisa Julgada. Sentença Inconstitucional. Rio de Janeiro: **Revista Forense**, Volume 384, 2006. p. 228-229).

⁷⁴ Em acréscimo ao entendimento do Prof. Leonardo Greco podemos elencar ainda o fantasma da *querella nilitatis*.

⁷⁵ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do Processo: o Processo Justo. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 229.

pena poderia acarretar uma enxurrada de demandas indenizatórias que certamente quebrariam os cofres públicos.

Não se pode esquecer que, se no Processo Civil a coisa julgada goza de certo fortalecimento, o mesmo não pode ser dito em relação ao Processo Penal, ao menos quando analisada sob o aspecto da defesa.

Isto porque o Código de Processo Penal permite o ajuizamento da Revisão Criminal a qualquer tempo, ampliando, inclusive a legitimidade para tal que pertence ao acusado ou a seus sucessores. Entretanto, é de bom alvitre observar que a Revisão Criminal, como modalidade de ação autônoma de impugnação se presta a ser manejada apenas em favor do condenado, uma vez não ser admitida no ordenamento a revisão *pro societate*.

2.2 – Os incidentes de uniformização da jurisprudência e composição de divergência e a caracterização da “jurisprudência predominante” – caminho necessário a tese de modulação temporal

A disparidade de decisões judiciais sobre um mesmo tema também é alvo de preocupação por parte de nosso legislador. Não soa admissível que em um Tribunal, situações concretas similares sofram tratamentos distintos. Para evitar as divergências na jurisprudência nosso ordenamento jurídico prevê um mecanismo próprio para a uniformização da jurisprudência dos tribunais, garantindo a unidade e a certeza do direito.

Não se pode negar que a jurisprudência sofra um influxo de transformações muito maior que a lei. Por ser de sua essência a aplicação da norma abstrata ao caso concreto, a jurisprudência sofre influências sociais muito mais intensas⁷⁶.

⁷⁶ “A jurisprudência, como resultado da interpretação do direito, varia no tempo e no espaço, sofrendo a influência das transformações sociais. Mas para que o direito tenha unidade e haja certeza do direito, o Estado moderno preocupa-se em unificá-la, atribuindo, constitucionalmente, a tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça) tal missão. Todavia, a unificação da jurisprudência dos tribunais pelos tribunais

Embora tenha o juiz liberdade para decidir de acordo com a sua convicção, desde que, é claro, motivadamente, nosso sistema jurídico não permite que o magistrado profira sua decisão em desacordo com a lei regularmente instituída e vigente.

Pelo princípio⁷⁷ do livre convencimento motivado, cabe ao juiz ponderar as alegações das partes, dar o devido valor ao conjunto probatório, de acordo com a realidade dos autos sem, com isso, sopesar cada prova⁷⁸ trazida ao seu conhecimento e decidir com base na correta aplicação da Lei.

A criatividade e a possibilidade de utilização de métodos próprios de hermenêutica, não devem ser relativizados à mente de onze indivíduos, ainda que estes gozem da presunção constitucional de ilibada conduta moral e notório saber jurídico.

Conforme as lições do saudoso Carlos Maximiliano⁷⁹:

Assim o magistrado não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade.

Não se nega ao magistrado o poder de interpretar livremente o direito objetivo vigente no ordenamento jurídico. Porém, não se pode deixar de considerar que a tendência moderna do Brasil é a de buscar a uniformização da jurisprudência, seja pelos institutos já existentes no Código de Processo Civil, seja pelos novos mecanismos introduzidos nas reformas processuais.

Apesar de o juiz ter a sua liberdade funcional, ao final de tudo, ainda que o magistrado não concordasse com o posicionamento do STF, não haveria óbice para que a parte, interpondo os recursos cabíveis, levasse ao Supremo Tribunal Federal a

superiores tem duração temporária, porque, não sendo lei, pode ser modificada pelo próprio tribunal que a estabelecer.” (GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 33.ed. Rio de Janeiro:Forense, 2003. p. 127).

⁷⁷ O princípio do livre convencimento motivado é extraído do art. 93, IX da Constituição que preconiza a fundamentação das decisões. Todavia, não podemos deixar de destacar que o livre convencimento motivado constitui um sistema de avaliação de provas, em contraposição aos sistemas da prova legal e da íntima convicção.

⁷⁸ Professor Fernando da Costa Tourinho Filho explica que através do princípio “confere-se ao Juiz inteira liberdade na apreciação das provas, conquanto fundamente sua decisão.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1. p. 44).

⁷⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 59.

questão constitucional destoada pelo magistrado que, certamente, poderia ser reformada pelo tribunal.

Como bem destaca Alexandre Freitas Câmara⁸⁰, o ordenamento jurídico preconiza o princípio da isonomia e o Poder Judiciário não pode admitir que pessoas em situações idênticas tenham tratamentos jurídicos distintos, até mesmo antagônicos⁸¹.

Do ponto de vista histórico, é importante registrar que o Código de Processo Civil de 1939, mantinha instituto similar, o Recurso de Revista, admissível sempre que houvesse, no âmbito do tribunal local, divergência jurisprudencial entre seus órgãos julgadores.

O art. 476 do Código de Processo Civil inova ao criar o incidente de uniformização da jurisprudência, permitindo que o magistrado, ao proferir o voto, possa provocar o órgão fracionário do tribunal a se manifestar acerca da interpretação da norma jurídica, diante da divergência de decisões existentes no próprio tribunal.

As partes no recurso também gozam de legitimidade para provocar o órgão recursal suscitando a instauração do incidente de uniformização da jurisprudência. Há certa divergência na doutrina acerca do momento adequado para tal provocação⁸², entretanto, tal controvérsia foge ao objeto de nosso estudo.

Suscitado o incidente cabe ao órgão competente delineado na lei organização judiciária examinar a existência ou não da divergência jurisprudencial e, em caso positivo, indicar qual a tese jurídica deve ser prevalente. Convém registrar que o órgão recursal competente para a uniformização do entendimento não pode se imiscuir em outras questões da causa, principalmente as questões de fato, uma vez que compete ao órgão suscitante do incidente o referido exame. Em outras palavras, há verdadeira cisão da competência, pois enquanto o órgão superior examina a tese jurídica a ser prevalente o órgão inferior examina a hipótese concreta posta nos autos, após o pronunciamento da tese jurídica.

⁸⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2. p. 43.

⁸¹ O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo dia, através de turmas diferentes decidiu a matéria atinente à ordem de inquirição de testemunhas de modo antagônico. Enquanto a 5ª Turma reconheceu a nulidade da oitiva da testemunha por conta da inversão da ordem de inquirição, em violação ao art. 212 do CPP (HC 145.182-DF, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 4/2/2010) a 6ª Turma prolatou acórdão em sentido diametralmente oposto, entendendo não haver nulidade alguma em tal inversão (HC 144.909-PE, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 4/2/2010).

⁸² Humberto Theodoro Júnior observa que o incidente deve ser manejado antes do julgamento do recurso, cabendo ao interessado formular prévio requerimento. Entretanto, o citado autor indica posição doutrinária no sentido de se admitir a provocação durante o julgamento do recurso, desde que não concluída a votação. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 567).

Há vinculação da solução apontada no incidente de uniformização, não podendo o órgão suscitante adotar tese jurídica distinta daquela apontada pelo Tribunal.

O próprio Código de Processo Civil, de modo a estimular a observância da interpretação jurídica alcançada no incidente de uniformização, permite que se o julgamento da questão ocorrer mediante voto da maioria absoluta dos membros daquele tribunal a questão possa ser alvo de enunciado de súmula.

Depreende-se, que o Código de Processo Civil prestigia e incentiva a uniformização da jurisprudência através da existência de instituto próprio, capaz de garantir a uniformidade de interpretação das normas jurídicas pelo tribunal.

Esta intenção também se reflete no art. 555, §1º que institui mecanismo capaz de prevenir a divergência. O instituto em muito se assemelha ao incidente de uniformização da jurisprudência, pois cabe ao relator⁸³, se constatada a divergência entre órgãos do tribunal e a existência de interesse público na assunção da competência, encaminhar o recurso para o órgão competente para dirimir as divergências.

Assim, como no incidente de uniformização a composição de divergência busca atender a necessária uniformidade da jurisprudência do tribunal. Entretanto, o que difere a composição de divergência do incidente de uniformização é o fato de que aquele terá todo o julgamento realizado pelo órgão superior, ou seja, a tese jurídica e a matéria de fato, não se cotejando a cisão de competência existente no incidente de uniformização.

A composição de divergência já era existente no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que sua eficiência é tão notória que o legislador a incluiu no Código de Processo Civil em 2001, através da Lei nº 10.352/2001.

Há que se destacar que o STJ e o STF também gozam de instituto similar para a uniformização da jurisprudência. Entretanto, não se trata de mero incidente, mas de verdadeiro recurso⁸⁴, conforme prevê o art. 546 do CPC. Neste ponto, permite o

⁸³ A legitimidade para a composição de divergência é mais restrita, pois apenas o relator do recurso pode suscitar a remessa dos autos ao órgão competente. Entretanto, Fredie Didier Jr. sustenta a ampliação desta legitimidade, a fim de alcançar as partes, o Ministério Público e os demais membros do órgão afeto ao julgamento do recurso. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. Vol. III. p. 568).

⁸⁴ No incidente de uniformização a divergência é anterior ao julgamento, enquanto que nos Embargos de Divergência o conflito de decisões díspares se dá após o julgamento do Recurso Especial ou Extraordinário.

Código de Processo Civil e o regimento interno do STJ e do STF o manejo dos Embargos de Divergência⁸⁵.

Os embargos de divergência se prestam a uniformização de decisões proferidas no STF e no STJ, em sede de Recurso Especial ou Extraordinário, quando a decisão da turma é divergente da decisão dos outros órgãos. Neste ponto, a legislação é taxativa ao vedar o manejo dos embargos de divergência contra decisões da Seção ou da Corte Especial do STJ e do Plenário do STF.

Logo, é possível o manejo do recurso sempre que a decisão da turma confrontar paradigma de outra turma, da Seção, da Corte Especial ou do Plenário. Entretanto, não é dada a utilização do recurso se a decisão atacada é proveniente da Seção, da Corte Especial ou do Plenário, como explica Fredie Didier⁸⁶.

O enunciado nº 168 da súmula do STJ e nº 247 da súmula do STF exigem que a controvérsia das decisões seja atual, pois do contrário, se a decisão recorrida estiver em conformidade com a jurisprudência do tribunal, não será admitido o recurso de divergência.

A fim de evitar a nefasta e lamentável tendência do “recorta e cola”, exigem os tribunais superiores o confronto analítico entre os acórdãos invocados. Este confronto nada mais é do que o exame detalhado da controvérsia, cabendo ao recorrente examinar os pontos das duas decisões demonstrando em suas razões as divergências existentes, não cabendo a simples transcrição das ementas do acórdão.

Além dos Embargos de Divergência, nossa própria Constituição Federal garante que o Recurso Especial seja interposto quando há divergência entre decisões de tribunais distintos, cabendo ao recorrente promover o confronto analítico das decisões.

Cabe a nos a seguinte indagação: o que constitui a jurisprudência dominante de um tribunal? É o fato de a mesma encontrar-se sumulada? Ou o fato de ter sido decidida pelo órgão de maior hierarquia, a exemplo da Corte Especial do STJ, do Pleno do STF ou mediante incidente de uniformização de tribunal local.

⁸⁵ Nos embargos de divergência a utilidade é corretiva, pois já há decisão contrária a jurisprudência do tribunal. No incidente de uniformização e na composição de divergência a finalidade é preventiva, a fim de evitar a propagação de decisões contrárias a jurisprudência, diante da divergência entre órgãos do tribunal.

⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual** civil. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. Vol. III. p. 356.

Algumas premissas necessitam ser estabelecidas para a compreensão do que se entende por jurisprudência dominante.

Em se tratando de um tema que não foi levado a um Tribunal Superior, exigiríamos que o tribunal local houvesse editado um enunciado de sua súmula consolidando a posição adotada.

Em se tratando, todavia, de decisão oriunda de tribunal superior, a edição de enunciado de súmula ou a prolação de decisão oriunda de órgão de hierarquia máxima seria suficiente para reconhecermos que se trata de matéria consolidada no âmbito do tribunal.

Nosso foco de estudo deve se restringir a modificação da jurisprudência nos tribunais superiores, sob risco de conferirmos à técnica de modulação temporal da alteração da jurisprudência um critério regionalizado, como será estudado mais adiante.

3 A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DOS PRECEDENTES

3.1 – A modulação temporal no Direito Estrangeiro

Um dos institutos da teoria dos precedentes que explica a modulação temporal da jurisprudência é o *prospective overruling*. Pela referida técnica operada uma mudança no precedente com a conseqüente adoção de uma nova regra, o tribunal pode estabelecer que aquela alteração terá aplicabilidade apenas em casos futuros, a partir de um determinado marco temporal – na grande maioria das vezes, a data da decisão - deixando-se, até mesmo, de ser aplicada no caso paradigma, onde ainda impera a regra do precedente superado.

As mudanças sociais que acarretam obsolescência de um precedente merecem uma especial atenção do Judiciário, uma vez que a edição de uma nova regra pode ocasionar verdadeira insegurança jurídica. O objetivo da modulação prospectiva é, exatamente, prestigiar a confiança do jurisdicionado e a segurança jurídica na sociedade.

É bem verdade que certos ordenamentos são expressos em não adotar tal instituto. Na Alemanha, por exemplo, as cortes nunca aplicaram o instituto, sendo certo que na academia já foram elaborados artigos de doutrina provocando a inserção do instituto. Tal prática é vista como hipótese excepcional, e em uma única oportunidade em que foi cogitada a sua aplicação pela Corte Federal do Trabalho (BAG), em 1981, sofreu diversas críticas⁸⁷.

A Finlândia sequer conhece a prática de *prospective overruling*⁸⁸, considerando que as Cortes finlandesas não têm o hábito de adotar precedentes em seus julgamentos, eis que todas suas decisões devem ter fundamento em normas do

⁸⁷ ALEXY, Robert; Kiel; DREIR, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 57-58.

⁸⁸ AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 97.

ordenamento jurídico, servindo a jurisprudência como mera fonte de interpretação destas normas⁸⁹.

Por outro lado⁹⁰, na França, a palavra precedente não tem por hábito levar ao significado de uma decisão que é aplicada em casos futuros, pois as cortes francesas não julgam criando precedentes. Não se concebe que um juiz decida uma causa a partir de um julgado anterior, em um sistema jurídico que se baseia em textos codificados⁹¹.

A concepção francesa da teoria dos precedentes impede o reconhecimento da *prospective overruling*⁹², pois os juízes, por força do disposto no art. 5º do Código civil Francês não podem reconhecer a aplicação de uma norma apenas a casos futuros, aplicando-se regras e provisões genéricas.

Com base no princípio da separação de funções, há um forte estímulo em se rejeitar que os juízes criem leis, conduta esta que já existia desde a revolução francesa, em resposta à prática nociva existente nas Cortes do Antigo Regime, onde eram criadas normas gerais⁹³.

A Itália seguindo a tendência dos países europeus não apresenta⁹⁴ uma estrutura formal onde haja precedentes com força vinculativa, o que por seu turno afasta a idéia de superação de um precedente. De tal modo não se reconhece em nenhuma corte italiana a possibilidade de aplicação da *prospective overruling*, pois nos julgamentos das Cortes a prestação jurisdicional é entregue apenas àquele caso concreto, em razão de suas particularidades. Inobstante, a doutrina italiana revela preocupação com as conseqüências da alteração da jurisprudência, principalmente, sob o ponto de vista da estabilidade⁹⁵.

⁸⁹ Ibid. p. 82.

⁹⁰ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 103-140.

⁹¹ Ibid. p. 111.

⁹² Convém observar que em 2008 operou-se o retorno do efeito retroativo da jurisprudência francesa, como relata Pascale Deumier (DEUMIER, Pasquale; JACQUES, Philippe. Sources du droit en droit interne - effet rétroactif de la jurisprudence: le retour, in **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, nº 3, jul/set. 2008, Paris, 442-448).

⁹³ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 133-134.

⁹⁴ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 141-188.

⁹⁵ “Sembra invero naturale che un mutamento giurisprudenziale produca effetto con riguardo ao caso deciso dalla sentenza che lo determina e, nel contempo, ponga un nuovo precedente destinato a valere per tutti i casi futuri (identici o analoghi), anche se concernenti fattispecie sorte quando ancora vigeva il precedente abbandonato e quindi sulla scia di aspettative ragionevoli che verosimilmente quel precedente legittimava. Ma, in questo caso, è probabile (o possibile) che tali aspettative appaiano ingiustamente lese; e, pur giustificandosi un contrasto

Entretanto, reconhece a doutrina que a partir da análise do conteúdo das decisões, em especial da *obiter dictum* é possível constatar que em um futuro próximo será alterada a jurisprudência daquela corte naquela determinada matéria.

Vale destacar que a Corte Constitucional Italiana opera prática similar a *prospective overruling*, quando confronta um princípio constitucional com um dispositivo legal, reconhecendo que este viola os termos da Carta. Em determinadas situações, opta-se por não invalidar de imediato a norma, com o fim de evitar a criação de uma lacuna com a retirada do dispositivo no ordenamento jurídico.⁹⁶ É comum, desta forma, observar a Corte a comunicar o Parlamento que certa norma merece ser modificada, sobre risco de sua revogação em futuras decisões.

Seguindo a tendência dos países europeus a Noruega⁹⁷ também desconhece a técnica de *prospective overruling*. Contudo, em caso julgado no ano de 1980 (Rt. 1980/52 pp. 59-59) pelas Cortes norueguesas, constatou-se uma técnica que se aproximava da *prospective overruling*. Tratava-se de questão referente a norma de Direito Processual do Trabalho, que afastava a competência da Suprema Corte para apreciar determinados casos. Cogitou-se da incompatibilidade desta norma com os termos da Constituição, o que levou, posteriormente, a revogação da norma. A solução da questão só não se levou aos moldes de *prospective overruling* eis que não se analisou se, efetivamente, havia violação à constituição e porque a questão não havia chegado ao exame da Corte Suprema, pois o Recurso do Requerente havia sido inadmitido antes de chegar à instância superior.

A Polônia⁹⁸ também desconhece a prática de *prospective overruling*. Entretanto, em 1995 o Tribunal Constitucional Polonês editou resolução estabelecendo um princípio que admite a possibilidade de aplicação, em data futura, da interpretação de determinado estatuto.

giurisprudenziale diacronico indirizzato all'evoluzione (per riprendere la formula di Chiarloni) e dunque indice di un definitivo revirement giurisprudenziale, il conflitto tra le esigenze della stabilità (di minimizzare l'incertezza, come há detto Galgano) e quello del mutamento tocca un punto particolarmente acuto." (BIN, Marino. Precedente giudiziario, ratio decidendi e obiter dictum: due sentenze in tema di diffamazione. In: VISINTINI, Giovanna. **Metodologia nello studio della giurisprudenza civil e commerciale**. Milano: Giuffrè. 1999. p. 265.)

⁹⁶ Ibid. p. 179.

⁹⁷ ENG, Svein. Precedent in Norway. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 189-217.

⁹⁸ MORAWSKI, Lech; ZIRK-SADOWSKI, Marek. Precedent in Poland. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 219-258.

Analisando o Estatuto no Direito Espanhol⁹⁹, constata-se a falta de prática na aplicação do *prospective overruling*, pois todas as decisões do judiciário espanhol têm aplicação aos casos em exame. Exceção todavia é destacada na doutrina, referente à denominada *appeal in cassation in the interest of the law*¹⁰⁰, que permite ao Conselho de Estado e ao Promotor Público em matéria cível provocar a Suprema Corte quando uma decisão de corte inferior é contrária ao interesse público. Ao examinar a controvérsia em abstrato, a Corte cria uma jurisprudência que será aplicada aos casos futuros, permanecendo intacta a solução adotada no caso que deu ensejo ao apelo.

O instituto aqui referenciado tem sido encarado na Espanha como principal fator para a incorporação do efeito vinculante aos precedentes, considerando a sua natureza e os efeitos que a decisão terá em casos futuros.

A Suécia¹⁰¹ também não apresenta qualquer instituto similar a *prospective overruling*, haja vista a função primária das cortes em solucionar os casos particulares. Tal, entretanto, não impede a Corte Suprema¹⁰², em determinado caso, inclinar sua tendência em alterar sua jurisprudência em casos futuros, adotando, entretanto, sua posição prevalente no caso examinado. Não se trata, todavia, de *prospective overruling*, mas é uma indicação de que o Judiciário Sueco possa adotar a prática do instituto.

Na Legislação da Comunidade Européia¹⁰³ a doutrina não aponta nenhuma aplicação prospectiva de uma decisão, mas, destaca um exemplo em que se limitou a interpretação de um artigo a casos futuros, ocorrido no caso *Defrenne v. Societé Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena* (Case 43/75).

Neste paradigma, tratou-se da questão referente aos direitos de homens e mulheres que trabalhando em mesmas condições, recebiam salários distintos. Em razão da norma expressa (art. 119) que determinava a igualdade de condições e como se

⁹⁹ MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 259-291.

¹⁰⁰ MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 286.

¹⁰¹ BERGHOLTZ, Gunnar; PECZENIK, Aleksander. Precedent in Sweden. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 293-313.

¹⁰² Ibid. p. 310.

¹⁰³ BARCELÓ, John J. Precedent in European Community Law. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 407-436.

tratava de uma norma referente à Comunidade Européia, foi estabelecido um prazo para que cada estado membro incorporasse tal comando ao seu ordenamento.

A própria Corte da Comunidade Européia deixou bem claro que a norma que tratava da igualdade de condições seria aplicada sem qualquer distinção, tanto nas relações privadas (eficácia horizontal), bem como nas relações entre estado e cidadão (eficácia vertical).

A parte ré, uma empresa aérea não foi capaz de implementar a nova norma comunitária, sendo alvo de diversas demandas. Decidiu-se, todavia, que o direito a equiparação retroativa seria exercido apenas aos casos já iniciados até a data da decisão, bem como a eventuais diferenças que surgissem após a data da decisão, deixando de contemplar àqueles que foram prejudicados no passado e não pleitearam a reparação.

Entendeu a Corte que o caso em exame poderia envolver uma infinidade de demandas, que pleiteando o pagamento retroativo levariam à falência dos investidores. Invocou ainda o princípio da confiança entre os contratantes para embasar a modulação, pois os investidores não poderiam prever uma reviravolta em relação ao direito ao pagamento igualitário, considerando que os estados membros nada fizeram para implementar o comando normativo comunitário, fazendo crer os investidores que a distinção permaneceria válida.

O *Prospective Overruling* no Direito Norte-americano promove um tratamento diferenciado entre as situações jurídicas estabelecendo um marco pré e pós revisão do precedente¹⁰⁴. A partir da data da decisão que superou o precedente, aquela regra jurídica passa a ter aplicabilidade aos casos futuros, resguardando-se o princípio do precedente revogado aos casos pretéritos¹⁰⁵.

¹⁰⁴ A superação de precedentes sempre ocorre de modo retroativo ou prospectivo. Tanto em ambas as hipóteses seus efeitos podem ser totais ou parciais. Neste ponto, relata Patricia Perrone que: “*Existem quatro standards para a determinação dos efeitos temporais a serem conferidos ao overruling: a) eficácia retroativa plena (full retroactive application): determina a aplicação da nova decisão a todos os casos passados e futuros, inclusive àqueles já decididos em caráter final; b) eficácia retroativa parcial (partial retroactive application): recomenda que a nova doutrina regule todas as novas demandas, com exceção daquelas cujo julgamento já se tenha concluído em caráter final ou cuja (re)apreciação seja limitada por outras disposições normativas; c) eficácia prospectiva pura (full prospective application): estabelece que a nova regra só incidirá sobre situações configuradas a partir da data de sua afirmação ou de determinado evento futuro, não atingindo nem mesmo as partes do caso que ensejou sua formulação; estas últimas e os demais eventos ocorridos anteriormente à virada jurisprudencial permanecerão regidos pelo entendimento antigo; d) eficácia prospectiva parcial (partial prospective application): de acordo com a qual, a nova norma deve ser aplicada às partes do caso que ensejou a revogação do precedente e aos fatos ocorridos posteriormente a ele; as transações anteriores à decisão serão resolvidas pela regra antiga.*” (MELLO, Patricia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 261-262).

¹⁰⁵ Celso de Albuquerque Silva pondera que a técnica do *prospective overruling* pode criar inconsistências no ordenamento jurídico, apontando, para solução de tais divergências as seguintes técnicas: “*A primeira e mais comum*

Há quem argumente que a modulação acarretaria verdadeira injustiça a parte recorrente, pois, inobstante ver acolhida a sua tese não será esta aplicada ao seu caso concreto. Entretanto, o objetivo da modulação é justamente evitar injustiças e inseguranças advindas da repentina mudança da jurisprudência, derrubando toda a confiança que o jurisdicionado mantinha com relação àquela regra¹⁰⁶.

Tal argumento, entretanto, não é de todo absoluto, visto que há técnicas de modulação temporal que permitem a aplicação no caso concreto em que se operou a superação da regra antiga, como forma de prestígio ao esforço da parte, assim como nos casos futuros, conservando os efeitos pretéritos do precedente superado nos demais casos concretos cujo fato origine-se em data anterior ao marco zero estabelecido pela Corte.

Analisando o sistema do Estado de Nova Iorque¹⁰⁷, constata-se que a origem do instituto decorre da Teoria dos Precedentes norte-americana.¹⁰⁸ A Corte do Estado de Nova Iorque, por exemplo, tem poderes para aplicar o precedente de modo prospectivo. Entretanto, tal prática não é feita de modo indiscriminado, mas sim observando três fatores que, se presentes, impedirão a aplicação retroativa da nova orientação. Estes fatores foram destacados em 1989, quando do julgamento *Ceres*

é retroagir a aplicação da nova regra no caso em que a antiga foi invalidada, mas a nenhum outro processo que se refira aos fatos anteriores à decisão invalidatória, tenham ou não já sido objeto de propositura de ação judicial. A exclusão da regra antiga, nessa hipótese, é vista como uma espécie de prêmio à parte recorrente, que, de um lado merece ver recompensado seu esforço e, de outro, ficaria desencorajada de recorrer se os benefícios decorrentes da invalidação da regra legal não lhes fossem estendidos. Alega-se, ainda, que se a regra não fosse aplicada no caso, seria mero dictum. Uma outra variação manda aplicar a nova regra a todas as ações que forem propostas após a decisão ou as ações propostas anteriormente, mas que foram reformadas em recurso de apelação por outros motivos. Essa variante tem sido utilizada especialmente em casos criminais, como uma forma de aplicar a nova regra ao maior número de casos possíveis sem reabrir um substancial número de casos em que houve condenações definitivas. As justificativas apresentadas para estas variações não são suficientemente fortes, porém.” (SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 290).

¹⁰⁶ Patricia Perrone, ao enumerar os diversos critérios orientadores da superação do precedente destaca: “*Há, ainda, um terceiro critério geral orientador da revogação de julgados, que, em verdade, se subsume no segundo princípio, mas ao qual o common Law reconhece especial importância e que, talvez por isso, trata com autonomia. Ele se refere à necessidade de proteção da confiança do jurisdicionado, e estabelece que uma regra profundamente consolidada não deve ser subitamente revogada, se disso decorrerem resultados injustos ou desiguais para aqueles que confiaram nela.*” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 252).

¹⁰⁷ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 355-406.

¹⁰⁸ “*Retroactive application of an overruling decision may upset substantial reliance on the overrules precedent and will treat parties similarly situated quite differently. At minimum, the ‘victim’ of the overruling decision will be treated differently from those who come after and who thus benefit from the new rule. As a result, courts have invented the practice of overruling in some cases only prospectively. That is, the new rule is to apply only after the overruling decision so that the old rule is still, in effect, applied to all prior parties similarly situated except the litigants before the court (thereby preserving incentives to seek change).*” (Ibid. p. 398).

*Partners v. Gel Assocs.*¹⁰⁹, e são eles que implicarão a aplicação da *prospective overruling*: 1 - A decisão deve estabelecer um novo princípio de direito, tanto superando o precedente no qual as partes haviam confiado ou decidindo sobre um ponto que não havia sido observado antes; 2 - os prós e contras em cada caso devem ser sopesados, analisando-se a história do caso disputado, os propósitos e efeitos da medida e se a aplicação retroativa vai prejudicar a solução dos litígios; 3 – A aplicação retroativa do novo precedente pode criar o risco de produzir resultados negativos¹¹⁰.

É verdade que no direito norte-americano há quem critique¹¹¹ a prática de *prospective overruling*, sinalizando verdadeira instabilidade ao princípio do *stare decisis*. Basicamente, argumenta-se que o objetivo do modelo calcado na reprodução de precedentes busca o alcance de uma regra jurídica, esteja ela certa ou não. Caso a norma não se afigure adequada competiria ao legislador trazer a melhor solução, não sendo dado ao Judiciário revisar o precedente, salvo se o intérprete lidar com norma de natureza constitucional, cuja interpretação não pode ser rígida e imutável.

Uma das grandes controvérsias¹¹² que giram em torno do tema diz respeito à própria natureza do fundamento da decisão que supera o precedente, mas determina sua aplicação prospectiva. Na doutrina norte-americana, muitos encaram que a nova solução jurídica alcançada pelo tribunal seria verdadeiro *obiter dictum*, não gozando de eficácia vinculante. Como o tribunal, no caso concreto, alterou a jurisprudência através de um novo precedente, mas não aplicou¹¹³, muitos entendem que apenas no próximo julgamento que envolva a mesma questão é que a solução jurídica seja encarada como *ratio decidendi*, uma vez que neste caso o precedente terá integral aplicabilidade.

De qualquer sorte, o efeito prático de tal controvérsia é nenhum, a medida que eventual inobservância da regra do precedente pelas Cortes inferiores certamente

¹⁰⁹ Em *Chevron Oil Co. v. Houston* estes mesmos critérios são invocados para a utilização da técnica de *prospective overruling*. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 271).

¹¹⁰ (SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 398.

¹¹¹ É o que aponta Osmar Côrtes. (CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008. p. 135).

¹¹² “... *prospective overruling*, consistente nel fatto che il giudice, mentre si attiene al precedente nel caso oggetto della sua decisione, dichiara che in futuro seguirà una nuova e diversa regola di diritto. Questa nuova regola vincola però immediatamente i giudici inferiori”. (ANZON, Adele. **Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi: l’esperienza italiana Allá luce di um’ analisi comparata sul regime del richterrecht**. Milano: Giuffrè, 1995. p. 34).

¹¹³ Empresta-se verdadeiro contorno de processo objetivo à demanda individual, a medida que no processo em que houve a reviravolta jurisprudencial a parte demandante não terá a seu favor a nova regra estabelecida, conservando-se os efeitos do precedente pretérito.

levará a questão, em grau de recurso, a Corte que editou a nova regra, por meio do julgamento da questão, lhe emprestaria caráter principal, estabelecendo a nova regra vinculante através da *ratio decidendi* da decisão.

As vantagens da técnica do *prospective overruling* quando bem empregada são inúmeras¹¹⁴. A modulação dos efeitos das decisões permite evitar divergências em casos de repercussão, estabelecendo a regra jurídica a ser aplicada aos casos concretos; permite que as partes tenham segurança em suas relações, pois sabedoras da posição jurisprudencial do tribunal e que a alteração por ele operada só terá eficácia futura a partir do marco temporal estabelecido pela Corte, permitindo assim, que o jurisdicionado possa se adaptar as novas regras¹¹⁵.

O ordenamento jurídico norte-americano, em matéria de modulação temporal de efeitos de precedentes, já caminha a passos largos, a ponto de não só prestigiar a técnica de *prospective overruling*, mas também a reconhecer outras técnicas, como a sinalização (*signaling*). Por meio da técnica de aviso, o tribunal continua a aplicar a sua jurisprudência consolidada, mas sinaliza, nas decisões que aquele precedente pode ser alterado. É plenamente possível encontrar nos votos¹¹⁶ dos membros dos tribunais opiniões no sentido de que aquela regra necessita de revisão, de sorte que as partes e o jurisdicionado são avisados de que aquele precedente pode vir a sofrer modificação.

A partir do sinal, não é dado às partes invocar o precedente superado a título de proteção a confiança¹¹⁷, considerando que o Judiciário já havia se manifestado no sentido de não ser aquele precedente confiável e que sua revisão seria iminente.

¹¹⁴ Neste ponto, diversas doutrinas fazem referência ao caso *Molitor v. Kaneland Community Unit District n. 302*. No referido caso, ocorrido um acidente em ônibus escolar, ajuizou-se demanda com o fito de buscar reparação pelos danos experimentados, inobstante a regra até então existente era a da imunidade civil da escola. Com a mudança do precedente, entendeu-se que a partir do momento daquela decisão não mais subsistiria a imunidade, preservando-se tal regra aos casos anteriores. Entretanto, entendeu-se que tão somente a vítima, autora da demanda faria jus a aplicação da nova regra. A decisão, apesar de inovar com a superação da imunidade, criou um verdadeiro paradoxo, a medida que outras crianças envolvidas no mesmo acidente não fariam jus à reparação. Daí houve a necessidade de se adequar a decisão do Corte de Illinois para estender eventual direito de reparação a outras vítimas do mesmo evento. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 269).

¹¹⁵ Rupert Cross e J. W. Harris ponderam que a aplicação retroativa e prospectiva da jurisprudência podem ocasionar graves injustiças, principalmente em processos de natureza criminal. (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 230).

¹¹⁶ O aviso (*signaling*) constitui verdadeiro *obiter dictum* da decisão a medida em que não se presta à solução do caso concreto, mas constitui argumentação direcionada à comunidade jurídica dando notícia da possibilidade de futura alteração daquela regra.

¹¹⁷ “Após o aviso, porém, nenhuma confiança, ao menos justificada, pode ser utilizada como argumento para manutenção da doutrina, tanto que, muitas vezes, quando a antiga regra é invalidada, não é incomum que as cortes façam retroagir sua decisão até a data em que houve a sinalização, pois a partir daí, não se justificaria mais a

É bem verdade que opositores à técnica de *prospective overruling* tendem a prestigiar a técnica de *signaling*, pois evita possíveis inconsistências de tratamento jurídico, principalmente quando a modulação é utilizada de modo parcial e serve de ante-sala à nova alteração jurisprudencial.

O Direito Inglês, calcado em seu excessivo rigorismo e tradição ainda não foi capaz de incorporar a técnica do *prospective overruling*, visto que ainda opera a superação de precedentes com eficácia retroativa¹¹⁸. Entretanto, em alguns poucos julgados, os membros da *House of Lords* têm aventado a possibilidade de modular prospectivamente os efeitos de suas decisões, inobstante a forte resistência naquela Corte¹¹⁹. No direito inglês a alteração de um precedente ocorre sempre de modo retroativo, visto a natureza declaratória da atividade judicial.

Entende-se que se a mudança da jurisprudência possa acarretar insegurança e violação à confiança dos cidadãos a regra objeto de discussão deve ser mantida, podendo a Corte, entretanto, utilizar-se da técnica de aviso, preparando a sociedade para uma futura alteração jurisprudencial.

Há quem encare negativamente a modulação prospectiva da alteração do precedente ao argumento de que tal técnica desestimula as partes a buscarem dita modificação, visto que a nova regra não lhes aproveitaria, pois somente aplicada aos casos futuros¹²⁰.

Em Portugal podemos citar exemplos de modulação existentes na própria Constituição Republicana que contém regra de modulação similar a do Direito brasileiro. Ao que se observa do art. 282 da Constituição Portuguesa, o efeito da declaração de inconstitucionalidade de lei de se dá desde o momento em que a lei entra em vigor, adotando-se, portanto, a teoria da nulidade da norma constitucional.

A declaração de inconstitucionalidade ainda tem o condão de repristinar os diplomas anteriores à lei tida por inconstitucional, nos moldes do item 1 do art. 282. Por

confiança na regra.” (SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 296.)

¹¹⁸ “Time alone will show whether the House of Lords will assume the power already assumed by the American Supreme Court and declare that it can, when overruling a case, state the moment at which and the terms on which the overruling shall take effect.” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law.** 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 228.)

¹¹⁹ Rupert Cross e J. W. Harris revelam que um dos membros da *House of Lords* é terminantemente contra a modulação, ao fundamento de que a modulação transforma o Juiz em um legislador disfarçado. (Ibid. p. 232).

¹²⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 264.

outro lado, ressalva a carta portuguesa, em seu item 3, que os casos julgados¹²¹ não serão alcançados pela decisão de inconstitucionalidade, salvo se se tratar de norma penal, disciplinar ou outras situações que a própria Constituição especifica.

Jorge Miranda, ao analisar as particularidades dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no direito português questiona se as situações jurídicas consolidadas em obrigações ou as decisões administrativas também não estariam abarcadas na proteção conferida do item 3, às demandas transitadas em julgado¹²².

Para o doutrinador português a proteção também deveria se estender a tais hipóteses. Isto porque, o objetivo da Constituição portuguesa, ao garantir a prevalência da coisa julgada reside na necessária manutenção da estabilidade e segurança jurídica. Logo, a proteção às situações consolidadas por contratos e por atos administrativos, apesar de não constituída a coisa julgada pela evidente ausência de manifestação do Poder Judiciário, deveriam ser resguardadas mesmo com a declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica¹²³.

O item 4 do artigo em análise ressalva a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, sempre que o interesse público, razões de equidade ou a própria segurança jurídica assim o exigir. Registre-se, todavia, que o Tribunal Constitucional deverá manifestar-se fundamentadamente acerca da necessidade de modulação na hipótese de existência do interesse público.

Esta exigência, pela leitura do texto constitucional português é restrita apenas a existência de interesse público, não se referindo a modulação por garantia da segurança jurídica ou equidade, pelo fato de se garantir que a modulação das decisões não se transforme em um ato político. É bem verdade que a doutrina portuguesa defende que a necessidade de fundamentação não está afeta apenas a hipótese de interesse público. Muito pelo contrário, cabe ao tribunal, em qualquer hipótese de modulação demonstrar as razões de tal técnica.

Jorge Miranda¹²⁴ pondera que o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados “equidade” e “segurança jurídica” revela a necessidade de garantia da estabilidade dos atos jurídicos e a confiança dos cidadãos. Argumenta ainda o festejado

¹²¹ A expressão caso julgado do Direito Português corresponde a coisa julgada do direito brasileiro.

¹²² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 2008. Vol. VI. p. 291.

¹²³ As situações jurídicas consolidadas pelo tempo pressupõem a análise casuística das hipóteses concretas. Por tal razão Jorge Miranda propõe que o Tribunal Constitucional, ao declarar a inconstitucionalidade da norma jurídica promova reflexão acerca das hipóteses que deverão restar resguardadas.

¹²⁴ Ibid. p. 300.

autor lusitano que a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade pode ser aplicada até mesmo no controle difuso de constitucionalidade, diante da infinidade de relações existentes no ordenamento jurídico.

Além dos países aqui citados, México, Peru, Iugoslávia, Turquia e algumas outras nações também detém previsões legais atinentes à modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade como destaca Célio Armando¹²⁵ em trabalho jurídico sobre o tema.

3.2 – O art. 4º da Lei nº 11.417/06 e a possibilidade de modulação dos efeitos de enunciado de súmula vinculante – recente hipótese de modulação da jurisprudência no Brasil

O instituto da Súmula Vinculante, apesar de ter sido instituído com a edição da EC nº 45/04, já vinha sendo discutido há anos pelos doutrinadores e membros do Poder Legislativo, uma vez que a evolução social e o surgimento de novos conflitos calharam a assoberbar os órgãos do Poder Judiciário.

A idéia de verbetes com efeito vinculante já existia no Brasil desde a época das Ordenações Manuelinas e Filipinas, quando da existência dos “assentos da Casa de Suplicação”, que constituíram verdadeira fonte do Direito.

Os assentos tinham por objetivo a integração das lacunas legislativas, bem como servir como mecanismo de controle da divergência jurisprudencial.

No anteprojeto ao Código de Processo Civil apresentado por Alfredo Buzaid¹²⁶ havia uma previsão de restabelecimento dos assentos obrigatórios. Todavia, a

¹²⁵ JANCZESKI, Célio Armando. A declaração da inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 157, out. 2008, p. 17-26. p. 18.

¹²⁶ JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como Norma Jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, nº 240, p. 225-264. abr. / jun. 2005. p. 226.

proposta não foi admitida, sendo certo que a Comissão Revisora substituiu a proposta apresentada pela criação do incidente de uniformização da jurisprudência.

Além dos assentos, também podemos destacar o prejudgado como mecanismo precursor da Súmula. O instituto podia ser definido como uma decisão normativo-colegiada sobre determinado tema jurídico, que tinha por escopo a uniformização da jurisprudência.

A figura do Prejudgado tinha regulamentação em Códigos de Processo Civil de alguns Estados e, posteriormente, foi incorporada ao Código de Processo Civil de 1939.

O Prejudgado foi criado com o fim de promover a uniformização da jurisprudência dos tribunais, sendo certo que sua atuação era prévia ao pronunciamento da decisão.

Entretanto, como já destacado, o idealizador da criação de um sistema de verbetes que constituíssem a Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal foi o Ministro Victor Nunes Leal.

Embora tenha idealizado na Súmula da Jurisprudência um mecanismo hábil para uniformização do entendimento o Ministro Victor Nunes Leal nunca cogitou a possibilidade de se atribuir efeito vinculante à Súmula do Supremo Tribunal Federal, até porque, sempre defendeu que a jurisprudência deveria ser revista modificada sempre que suscitada por um dos Ministros e aprovada pela maioria a alteração.

O ordenamento jurídico brasileiro influenciado pelo Direito Romano-Germânico, baseado no sistema do *civil law*, acabou por importar o princípio *stare decisis*¹²⁷ originário do sistema do *common law*, vigente no ordenamento jurídico norte-americano.

Esse princípio decorre da máxima de que as decisões anteriores proferidas sobre a mesma matéria devem ser mantidas, norteadas, assim, o julgamento das causas posteriores, instituindo-se, então, o precedente.

¹²⁷ “A base teórica da Súmula Vinculante repousa na doutrina americana conhecida como *stare decisis*, fundamentando-se nos princípios da isonomia, respeito à coisa julgada, economicidade e previsibilidade das decisões judiciais.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 229.

Como é cediço, a fonte formal¹²⁸ e imediata do ordenamento jurídico é a lei. Entretanto, não se deve olvidar que os costumes, os princípios gerais do direito, a doutrina e, principalmente, a jurisprudência também são fontes do Direito¹²⁹.

A concepção da jurisprudência como uma fonte do Direito não é de todo absoluta, como bem pondera Mônica Sifuentes¹³⁰. Há na doutrina quem negue a natureza da jurisprudência, ao argumento de que o tribunal não cria regra jurídica, mas apenas aplica a norma ao caso concreto que sequer é dotada de força obrigatória.

Entretanto, não se nega que a jurisprudência, em muitas vezes avança sobre o texto frio e conservador da lei, superando concepções¹³¹ não mais aplicáveis à realidade social, adaptando o ordenamento a novas realidades. Os tribunais têm desempenhado com muito mais intensidade atividades criativas, introduzindo princípios e preceitos jurídicos sequer imaginados pelo legislador.

Classifica-se a jurisprudência como o conjunto reiterado de decisões ou julgados uniformes sobre determinadas matérias¹³². Assim, os vários acórdãos proferidos por um órgão julgador, observadas a uniformidade do julgamento e a matéria analisada, formam a jurisprudência.

Tal instituto possui um simples intuito, uniformizar o entendimento dos julgadores¹³³ sobre determinadas matérias que sejam recorrentes no cotidiano forense, seja com respaldo na própria norma jurídica (*secundum legem*) ou a fim de sanar eventual lacuna ou omissão legislativa (*praeter legem*)¹³⁴.

Alguns doutrinadores, nessa oportunidade, afirmam que a jurisprudência¹³⁵ nunca poderá ser formada *contra legem*¹³⁶, ou seja, negando vigência à norma. Embora, seja esta a opinião dos doutrinadores, não é a realidade encontrada em nossos tribunais.

¹²⁸ Se a lei e a jurisprudência são fontes formais do Direito, não há dúvidas de que a Súmula Vinculante também ostentará a mesma natureza.

¹²⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 104-105

¹³⁰ SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 152.

¹³¹ Ibid. p. 162.

¹³² SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 162.

¹³³ A teoria, entretanto, nem sempre acompanha a prática, pois há diversos casos em que um tribunal, em uma mesma composição, ao tratar da mesma matéria, em uma mesma sessão já prolatou votos diferentes quando as circunstâncias eram as mesmas, o que demonstra que a uniformização não é tão fácil de ser alcançada.

¹³⁴ A solução *extra legem* demanda a ausência de norma jurídica e de impossibilidade de solução por métodos de integração, a exemplo da analogia, princípios gerais etc. (Ibid. p. 144).

¹³⁵ Alcoforado enumera cinco funções da jurisprudência, a saber: a) interpretar a lei; b) vivificar a lei; c) humanizar a lei; d) suplementar a lei; e) rejuvenescer a lei; (ALCOFORADO, Luis Carlos. Súmula Vinculante. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 783, janeiro de 2001. p. 49).

¹³⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 128.

E, em determinadas hipóteses a melhor solução parece ser a adoção de um posicionamento contrário à letra da lei, pois temos visto nos últimos anos uma fraca produção legislativa, inquinada de vícios que ocasionam graves prejuízos à ciência processual e a prestação jurisdicional.

Nunca é demais lembrar que o Poder Judiciário está autorizado a atuar como legislador negativo, cobrindo as omissões legais¹³⁷. Não poderá, contudo, agir como legislador positivo, buscando editar normas jurídicas, pois ocasionaria flagrante violação ao princípio da tripartição das funções, ou poderes, como preferirem.

Assim como a jurisprudência, a Súmula não estará inaugurando qualquer conteúdo normativo¹³⁸ em nosso ordenamento jurídico. Sua função será a de interpretação das normas constitucionais.

A jurisprudência nunca possuiu e nem possui força obrigatória, sendo apenas, uma orientação a ser adotada pelos órgãos julgadores do Poder Judiciário, a fim de uniformizar a prestação jurisdicional, garantindo a segurança jurídica.

Diante da tendência em conciliar a prestação jurisdicional e os primados de justiça, principalmente social, o legislador passou a prever no Código de Processo Civil e em leis esparsas, o instituto do incidente de uniformização de jurisprudência, meio apto a provocar diferentes órgãos jurisdicionais, a fim de que estes possam estabelecer um entendimento uniforme em todo o território nacional, a respeito de determinada matéria, a exemplo do que ocorre nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis Federais e nos tribunais, especialmente o STJ e o STF.

Com os diversos implementos no conceito e no procedimento de formação da jurisprudência, houve um avanço no pensamento jurídico. A partir da consolidação da jurisprudência passou-se a vislumbrar um novo instituto apto a fortalecer a jurisprudência e simplificá-la em pequenos verbetes.

¹³⁷ Em contexto similar, vem afirmando o Ministro Gilmar Mendes que o STF promove a “representação argumentativa” da sociedade, suprindo das deficiências do Poder Legislativo.

¹³⁸ José Carlos Buzanello afirma que: “a denominada súmula com efeito vinculante não inaugura a ordem jurídica, criando direitos e obrigações, mas sim define o alcance e a exegese da norma elaborada pelo legislador; é mais do que a jurisprudência e menos do que a lei”. (BUZANELLO, José Carlos; BUZANELLO, Grazielle Mariete. Exequibilidade da súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 174, p. 25-33, abril / jun. 2007. p. 26). Também acompanha o mesmo raciocínio Eduardo Peña ao ponderar que: “a súmula não inova a ordem jurídica, criando ou extinguindo direitos, mas apenas fixa a interpretação da lei naquilo em que foi contraditória ou diante de alguma lacuna. (PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recurso, **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 30, n° 120, p. 77-94. fev. 2005. p. 88-89). Em sentido contrário Rodrigo Jansen afirma que a atividade jurisdicional deve ser entendida como verdadeiramente criativa do Direito (JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como Norma Jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n° 240, p. 225-264. abr. / jun. 2005. p. 228).

Nessa onda, no ano de 1962, Supremo Tribunal Federal, por meio do esforço e empenho da Comissão formada por seus Ministros, em especial o Min. Victor Nunes Leal aprovaram a Súmula da Jurisprudência Dominante, dotada, inicialmente, de 370 enunciados, que resumiam o posicionamento da mais alta Corte da nação brasileira.

Com o tempo e a mudança dos ministros, novos enunciados foram editados e aqueles já existentes foram substituídos ou cancelados em razão da alteração das normas vigentes no ordenamento jurídico e por força da evolução da sociedade.

A súmula, então, passa a empenhar um papel fundamental no ordenamento jurídico, pois ao otimizar o trabalho desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, permitiu que a Corte divulgasse, com maior facilidade, o seu posicionamento jurisprudencial editado sob a forma de um verbete sumular.

Com sua publicação no Diário Oficial a Súmula passa a ter eficácia em nosso ordenamento jurídico.¹³⁹

Entretanto, poderá o Supremo Tribunal Federal, de acordo com o disposto no art. 4º, a fim de garantir a segurança jurídica ou em razão de excepcional interesse social, estabelecer no procedimento para edição de enunciado que os efeitos vinculantes só tenham eficácia a partir de data certa.

Observa-se que o espírito da Lei nº 11.417/06 se assemelha às normas que tratam das medidas cautelares e da própria eficácia das decisões definitivas no procedimento das ADIs, uma vez que é permitido ao STF determinar o momento futuro¹⁴⁰ a partir do qual os enunciados passarão a ter seu caráter vinculante no ordenamento jurídico.

Oportuno destacar que os enunciados sumulares passam a ter eficácia no ordenamento a partir de sua publicação no Diário Oficial.

Leonardo Figueiredo¹⁴¹ promove interpretação ampliativa do art. 4º, visto que o Supremo Tribunal Federal também poderá restringir o alcance subjetivo do

¹³⁹ O STJ, no julgamento dos EDcl nos EDcl no REsp 917.745-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 1º/9/2009, entendeu que enquanto não publicada a súmula vinculante no Diário Oficial esta não goza de eficácia, não podendo ser invocada em favor da parte, muito menos em sede de Embargos de Declaração, a fim de adaptar decisão desfavorável à nova tese jurídica adotada pela mudança da jurisprudência. A idéia de que os Embargos de Declaração não se prestam a readaptação da decisão também já era prestigiada no julgamento dos EDcl no AgRg no Ag 926.636-SP, de relatoria da Min. Denise Arruda, julgado em 18/9/2008.

¹⁴⁰ Leonardo Figueiredo sustenta que os enunciados sumulares serão dotados de eficácia *ex nunc*, visto que a modulação temporal de seus efeitos será sempre para o futuro. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Súmula vinculante e a Lei nº 11.417, de 2006: apontamentos para compreensão do tema. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 141-155, 2007. p. 151).

¹⁴¹ *Ibid.* p. 151.

enunciado à determinados entes ou órgãos, a exemplo do que ocorre em questões tributárias, onde a Constituição Federal promove uma rígida repartição de competências.

4 INCORPORAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS ALTERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 – Necessidade de aprimoramento na construção da jurisprudência dos tribunais

Os Tribunais brasileiros ainda não foram capazes de conferir o devido prestígio que a jurisprudência merece. Assim o digo, pois decisões são proferidas sem o menor comprometimento e respeito às teses majoritárias capitaneadas pelos tribunais, sendo certo que em muitos casos, o tribunal adota outras linhas de decisão sem sequer fazer referência a atual tese dominante.

A jurisprudência não deixa de ser uma fonte formal do direito¹⁴² e, como tal, deve ser tratada de modo uniforme e científico. Os tribunais vêm adotando uma postura mais progressiva, deixando apenas de interpretar e aplicar o Direito, mas exercendo uma atividade criativa, inovando institutos e teses jurídicas e suprindo as omissões legislativas, o que apenas reforça a natureza da jurisprudência como fonte do Direito¹⁴³.

Poucos são os juristas que compreendem a função da jurisprudência¹⁴⁴ no ordenamento jurídico, talvez até por uma falta de estímulo acadêmico, eis que as universidades não dedicam disciplinas ao estudo da jurisprudência¹⁴⁵ e da sua formação. O papel das decisões dos tribunais não é o de instrumento para a solução de casos concretos. As decisões dos tribunais ditam padrões de comportamento, principalmente quando há uma uniformidade no órgão jurisdicional acerca de determinado tema.

¹⁴² Na visão de Paulo Nader a jurisprudência é fonte formal indireta do Direito, pois não cria norma jurídica, mas fornece substratos para a interpretação desta. (NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 167).

¹⁴³ É também o que conclui Fredie Didier Jr. (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. Vol. II. p. 387).

¹⁴⁴ A doutrina italiana reconhece a importância do papel da jurisprudência, a encarando como verdadeira fonte do direito, é claro que em plano inferior ao da lei. (NOVA, Giorgio de. Sull'interpretazione del precedente giudiziario. In: VISINTINI, Giovanna. **Metodologia nello studio della giurisprudenza civil e commerciale**. Milano: Giuffrè. 1999. P. 250.)

¹⁴⁵ Miranda Rosa destaca a necessidade de se promover o estudo da jurisprudência dos tribunais. (ROSA, Felipe Augusto de Miranda; CANDIDO, Odila D. de Alagão. **Jurisprudência e mudança social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988. p. 179).

É neste contexto que Mauricio Ramires¹⁴⁶ critica a forma como a interpretação das decisões é feita no direito brasileiro. Palavras soltas de acórdãos utilizadas como fundamento determinante de outras decisões, a não consideração da existência de divergência jurisprudencial no âmbito do próprio tribunal ao qual se faz referência, enfim, um círculo vicioso de reprodução descompromissada de precedentes judiciais.

Cabem aos magistrados, na garantia de sua imparcialidade e da sua independência funcional motivar todas as suas decisões, legitimando a própria função jurisdicional e construindo uma jurisprudência sólida e que transmita confiança à sociedade, eis que construída após debates entre as partes e ponderações das autoridades judiciárias.

Tal, entretanto, está longe de ocorrer em nosso ordenamento jurídico. Os tribunais, no exercício de suas atividades judicantes, não demonstram a preocupação em construir uma jurisprudência que transmita segurança jurídica a sociedade. Não, na verdade, fomentam um ciclo vicioso de prestígio às ementas dos julgados, o que leva os advogados a reproduzir as ementas¹⁴⁷, sem analisar o conteúdo da fundamentação da decisão, deixando de prestigiar a própria jurisprudência existente, que em muito pode contribuir para a solução do caso concreto, quando analisada e discutida no processo.

Fora tal realidade, vemos a moderna tendência de prestígio aos informativos¹⁴⁸ de jurisprudência dos tribunais superiores, em um movimento que cria um mercado bibliográfico de obras que se prestam a interpretar os resumos das decisões proferidas pelos tribunais superiores.

As ementas dos julgados ganham valor quase que absoluto e passam a ser reproduzidas indiscriminadamente, sem que o profissional sequer se dê ao trabalho de analisar o inteiro teor da decisão e compreender a razão daquela decisão. E, a prática diuturna revela que os tribunais não são dotados de técnicas¹⁴⁹ de redação de ementas

¹⁴⁶ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

¹⁴⁷ A leitura das ementas nem sempre transmite o que restou decidido na fundamentação.

¹⁴⁸ Há que se ter muita cautela com os informativos de jurisprudência, pois se tratam de resumos elaborados servidores dos tribunais que, por meio de suas palavras, registram as conclusões expostas pelo tribunal acerca do julgamento de determinada matéria.

¹⁴⁹ Maurício Ramires também defende a função da ementa como mero instrumento de catalogação de decisões e que sua redação deva ser precedida de técnicas próprias. (RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 49-50).

de acórdãos, o que nos permite, em muitos casos, constatar absurdos, como ementas que não exprimem a realidade do julgamento transcrito no acórdão.

A ementa de um julgado passa a ser redigida como um resumo da decisão, extremamente genérico e que não exprime as particularidades do caso concreto. Cria-se, portanto, através da ementa uma regra passível de reprodução em casos futuros, incentivando partes e magistrados à sua utilização indiscriminada.

Não é a toa que o Superior Tribunal de Justiça, em especial, exige o confronto analítico das decisões apostas no Recurso Especial, quando este é interposto com fundamento no permissivo do art. 105, III, 'c', da Constituição Federal, requisito este que, diga-se de passagem, não é observado na grande maioria dos recursos.

Estamos perdendo o hábito do debate, do confronto de teses jurídicas em detrimento da utilização de enunciados prontos que, na maioria das vezes não se prestam à aplicação no caso concreto. A forte tendência à utilização de modelos, seja de peças processuais, seja de decisões contribui apenas para o enfraquecimento e descredibilidade da figura do Judiciário. A ruptura de metas, as estatísticas mensais e muitos outros fatores contribuem apenas para o enfraquecimento da atividade jurisdicional efetiva e de qualidade.

Michele Taruffo, como bem destaca o Prof. Leonardo Greco¹⁵⁰, em sua resenha sobre o livro “*La motivazione della sentenza civile*”, afirma que a motivação justifica o resultado alcançado pela decisão judicial.

Conforme se observa da doutrina histórica, podemos registrar a existência de dois sistemas de motivação, um de origem francesa e outro de origem alemã. Naquele primeiro, que de certo ponto, aproxima-se do sistema jurídico brasileiro, a motivação das decisões é uma regra geral e obrigatória. O mesmo, entretanto, não pode ser dito em relação ao segundo sistema, onde se exige a motivação apenas no processo civil de rito ordinário, dispensando-a em diversos outros procedimentos¹⁵¹.

Caminhamos em direção ao prestígio dos precedentes, vide a adoção da súmula vinculante, mecanismos de freios recursais quando a decisão confronta a súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores. Contudo, há que se ponderar se

¹⁵⁰ GRECO, Leonardo. Resumo do livro de Michele Taruffo *La motivazione della sentenza civile* (CEDAM, Padova, 1975), in **Revista de Processo**, ano 32, n° 144, fevereiro de 2007, Revista dos Tribunais, São Paulo, págs. 306/327, p. 306.

¹⁵¹ Ibid, p. 317.

realmente estamos prontos para trilhar tal caminho e, por ora, parece-nos que tal constatação ainda é negativa.

Em estudo sobre o sistema de precedentes, Michele Taruffo¹⁵² reconhece que a teoria geral dos precedentes e os conceitos de *obiter dictum*, *ratio decidendi*, *overruling* e *overriding*, não são suficientes para a análise da natureza e da estrutura da decisão. Em nosso caso, por exemplo, tais concepções são muito recentes e poucos são os estudos que se desenvolvem. A análise e a compreensão de como se revela o precedente e o motivo determinante de uma decisão judicial parece-nos a pedra fundamental para a adoção de um sistema que prestigie e valorize as decisões judiciais.

Aliado a esse fator, o jurista italiano reconhece que o sistema de precedentes apresenta falhas e, a principal delas reside na forma como a decisão de um caso será aplicada aos processos futuros, algo ainda não estudado com profundidade, mas que no sistema da *common law* foi solucionado com a adoção do efeito vinculante¹⁵³, agora importado ao Brasil.

Não temos uma cultura de prestígio e construção linear da jurisprudência o que já se apresenta como ponto negativo à adoção de uma teoria de precedentes.

É bem verdade que a estrutura do julgamento dos recursos que apresentem repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal e os processos repetitivos representativos de controvérsia perante o Superior Tribunal de Justiça indicam uma tendência de imposição à jurisprudência dos tribunais superiores, principalmente em razão da redação dos arts. 543-B, §§3º e 4º e 543-C, §7º, II e §8º, todos do Código de Processo Civil, que confere aos tribunais a possibilidade de se retratar, em razão da decisão prolatada pelo tribunal superior.

Da simples análise da súmula do Supremo Tribunal Federal podemos reconhecer nossa ineficiência. O Prof. Leonardo Greco¹⁵⁴ já havia sinalizado, há muito, tal fato, ao elaborar minucioso estudo sobre os enunciados do STF a respeito do Mandado de Segurança. Constatou o respeitável processualista que o Supremo Tribunal Federal foi capaz de editar enunciados concisos, de caráter persuasivo, a respeito de

¹⁵² TARUFFO, Michele. “Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, 1994, págs. 19 e ss., pp. 20/21

¹⁵³ Esse efeito vinculante não é absoluto pois, por exemplo, os magistrados norte-americanos e os membros da *House of Lords* não se vinculam as suas próprias decisões. (TARUFFO, Michele. “Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, 1994, págs. 19 e ss. p. 24/25).

¹⁵⁴ GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança, in *Estudos de Direito Processual*, Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs. 401/422.

questões processuais sobre o Mandado de Segurança, sem observar o conteúdo das decisões que justificaram a edição do verbete, adotando decisões muito antigas, proferidas por outra composição de ministros do tribunal e que não mais refletia o pensamento dos atuais ministros¹⁵⁵.

Para a constituição de um precedente sólido há que se exigir uma quantidade razoável de decisões a respeito daquela matéria que permitam inferir que a questão foi amplamente debatida e analisada. Um precedente baseado em uma única decisão ou, um precedente baseado em uma infinidade de decisões repetitivas não são relevantes¹⁵⁶.

A idade do precedente também é um ponto importante a ser analisado, pois uma regra constituída a partir de decisões muito antigas pode não mais espelhar a realidade da questão e a solução que os tribunais, atualmente, adotam naqueles casos. Por outro lado, precedentes constituídos a partir de decisões muito recentes também tendem a ser frágeis, haja vista a inexistência de um esgotamento do enfrentamento da questão, com o amadurecimento necessário para a sua constituição¹⁵⁷.

A prática reiterada do STF em editar enunciados descompromissados com os fundamentos da jurisprudência adotada paradigma permite-nos constatar a força que o precedente apresenta, principalmente quando se destaca dos acórdãos que o “fundamentam”, passando a constituir uma fonte autônoma do Direito.

Em nosso sistema nos deparamos com situações em que o Supremo Tribunal Federal adota determinada tese jurídica em votação apertada. E, diante deste julgamento, juízes passam a adotar a solução jurídica ali alcançada de modo absoluto, sem sequer levar em consideração os votos vencidos, adotando a fundamentação do STF como um discurso pronto capaz de justificar o acolhimento ou a negativa de pretensões.

Não há um confronto entre o caso decidido pela Corte Superior e o caso concreto posto diante do Juiz. Não são levados em consideração os motivos que

¹⁵⁵ O estudo ora em referência merece nossa atenção, pois de forma minuciosa, analisa os vícios na edição dos enunciados da Súmula do STF, como referência a processos que, não obstante sequer terem o mérito analisado, são os paradigmas do verbete; adoção de decisões muito antigas para justificar a edição do enunciado; adoção de acórdãos paradigma que enfrentam a questão objeto do verbete a título de *obiter dicta*; criação de uma regra nova que sequer foi alvo dos acórdãos que fundamentam o enunciado.

¹⁵⁶ TARUFFO, Michele. “Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano XLVIII, 1994, págs. 19 e ss., p 25.

¹⁵⁷ *Ibid*, p. 26.

levaram parte dos Ministros a não acolher a tese vencedora, razões estas que, em muitas das vezes, envolvem aspectos fáticos do julgamento.

Uma argumentação acessória da decisão passa a ser tomada como absoluta pelas instâncias inferiores, numa tendência de reprodução descompromissada de precedentes.

Há que se distinguir, como muito bem colocado por Taruffo¹⁵⁸, o que é um precedente e o que é um exemplo. O precedente é constituído a partir de decisões a respeito de determinada matéria, na qual a *ratio decidendi* é adotada com efeito vinculante para casos futuros, permitindo-se a consolidação da jurisprudência. O mesmo não pode ser dito em relação ao exemplo que apresenta uma eficácia meramente persuasiva, reforçando apenas um aspecto da decisão.

O exemplo, diferentemente do precedente, não apresenta uma relação de subsunção entre a questão posta no processo e a solução adotada pela jurisprudência, daí a sua função ilustrativa. Para se adotar um precedente, há que se ter a legitimidade para tanto, o que não necessariamente se exige na utilização do exemplo¹⁵⁹.

Se por um lado mantemos a idéia de que a jurisprudência se presta apenas à revelação do direito preexistente¹⁶⁰, não podemos deixar de levar em consideração o crescente ativismo desempenhado pelo Poder Judiciário corrigindo os inúmeros equívocos praticados pelo Poder Legislativo com a edição de leis mal elaboradas e suprimindo as omissões do Legislativo e do Executivo.

Estas observações permitem constatar o quão distantes estamos da praxe jurisprudencial dos países da *common law* e que ainda temos muito a apreender para a aplicação do efeito vinculante dos precedentes¹⁶¹.

¹⁵⁸ TARUFFO, Michele. "Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria". **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano XLVIII, 1994, págs. 19 e ss., p. 28-31.

¹⁵⁹ Explica o Prof. Leonardo Greco, em seu estudo sobre a súmula do STF, que os enunciados sobre o mandado de segurança não constituem precedentes, mas verdadeiros exemplos, eis que o STF não detém legitimidade política para tratar de questões atinentes à lei federal, tendo em vista que sua missão é a guarda da Constituição Federal. Logo, os enunciados sobre mandado de segurança são dotados de mera aplicação discricionária, não podendo ser imposta qualquer eficácia vinculante aos mesmos. (GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança, in **Estudos de Direito Processual**, Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs. 401/422. p. 409.)

¹⁶⁰ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 206.

¹⁶¹ Lamentavelmente seguimos, ainda que timidamente, a tendência de extinção dos julgamentos colegiados em detrimentos de decisões monocráticas. Tal atitude revela uma conduta que apenas enfraquece o Poder Judiciário, eis que ao julgar as questões em colegiado, o Judiciário reflete a sua própria legitimidade política que se revela através da motivação das decisões e pelo julgamento em órgãos colegiados. Sobre o desaparecimento do princípio da colegialidade dos julgamentos, conferir: COHENDET, Marie-Anne. "La collégialité des juridictions: un principe em

Nesse ponto, a própria vinculação dos magistrados às decisões dos tribunais deve ser alvo de análise, principalmente diante da existência da Súmula Vinculante e de suas peculiaridades.

Partindo-se do pressuposto de que a edição do enunciado vinculante deve estrita observância aos fundamentos relevantes dos diversos precedentes que deram ensejo à sua criação, convém analisar qual dos três institutos, o enunciado, o precedente ou a própria súmula serão dotados do caráter vinculativo.

Embora a Constituição Federal se utilize da expressão Súmula Vinculante, o legislador ordinário, atendendo às críticas formuladas pela doutrina, editou a Lei nº 11.417/06 corrigindo o deslize constitucional, ao fazer referência a expressão enunciado.

Entretanto, não podemos deixar de considerar que o precedente¹⁶², ou seja, o caso concreto que dá ensejo à edição de um enunciado passa a integrar a Súmula da Jurisprudência do respectivo Tribunal.

Portanto, para a dúvida sobre qual dos institutos é dotado de caráter vinculante, a súmula, o enunciado ou o precedente.

Sem sombra de dúvida, entendemos que o precedente nunca poderá ser dotado de efeito vinculante. Isto porque, trata-se da solução de uma hipótese concreta. Nosso sistema jurídico apresenta características ínsitas ao *civil law*, visto que as decisões proferidas em casos concretos, via de regra, têm eficácia *inter partes*. Ademais, ao reconhecer que o precedente é dotado de efeito vinculante, estaríamos adotando o sistema do *comom law*, tornando desnecessária a própria súmula vinculante.

Desse modo, nos resta analisar se o efeito vinculante estende-se ao enunciado ou a toda súmula.

Percebe-se que atualmente, em nosso ordenamento jurídico, nos deparamos com dois tipos de súmulas. Aquelas editadas pelo Supremo Tribunal Federal antes da EC nº 45/04, e a Súmula com efeito Vinculante.

Há que se fazer a distinção entre a “súmula comum”¹⁶³, composta por enunciado que o Supremo Tribunal Federal edita comumente, e a Súmula Vinculante.

voie de disparition?”, in *Revue française de droit constitutionnel*, nº 68, outubro de 1006, ed. PUF, Paris, p.713/736.

¹⁶² Pela doutrina do *stare decisis et non quieta movere* (seguir as decisões e não desprezar o que já está assente) presente no Direito norte-americano, as questões futuras envolvendo casos similares devem ser decididas da mesma maneira, visto que esta regra se funda em quatro pilares: a igualdade, o respeito, a economia e a previsibilidade. (JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como Norma Jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 240, p. 225-264. abr. / jun. 2005. p. 233).

Aquela é uma síntese de decisões da Corte sobre normas, enquanto que a Súmula Vinculante é “uma norma de decisão”¹⁶⁴, ou seja, seus enunciados têm poder normativo.

Por questões terminológicas seria inadequado dizer que a Súmula é dotada de caráter vinculante, haja vista a existência de enunciados da Súmula do Supremo Tribunal Federal que não são dotados de efeito vinculante e ainda têm aplicabilidade no ordenamento jurídico.

Ademais, a interpretação do conteúdo do enunciado sumular deve sempre observância aos precedentes que deram ensejo à sua decisão, a fim de se evitar barbaridades¹⁶⁵ que já ocorreram através da errônea interpretação dos enunciados persuasivos do Supremo Tribunal Federal, mormente os de n^{os} 622, 625 e 626.

O mesmo também deve ser dito em relação à edição dos recentes enunciados componentes da Súmula Vinculante. O verbete n^o 11 é um nítido exemplo de como o STF ainda não observa regularmente a técnica de redação de enunciado vinculante. Primeiro, pois o STF não possuía reiteradas decisões acerca do tema, mas tão-somente o julgamento de um *Habeas Corpus*, cuja questão principal não era o tema da utilização das algemas, mas sim a nulidade do ato processual. O segundo ponto diz respeito à carência de disposições legais que tratassem do tema à época do fato e à época da edição do enunciado¹⁶⁶.

Dessa maneira, a melhor alternativa é reconhecer o enunciado como instrumento dotado de efeito vinculante, embora um dia, quando for conferido efeito vinculante a todos os enunciados do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 8^o da EC n^o 45/04, poderemos dizer que existe apenas uma Súmula Vinculante, haja vista a existência, tão-somente, de enunciados dotados de efeito vinculante.

Também não se pode deixar de concluir que apenas o Poder Executivo (administração pública direta e indireta e os entes federados¹⁶⁷) e os órgãos do Poder

¹⁶³ Para Fredie Didier Jr. um exemplo de vinculação aos precedentes no Brasil é a necessária observância que o tribunal deve conferir aos verbetes de sua própria súmula. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. Vol. II. p. 389).

¹⁶⁴ É como entende o Ministro Celso de Mello, conforme externado durante a edição dos três primeiros enunciados da Súmula, no ano de 2007.

¹⁶⁵ É a observação do Prof. Leonardo Greco em seu cauteloso estudo sobre os enunciados da Súmula do Supremo Tribunal Federal. (GRECO, Leonardo. **Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 01 de dezembro de 2008).

¹⁶⁶ O Código de Processo Penal trouxe previsão expressa a respeito das algemas apenas através da Lei n^o 11.689/08, que reformou o procedimento do júri. Antes, apenas uma vaga disposição na Lei de Execuções Penais, em seu art. 199.

¹⁶⁷ Não obstante a omissão legal, deve ser inserido o Distrito Federal como ente obrigado à observar os enunciados sumulares porventura editados, conforme destaca Leonardo Figueiredo. (FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Súmula

Judiciário devem observância aos enunciados sumulares, visto que a Lei nº 11.417/06 e a Constituição, em momento algum, fazem referência à vinculação do Poder Legislativo ao enunciado sumular, como bem observa a doutrina.¹⁶⁸

Analisando o tema, Rodrigo Jansen¹⁶⁹ também reconhece que a Súmula Vinculante, dotada de hierarquia de Emenda Constitucional, “não vincula” o Poder Legislativo, de modo direto, visto que inviável o manejo da Reclamação Constitucional contra ato legislativo.

Afirma o citado autor que qualquer lei editada em confronto com o enunciado da Súmula é tida por antijurídica, visto que somente a Emenda Constitucional seria capaz de superar um enunciado da Súmula Vinculante. Desse modo, quando da aplicabilidade da lei tida por antijurídica, seja mediante ato administrativo ou decisão judicial, será possível a utilização da Reclamação, sendo, pois, indiretamente atacado o ato legislativo, razão pela qual haveria a indireta vinculação do Poder Legislativo.

No que concerne à vinculação do STF aos seus próprios enunciados José Carlos Buzanello¹⁷⁰ entende que o Supremo Tribunal Federal, por razões de autodisciplina, deva observar seus próprios enunciados. Rodolfo Hartmann também acompanha este mesmo raciocínio, entendendo que o STF só poderia deixar de observar seus próprios enunciados quando os revisse ou cancelasse¹⁷¹.

Alexandre de Moraes¹⁷², por seu turno, reconhece que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado aos termos de seus próprios enunciados em razão do texto da Emenda Constitucional nº45/04.

vinculante e a Lei nº 11.417, de 2006: apontamentos para compreensão do tema. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 141-155, 2007. p. 147).

¹⁶⁸ Convém destacar que José Carlos Buzanello e Rodolfo Kronenberg Hartmann destacam que em suas funções típicas, ou seja, durante o exercício das atividades legiferantes, o Poder Legislativo não estaria obrigado a observar o enunciado sumular. Todavia, indiretamente, é possível que o Poder Legislativo deva observância aos enunciados, nas hipóteses em que o STF reconhece a inconstitucionalidades dos atos legislativos. (BUZANELLO, José Carlos; BUZANELLO, Grazielle Mariete. Exequiabilidade da súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 174, p. 25-33, abril / jun. 2007. p. 27); (HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Súmula vinculante e a Lei nº 11.417/06. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 39, p. 275-294, 2007. p. 282-283).

¹⁶⁹ JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como Norma Jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, nº 240, p. 225-264. abr. / jun. 2005. p. 249.

¹⁷⁰ BUZANELLO, José Carlos; BUZANELLO, Grazielle Mariete. Exequiabilidade da súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 174, p. 25-33, abril / jun. 2007. p. 27.

¹⁷¹ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Súmula vinculante e a Lei nº 11.417/06. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 39, p. 275-294, 2007. p. 282.

¹⁷² MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 510.

A questão da vinculação, aliás, já foi solucionada no Direito Norteamericano, reconhecendo a Suprema Corte dos Estados Unidos a sua não vinculação aos seus próprios precedentes.

Uma realidade interessante do direito brasileiro que confronta com o sistema de precedentes da *common Law*, reside especificamente nos meios de impugnação às decisões que deixam de aplicar os precedentes das Cortes Superiores.

Nos últimos anos temos visto o crescente aumento do uso da Reclamação como mecanismo capaz de provocar o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça quando uma decisão de tribunal inferior deixa de observar precedente emanado destes tribunais superiores.

Ocorre que a essência da Reclamação é garantir a autoridade da decisão do tribunal superior naquele caso concreto que deu ensejo a sua prolação. A prática, entretanto, tem revelado que outras partes invoquem em seus casos concretos a aplicação de precedentes do Supremo Tribunal Federal, conferindo verdadeira eficácia vinculante a decisões do STF. Um nítido exemplo ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* que culminou na declaração de inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos, por via do controle difuso. Diante de inúmeras decisões que encararam a decisão do STF como precedente meramente persuasivo, sem qualquer vinculação, diante da ausência de manifestação do Senado quanto à suspensão da execução do diploma legal, o Supremo foi instado a se manifestar, por meio de Reclamação, em razão de decisão de magistrado que não aplicou o precedente.

A doutrina da *common Law*¹⁷³ não registra a existência de nenhum mecanismo capaz de combater decisões que não aplicam precedentes, até porque a vinculação não é de todo absoluta.

Maurício Ramires¹⁷⁴ observa que a violação de uma decisão do Supremo Tribunal Federal prolatada em sede de controle difuso de constitucionalidade passa a ter mais proteção do que a violação de uma norma legal ou constitucional. Enquanto a inobservância da decisão pode ser combatida perante o próprio STF pela via da reclamação, a inobservância de lei ou Constituição será combatida através de diversos recursos, até que se possa alcançar o STF, desde que, é claro, a matéria apresente repercussão geral.

¹⁷³ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 81.

¹⁷⁴ *Ibid.* p. 82.

4.2 – Exemplo de errônea aplicação de instrumentos de uniformização - os equívocos na aplicação do art. 557 do CPC – um defeito a ser consertado

A possibilidade de não admitir o recurso interposto não é novidade no Direito Processual Civil brasileiro, visto que o disposto no caput do art. 557 e em seu §1º-A contemplam mecanismo similar. Estes dispositivos cuidam do permissivo concedido ao relator em negar ou dar provimento monocraticamente a determinado recurso, não o submetendo à apreciação do órgão colegiado, sempre que a decisão recorrida estivesse em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores ou do respectivo tribunal, conforme o caso.

Tal norma, muito utilizada pelos julgadores¹⁷⁵ teve por escopo alcançar a celeridade dos julgamentos, pois o órgão colegiado era obrigado a se reunir e decidir questão que poderia ser solucionada monocraticamente pelo relator do recurso.

Críticas à efetividade do instituto merecem ser formuladas, uma vez que o §1º do art. 557 do CPC permite que da decisão que nega ou acolhe de plano o recurso, possa a parte interpor Agravo Inominado contra tal decisão, a ser julgado pela Turma ou Câmara que deveria ter examinado o recurso inicial. Logo, o objetivo preconizado pelo legislador não foi alcançado, pois haverá um novo recurso a ser examinado, acarretando um esforço duplo, pois é necessário que o relator examine o recurso e profira sua decisão monocrática e, posteriormente, o colegiado poderá ser provocado à reexaminar a decisão monocrática do relator¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Na prática, os relatores dos recursos têm abusado na aplicação indiscriminada do art. 557, do CPC, comportando-se como verdadeiros magistrados, pois decidem os recursos na solidão de seus gabinetes.

¹⁷⁶ É bem verdade que em extensa pesquisa sobre a utilização do Agravo Inominado do art. 557 do CPC, a Prof. Leslie Ferraz constatou a baixa utilização do referido recurso contra as decisões monocráticas no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, uma vez que apenas um terço do universo de recursos extintos por decisões monocráticas são atacados pelo Agravo Inominado. (FERRAZ, Leslie Shériida. **Decisão monocrática e Agravo Interno: celeridade ou entrave processual? A justiça do Rio de Janeiro.** Disponível na internet: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4143/Ferraz%20-%20Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica%20e%20agravo%20interno.pdf?sequence=1>. acesso em 02 de outubro de 2010).

Certo é que a dicção do §1º-A do art. 557 do CPC é clara ao afirmar que somente “se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

Logo, a primeira conclusão que podemos alcançar é a de que a existência de enunciado sumular e orientação jurisprudencial¹⁷⁷ de Tribunais locais não admite a aplicação do art. 557, §1º-A do CPC, por expressa ausência de autorização legal.¹⁷⁸

Em outras palavras, é possível ao relator, com base na jurisprudência do tribunal de origem, negar seguimento ao recurso, na forma do *caput* do art. 557, do CPC. Entretanto, para dar provimento é necessário que a desconformidade tenha sede na jurisprudência ou nos enunciados sumulares do STF ou de Tribunais Superiores, conforme a redação do art. 557, §1º-A do CPC.

Observe-se a diferença ente os institutos: a Lei processual autoriza o relator a negar seguimento ao recurso, quando a decisão está em confronto com a orientação do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal ou Tribunal Superior. Para dar provimento ao recurso somente se admite se a orientação for a ditada pelo Supremo Tribunal ou Tribunal Superior.

Ou seja, nos tribunais locais é vedado ao relator prover o recurso ainda que o tema seja objeto de súmula do seu tribunal ou caso já pacificado pela jurisprudência de sua Corte.

E foi sábio o legislador ao restringir a possibilidade de provimento liminar do recurso somente quando a decisão estivesse em confronto com a orientação do STF e de Tribunal Superior.

Esta restrição se dá pelo fato destas Cortes examinarem, em última instância, o direito objetivo, diferentemente dos Tribunais locais, que examinam o direito objetivo e subjetivo, ou seja, a matéria jurídica e fática. Daí a impossibilidade de se prover o recurso apenas com base na jurisprudência dos tribunais locais.

¹⁷⁷ Um equívoco grave praticado pelos julgadores diz respeito à confusão feita entre os conceitos de jurisprudência e julgado. A lei processual é clara ao autorizar a aplicação do art. 557 quando há jurisprudência dominante, assim entendida como a consolidação de reiteradas decisões. A existência de um único julgado que abone determinada tese jurídica não pode albergar a aplicação do mecanismo do art. 557, do CPC.

¹⁷⁸ Na prática, os tribunais locais têm aplicado indiscriminadamente o art. 557, §1º-A do CPC, dando provimento a recursos com base em enunciados de suas próprias súmulas, o que vai de manifesto confronto ao texto de lei.

A prática, entretanto, tem revelado um verdadeiro abuso na utilização dos permissivos legais ora destacados, visto que os relatores dos recursos têm prolatado diversos julgamentos monocráticos em processos cuja matéria não se encontra sob o amparo de súmula ou de jurisprudência predominante do próprio tribunal local ou de tribunais superiores.

Na realidade diária de nossos tribunais no deparamos com uma verdadeira colegialidade mentirosa, seja pelos diversos mecanismos que conferem ao relator a possibilidade de decidir monocraticamente o recurso, tornando-se um verdadeiro “juiz monocrático de segundo grau”, seja pela própria dinâmica processual, onde diversos recursos não são submetidos ao crivo de um revisor, ou em sessões de julgamento em que são lidos “resumos das ementas” e os membros do colegiado acompanham o voto condutor sem qualquer comprometimento com a realidade dos autos.

Daí a necessidade de se preservar a oralidade nos tribunais, garantindo aos advogados, Defensores Públicos e membros do Ministério Público a sustentação oral dos recursos, como forma de conscientizar e esclarecer os membros da Corte das particularidades daquela demanda. Como bem observa o Prof. Leonardo Greco¹⁷⁹ a oralidade é uma das principais garantias fundamentais do processo, não podendo ser suprimida o direito conferido à parte de se comunicar com o magistrado da causa.

A motivação das decisões pressupõe o debate entre os membros do colegiado e também espelha como observa o Prof. Leonardo Greco¹⁸⁰ uma verdadeira garantia fundamental do processo. Aliás, podemos encará-la como uma das garantias mais importantes do processo, pois é através da fundamentação da decisão que o magistrado legitima a sua atuação através da aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

A monocratização dos tribunais deve ser combatida a todo custo, pois é da essência do tribunal o julgamento colegiado. Se é fato que há uma tendência mundial em se enfraquecer o princípio da colegialidade¹⁸¹, tal realidade deve ser combatida a todo custo. Qualquer justificativa à existência do recurso faz referência à falibilidade

¹⁷⁹ Leonardo Greco, “Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo”, in **Estudos de Direito Processual**, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225/286.

¹⁸⁰ Ibid. p. 225/286.

¹⁸¹ COHENDET, Marie-Anne. “La collégialité des juridictions: um princípio em voie de disparition?”, in **Revue française de droit constitutionnel**, n° 68, outubro de 1006, ed. PUF, Paris, p.713/736.

humana e a necessidade de se submeter o exame da causa a outros magistrados com mais experiência¹⁸².

O fato de haver um intenso e crescente volume de demandas trazidas ao Judiciário não pode permitir o “julgamento de processos por pilha”, em que causas de pedir completamente distintas são tratados do mesmo modo, muitas vezes separadas por servidores despreparados que não são capazes de avaliar as diferenças de cada situação jurídica.

Há um enunciado no FONAJEF – Fórum Nacional de Juizados Especiais Federais¹⁸³ que reflete toda essa realidade, pois permite a utilização de “contestações depositadas na Secretaria” permitindo a prolação da sentença de mérito.

Veja que imediatamente após a distribuição da petição inicial a Secretaria do Juízo anexa aos autos uma contestação padrão permitindo a imediata prolação de sentença. Ocorre que a utilização destas contestações obsta que se analise questões processuais, como inépcia da inicial, ausência de alguma das condições da ação ou de algum pressuposto processual.

Toda essa breve digressão tem o objetivo de demonstrar como um mecanismo processual pode ser desvirtuado, quando aplicado de forma indiscriminada, em desconformidade com os dispositivos legais que o regulamentam.

E, certamente, a súmula impeditiva de recursos também esbarrará em problema similar, pois haverá juízes que deixarão de receber o recurso quando a sentença estiver em conformidade com a súmula do próprio tribunal local, não obstante a própria redação do dispositivo legal, restringir sua aplicabilidade à súmula do STF e do STJ.

¹⁸² Lamentavelmente os tribunais superiores têm reconhecido a validade de julgamentos em que o órgão colegiado é composto, em sua maioria, por magistrados de primeiro grau convocados para prestar auxílio.

¹⁸³ Enunciado n.º 2 - Nos casos de julgamentos de procedência de matérias repetitivas, é recomendável a utilização de contestações depositadas na Secretaria, a fim de possibilitar a imediata prolação de sentença de mérito.

4.3 - Critérios necessários para a modulação da jurisprudência a partir de elementos do próprio ordenamento jurídico brasileiro

O pressuposto fundamental para a possibilidade de modulação temporal da alteração jurisprudencial é a existência de um ou mais critérios objetivos que permitam ao tribunal analisar se aquela mudança acarretará efeitos amplos na vida do jurisdicionado, de sorte que a restrição dos efeitos da decisão garanta segurança das relações jurídicas.

Na Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99), da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei nº 9.882/99) e da Súmula Vinculante (Lei nº 11.417/06) o legislador ao prever a modulação dos efeitos das decisões ali proferidas buscou estabelecer critérios objetivos, apesar de escorá-los em conceitos jurídicos indeterminados (razões de segurança jurídica, excepcional interesse social ou excepcional interesse público).

Já na Lei de repercussão geral do Recurso Extraordinário (Lei nº 11.418/06) e no julgamento de Recursos Especiais repetitivos (Lei nº 11.692/08) o legislador utilizou-se de conceitos como “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” ou “fundamento em idêntica questão de direito”.

No contexto normativo brasileiro, seria possível admitir a modulação temporal da alteração da jurisprudencial sempre que presentes os critérios constantes da Lei nº 9.868/99, da Lei nº 11.418/06 ou da Lei nº 11.692/08.

Caberia ao tribunal superior, analisar a repercussão da alteração jurisprudencial e quais seriam suas conseqüências aos cidadãos que confiaram naquele antigo precedente.

Havendo razões de interesse público, ou se tratando de uma questão que transcende o limite subjetivo da causa, apresentando aspectos econômicos, políticos, sociais ou jurídicos, seria dado ao tribunal refletir acerca da possibilidade de modulação

dos efeitos da alteração da jurisprudência, independentemente do ramo do Direito em que se situe a matéria.

Entretanto, a relevância da questão, por si só não pode ser suficiente a permitir a modulação temporal da alteração jurisprudencial. Seria necessário aferir se aquela jurisprudência era realmente pacífica no seio do tribunal e se determinados princípios se encontram presentes, de modo a garantir a segurança jurídica das relações.

Haveria a necessidade de estar caracterizada a boa-fé e a confiança legítima do jurisdicionado de modo a permitir a modulação temporal, evitando-se conseqüências danosas advindas da adoção de uma nova tese jurídica com a conseqüente superação do precedente.

Não há como negar que a justiça brasileira é lenta. A demora na prestação jurisdicional que, na grande maioria dos casos, advém da própria morosidade do Estado-Juiz não pode se tornar um elemento capaz de subtrair um direito.

Exemplifiquemos com a seguinte situação. CAIO tem demanda tramitando na Vara X, cuja expectativa média de conclusão do processo com a prolação de sentença seja de 08 (oito) meses. MÉVIO teve sua demanda distribuída à Vara Y, cujo tempo de conclusão médio de demanda similar é de 03 (três anos). Ambas as pretensões são idênticas, mas CAIO, que teve sua demanda julgada pela Vara X terá sua pretensão acolhida diante da jurisprudência pacificada. Já o pobre MÉVIO que teve seu processo em trâmite na Vara Y não terá a mesma sorte, pois meses antes da prolação da sentença, houve uma abrupta reviravolta na jurisprudência, rechaçando sua pretensão.

Se empregássemos as técnicas de modulação, MÉVIO não seria prejudicado, pois a alteração da jurisprudência só seria aplicada a casos futuros, cujo marco seria estabelecido pelo tribunal, que conservaria a aplicação da jurisprudência superada aos casos pretéritos.

Um sistema que prezasse por essas garantias prestigiaria a boa-fé, a segurança jurídica e protegeria a confiança dos cidadãos. O Judiciário não pode se tornar um mero e frio aplicador da lei, mas deve refletir e compreender as conseqüências de seus atos, controlando os atos estatais, permitindo a adoção da melhor solução aos casos concretos.

Convém observar que o anteprojeto do novo Código de Processo Civil possui capítulo¹⁸⁴ específico destinado ao respeito à uniformidade da jurisprudência, prevendo inclusive a possibilidade de modulação em seu art. 847, V.

Neste contexto, exige o dispositivo que a modulação dos efeitos seja acompanhada de fundamentação adequada e específica, diante da necessidade de se respeitar a estabilidade das relações jurídicas. É dizer, não bastará ao tribunal simplesmente afirmar que aquele precedente terá sua aplicabilidade restrita a determinado momento.

O novo precedente deverá ser claro quanto à modulação temporal de sua aplicação, devendo a decisão possuir fundamentação própria que demonstre os motivos que impedem ou obrigam a sua aplicação modulada.

O interesse social e a segurança jurídica passam a ser balizas fundamentais à modulação temporal da jurisprudência dominante dos tribunais superiores ou de hipóteses de processos repetitivos. Resta-nos, todavia, aguardar a publicação do novo códex.

Desta forma, cabe a nós a compreensão do que se entende por jurisprudência consolidada, bem como os fundamentos dos princípios da boa-fé, segurança jurídica e proteção da confiança.

¹⁸⁴ Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:
I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;
II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;
III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;
IV – 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;
V – 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.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º 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.

4.3.1 – Jurisprudência consolidada – como defini-la

Como ponto de partida a aplicação da modulação temporal da jurisprudência há que se pressupor que o processo não tenha transitado em julgado e que a questão de direito ainda esteja sendo debatida em alguma esfera judicial.

Com efeito, a alteração da jurisprudência, mediante a técnica de modulação operaria efeitos pró-futuro, cujo marco inicial seria estabelecido pelo tribunal, por exemplo, data do julgamento da causa.

Assim, processos já com trânsito em julgado não poderiam pretender a aplicação da jurisprudência, uma vez que faltaria aos interessados a confiança na jurisprudência, diante da existência de um título executivo desfavorável. Do contrário, haveria profunda insegurança jurídica, a medida que diversas demandas seriam reiniciadas, quando o objetivo da modulação é estabelecer a segurança jurídica das relações.

Em segundo lugar, há que se observar se houve alguma decisão anterior no processo que reconheceu o direito do litigante a luz da posição jurisprudencial superada e se esta jurisprudência era consolidada no âmbito do tribunal. É dizer, a sentença de 1º grau julgou procedente o pedido autoral, criando-lhe uma legítima expectativa, diante dos precedentes já existentes mas, por conta da mudança do paradigma, o tribunal, em grau de recurso cassa a decisão por adotar uma nova orientação.

Há a necessidade de se analisar se o tribunal que altera a jurisprudência teria, em momento anterior, sinalizado que aquele precedente já não traria a devida confiança e que momento próximo operaria sua revisão.

Como restou analisado, a técnica do *signaling* revela que o aviso do tribunal é um momento em que a confiança na jurisprudência antiga é rompida e um sinal de que a população deve se preparar para uma possível alteração.

Parece-nos que a modulação temporal só poderia ser adotada em sede de tribunais superiores, uma vez que sua jurisdição se opera por todo o território nacional, competindo, por exemplo, ao STJ a uniformização da legislação federal e ao STF a proteção da Constituição Federal.

Do contrário admitiríamos que os efeitos de uma alteração da jurisprudência proferida pelo Tribunal do Acre pudesse ser invocada em favor de uma parte cuja demanda é oriunda do Rio Grande do Sul. As diferenças econômicas, sociais e culturais teriam grande influência na construção da decisão, de sorte que a técnica de modulação se banalizaria, tornando-se mero expediente recursal apto a se tornar verdadeira chicana processual.

Até porque, havendo divergência entre as decisões de tribunais oriundos de unidades federadas distintas é possível a utilização do Recurso Especial, na forma do art. 105, III, 'c' da Constituição Federal. Logo, exige-se que a alteração da jurisprudência tenha ocorrido no próprio tribunal superior, seja o STF, STJ, TSE, TST ou STM.

É muito comum encontrarmos demandas em que ambas as partes – autor e réu - invocam precedentes favoráveis às suas teses, muitas das vezes oriundos do mesmo tribunal. Poucos são os tribunais locais que têm por hábito a utilização de expedientes de uniformização da jurisprudência.

A jurisprudência pressupõe um conjunto reiterado de decisões no mesmo sentido. Entretanto, é possível no âmbito de um tribunal encontrarmos correntes jurisprudenciais, ou seja, conjuntos de decisões antagônicas emanadas de órgãos diversos de um mesmo tribunal. Em casos como este, estamos diante de uma questão controvertida, uma vez que o tribunal não foi capaz de uniformizar se entendimento.

Tal situação não permitiria a utilização de uma técnica de modulação, tendo em vista que o Judiciário não foi capaz de prolatar um pronunciamento seguro e definitivo acerca da matéria, diante da existência de correntes antagônicas.

O Juiz, diante de decisões conflitantes deve aplicar aquela cuja *ratio decidendi* mais se espelha ao caso concreto posto à sua análise. Cabe a ele o ofício de motivar sua decisão justificando as razões que o levaram a adotar aquela tese. Não pode o mesmo simplesmente escolher uma das teses de modo descompromissado, sem demonstrar as razões que o levaram a tal postura, principalmente pelo fato de se estar diante de uma matéria divergente.

Há, todavia, a necessidade de se constatar eventuais conflitos aparentes na jurisprudência. Em outras palavras, é possível que o Juiz se depare com duas decisões que, a princípio, revelem-se conflitantes. Nestes casos, é de fundamental importância a

análise do conteúdo das decisões, identificando a *ratio decidendi* de cada uma delas, uma vez que o texto da ementa do acórdão nem sempre exprime a realidade do caso concreto julgado e, muitas vezes contribui para uma errônea interpretação por parte do aplicador.

Não é por outro motivo que a técnica de modulação temporal da jurisprudência deve vir acompanhada de um crescente estímulo a utilização dos instrumentos de uniformização da jurisprudência já existentes em nosso ordenamento.

A caracterização da jurisprudência uniforme é muito mais fácil quando o tribunal já enfrentou a questão por meio de incidente de uniformização, uma vez que a certeza da uniformidade e continuidade daquela tese jurídica é quase que absoluta, tranqüilizando, assim, o jurisdicionado brasileiro.

Exemplos práticos de como uma jurisprudência não é uniforme podem ser encontrados no dia-a-dia dos corredores dos tribunais. A exemplo, no Supremo Tribunal Federal, em matéria criminal podemos encontrar várias divergências nas decisões da 1ª e 2ª Turmas, como no que diz respeito a necessidade de apreensão da arma de fogo para a incidência da majorante do crime de roubo, sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes de tráfico de drogas etc.

Em tais, situações, por óbvio, não se pode admitir a invocação do princípio da confiança e até mesmo falar em jurisprudência pacífica, pois sequer há uma posição uniforme dentro do próprio tribunal. Logo, enquanto a matéria não for levada ao plenário do STF e não houver o julgamento definitivo da questão não seria possível admitir a utilização da técnica de modulação temporal.

O mesmo também deve ser dito em relação ao Superior Tribunal de Justiça, cuja estrutura orgânica é distinta. Se há divergências entre turmas, ou entre turma e seção, não é possível admitir que haja uma jurisprudência pacífica. Com efeito, compete à Seção compor divergência entre as turmas que a integram. Entretanto, havendo divergência entre a Seção e uma turma que não a integre, ou entre turmas de diferentes seções, competirá à Corte Especial dirimir a divergência.

Assim, no âmbito do STJ poderíamos encontrar a jurisprudência consolidada em dois momentos: o primeiro deles quando a matéria não encontra divergência em nenhuma das turmas, ou, em um segundo momento, quando o tema já foi alvo de composição, seja pela Seção ou pela Corte Especial.

A existência de enunciado de súmula¹⁸⁵ é ponto que traz extrema segurança e confiança, uma vez que sua edição pressupõe atividade própria realizada pelo tribunal, através de detida análise de diversos precedentes existentes acerca da matéria alvo do verbete.

O enunciado de súmula é um outro elemento capaz de indicar a certeza do posicionamento jurisprudencial em um tribunal. Assim, mais do que nunca, a revisão ou cancelamento de um enunciado de súmula também deveria sofrer a merecida reflexão acerca das conseqüências da alteração e da necessidade de modulação daqueles efeitos.

4.3.2 – A compreensão do conteúdo da decisão judicial – a revelação do precedente

Nos últimos anos, a atual composição do Supremo Tribunal Federal, em sua grande maioria, tem infirmado que em sede controle concentrado de constitucionalidade, os efeitos vinculantes da decisão não se restringem ao conteúdo da declaração de inconstitucionalidade da norma, presente no dispositivo da decisão. Em razão da chamada eficácia transcendente, o efeito vinculante¹⁸⁶ será ampliado para os fundamentos da decisão, para “a exegese constitucional e a própria lógica da decisão judicial.”¹⁸⁷

Nesse contexto, é que o Supremo Tribunal Federal e a doutrina têm invocado o *obiter dictum*¹⁸⁸ e a *ratio decidendi*, também conhecida como *holding*¹⁸⁹, como institutos capazes de explicar o fenômeno da vinculação da fundamentação das decisões no controle concentrado de constitucionalidade.

¹⁸⁵ Neste ponto nos referimos aos enunciados de súmula não vinculante.

¹⁸⁶ É por essa razão que se promove a distinção entre a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante. A eficácia *erga omnes*, a exemplo do que ocorre na coisa julgada, limita seus efeitos apenas ao dispositivo da decisão, enquanto que no efeito vinculante, os motivos determinantes, ou seja, a própria *ratio decidendi* também seriam abrangidos. (JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como Norma Jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, nº 240, p. 225-264. abr. / jun. 2005. p. 230).

¹⁸⁷ MELLO, op. cit., p. 204.

¹⁸⁸ São considerações, ditos de passagem, constantes da decisão que não apresentam qualquer conteúdo vinculante, por não serem essenciais à solução da questão.

¹⁸⁹ Pela *ratio decidendi*, a premissa em que se funda a decisão, não pode ser eliminada sem que haja afetação ao próprio conteúdo da decisão judicial. Daí, conferir-se o caráter vinculante aos motivos determinantes da decisão, visto que estes se apresentam imprescindíveis à sua própria elaboração.

Rodrigo Jansen define *obiter dictum* como¹⁹⁰:

Alguns argumentos poderão não estar diretamente conectados à questão julgada, quer dizer, poderá haver argumentos que o juiz menciona mais para ilustrar melhor o problema do que para resolvê-lo; não são argumentos imprescindíveis para a definição da lide. Esses argumentos são *obiter dicta* e não têm força vinculante.

Leonardo Greco destaca que¹⁹¹:

“a súmula, cujo enunciado não corresponder rigorosamente às *rationes decidendi* dos precedentes de que decorreu a sua formulação, constitui um verdadeiro abuso de poder do tribunal que a edita e não pode ser imposta como critério de uniformização e jurisprudência (...), sob pena de se dar força normativa a uma simples decisão administrativa de um tribunal superior.

Neste mesmo sentido leciona Rodrigo Jansen¹⁹², ao afirmar que:

A súmula vinculante (ou súmula de efeito vinculante) caracteriza-se por ser um enunciado sintético, geral e abstrato, com formato semelhante ao das súmulas não vinculantes, capaz de expressar a *ratio decidendi* comum às reiteradas decisões proferidas sobre matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cujo comando deverá ser seguido pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, em todos os níveis da federação.

Há que se distinguir o conteúdo do precedente, a fim de compreendermos qual parte da decisão permite a vinculação aos casos futuros. Assim, toda decisão é composta por duas partes, a primeira referente aos fatos que se referem ao caso concreto e a segunda referente tese jurídica adotada na decisão.

A segunda parte, a tese jurídica adotada configura o que a doutrina denomina *ratio decidendi*, os fundamentos principais que dão suporte a decisão¹⁹³, o princípio jurídico que o tribunal adota para a solução do caso concreto. É claro que segunda parte da decisão não é composta apenas de elementos que integram a *ratio decidendi*. Ao adotar determinada tese jurídica o magistrado adota um raciocínio lógico e muitas vezes para justificar sua posição, se utiliza de argumentos secundários, ditos de passagem para reforçar sua tese principal.

¹⁹⁰ JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como Norma Jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, nº 240, p. 225-264. abr. / jun. 2005. p. 235.

¹⁹¹ GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 01 de dezembro de 2008.

¹⁹² JANSEN, op. cit., p. 228.

¹⁹³ “*In primo luogo, la ratio decidendi esprime il principio di diritto alla stregua del quale è stato realmente deciso il caso oggetto del giudizio*” BIN, Marino. Precedente giudiziario, ratio decidendi e obiter dictum: due sentenze in tema di diffamazione. In: VISINTINI, Giovanna. *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale*. Milano: Giuffrè. 1999. p. 268.

O *dictum* é um argumento acessório, cuja utilização não seria necessária para a solução do caso concreto, mas que o Juiz utiliza apenas para fortalecer o raciocínio de sua decisão.

Na teoria dos precedentes a vinculação deriva da regra jurídica exposta na *ratio decidendi*¹⁹⁴. No direito brasileiro, como observa Fredie Didier Jr.¹⁹⁵ os magistrados não tem o dever de expressar a *ratio decidendi*, salvo na hipótese de utilização do incidente de uniformização da jurisprudência, onde o órgão superior do tribunal estabelece a tese jurídica a ser adotada pela câmara ou turma no julgamento do recurso, como já visto em capítulo anterior.

Analisando as técnicas de revelação do fundamento determinante da decisão Maurício Ramires¹⁹⁶ destaca a existência da nada menos que 64 métodos distintos, fazendo referência a quatro deles, tidos como principais.

Celso de Albuquerque Silva¹⁹⁷ destaca a existência de dois métodos para a identificação dos precedentes, o fático-concreto e o abstrato-normativo. O primeiro deles pressupõe a análise dos fatos materiais que orbitam em torno do precedente, ou seja, dentre o universo de fatos da causa, é necessário identificar quais se afiguraram materialmente relevantes para o deslinde da questão. Uma tarefa nem sempre fácil, visto

¹⁹⁴ É a observação também destacada por Celso de Albuquerque Silva (SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 183.)

¹⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. Vol. II.

¹⁹⁶ “Ao longo dos séculos, muito se discutiu a respeito da melhor maneira de encontrar o *holding* ou a *r.d.* de um caso. Karl Llewellyn, em 1960, identificou nada menos que 64 “técnicas” para fazer isso, e desde então surgiram muitas outras. Para exemplificar, podem ser citadas as seguintes, dentre as mais influentes: (a) Teste de Wambaugh – segundo o qual o que constitui a *r.d.* é a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira; (b) Teste de Godhart – que preconiza que a *r.d.* deve ser encontrada começando de uma maneira negativa, excluindo-se o que ela não é, e depois determinando os fatos do caso tratados pelo juiz como fundamentais (material facts), e sua decisão exclusivamente no que de refere a eles; (c) Teste de Oliphant – derivada do funcionalismo jurídico, propõe que os fatos que deram origem à decisão sejam disto como um estímulo, e que a decisão seja tomada como resposta a este estímulo, de modo que a *r.d.* não seria mais do que a combinação estímulo-resposta; (d) Fórmula Scalia – criada pelo Juiz da USSC Antonin Scalia, procura estabelecer um meio “neuro” de identificar o nível de generalidade de um *holding* (e, assim, a sua extensão a casos futuros), tomando a decisão do caso e generalizando-a aos poucos, até se chegar ao nível mais específico em que um direito constitucional assegurado pode ser identificado.” (RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 69).

¹⁹⁷ “Para o método restritivo fático-concreto, o *holding* do precedente é o princípio jurídico que o juiz encontra com base na sua ponderação e escolha de quais são os fatos considerados materiais e quais são considerados imateriais para a decisão da lide. A regra que irá governar o caso e os subsequentes é extraída exclusivamente do conjunto de fatos presentes na lide originária. Mais especificamente da forma como selecionados e distinguidos pelo juiz, como sendo materiais ou imateriais, ou seja, relevantes ou irrelevantes para explicar o resultado da decisão judicial.”

“Para o método abstrato-normativo, a adjudicação judicial baseada em precedentes, possui algumas similitudes com a adjudicação judicial baseada em textos legais, especial, embora não exclusivamente, quando a corte vinculante expressamente estatui de forma canônica o princípio ou regra que governa o caso, hipótese em que essa linguagem explanatória será tratada posteriormente como uma regra especificamente formulada. Nesse sentido, a atividade judicial deve se desenvolver a partir de regras externas e preexistentes à disputa. Isso importa dizer que, ao decidir a causa que lhe é posta para adjudicação, o juiz deve se valer de enunciados normativos que compreendam a *res in iudicio deducta*.” (SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 210-213.)

que as Cortes nem sempre são claras na redação das decisões, tornando dificultoso o trabalho do intérprete em identificar os fatos materiais.

Realizada a primeira tarefa de identificação dos fatos materiais, o Juiz que aplicará o precedente deve descobrir a regra, o princípio que norteia a conclusão do precedente para, então, reproduzi-la, em seu julgamento. Logo, havendo similitude entre os fatos materiais do precedente e os fatos do caso concreto, o Juiz estaria autorizado a reproduzir o princípio constante do precedente.

Pelo método abstrato-normativo não se afigura necessária a determinação dos fatos concretos da causa, mas, pelo contrário, extrair um princípio geral do precedente, a ser reproduzido no caso a ser julgado. Tal metodologia parte da idéia de que os fatos que nortearam a edição do precedente no passado, raramente são idênticos aos casos futuros. Daí a necessária existência de uma regra geral e abstrata extraída a partir das razões adotadas pelo tribunal que possa servir de norte aos casos futuros.

Podemos apontar ainda o método de Wambaugh que utiliza o sistema de proposições invertidas. Pela referida técnica, deve se analisar a proposição do precedente e inverter seu sentido. Se após a inversão o resultado da demanda se altera, estar-se-á diante da *ratio decidendi* do precedente. Do contrário, caso a solução do caso concreto não se altere com a inversão do sentido, a proposição analisada constitui-se como *obiter dictum*¹⁹⁸.

A simples existência de inúmeras técnicas de revelação da *ratio decidendi* de um precedente revela o quão é complexa a técnica no sistema da *common Law* e como o Judiciário brasileiro terá dificuldade em incorporar as técnicas de julgamento do sistema norte-americano.

¹⁹⁸ Rupert Cross e J.W. Harris relatam o referido método: “First frame carefully the supposed proposition of Law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also. In short, when a case turns only on one point the proposition or doctrine of the case, the reason for the decision, the *ratio decidendi*, must be a general rule without which the case must have been decided otherwise.” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 52).

4.3.3 – O Princípio da segurança jurídica

Três são os princípios que devem nortear a modulação da jurisprudência. São eles: a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé.

Tais postulados, como reconhece o próprio Supremo Tribunal Federal, revelam-se como expressões do Estado Democrático de Direito, cuja aplicabilidade opera-se até mesmo no campo do Direito Público, tendo em vista a sua alta carga ética e social.

Analisando, neste momento, a garantia da segurança jurídica, temos que o mero reconhecimento de um direito não se afigura suficiente para a manutenção da ordem jurídica. O sistema judiciário deve prever mecanismos capazes de assegurar a autoridade e previsibilidade de suas decisões.

Nossa Constituição Federal em seu art. 5º, *caput*, prestigia a segurança como a garantia aos direitos invioláveis, tais como liberdade, intimidade etc. Em outra vertente, a segurança é encarada como instrumento de proteção aos direitos subjetivos, seja através do respeito aos atos jurídicos perfeitos, coisa julgada¹⁹⁹ e direitos adquiridos, nos moldes postos pelo art. 5º, XXXVI da CF²⁰⁰.

O princípio da segurança jurídica encontra sustentáculo no próprio texto constitucional, eis que o ordenamento jurídico deve garantir a efetividade e solidez de seus pronunciamentos, afinal de contas, o objetivo do Direito é a pacificação social.

A segurança jurídica confere confiança aos cidadãos da transparência e continuidade do ordenamento²⁰¹, sendo a coisa julgada um de seus escudos, uma das garantias fundamentais do processo, como bem observa o Prof. Leonardo Greco²⁰², aptas a garantir a manutenção da ordem jurídica²⁰³.

¹⁹⁹ Osmar Mendes observa que a coisa julgada é um dos instrumentos da segurança jurídica. (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 38).

²⁰⁰ Ibid. p. 34-36.

²⁰¹ Guilherme Peña de Moraes divide a segurança jurídica em duas faces. Uma de cunho subjetivo voltada para a proteção da confiança da continuidade da ordem jurídica e outra de cunho objetivo, concernente à transparência do processo legislativo. (MORAES, Guilherme Peña. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 543)

²⁰² Leonardo Greco, “Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo”, in **Estudos de Direito Processual**, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225/286.

²⁰³ Essa observação também é feita por Osmar Côrtes que argumenta: “No nosso entender, não só a existência de normas e a prolação de uma decisão pelos Poderes competentes trazem a segurança, mas característica da imutabilidade que a decisão ganha. Não apenas pela simples prolação ou pela fundamentação é que a segurança é

Seja um valor²⁰⁴ ou uma qualidade do sistema jurídico, temos que a segurança jurídica deve sempre espelhar a garantia de estabilidade das relações jurídicas.

A certeza do Direito e a conseqüente uniformidade de comportamentos por parte do Estado traduz-se em segurança para a própria sociedade. A segurança²⁰⁵ jurídica nada mais é do que a proteção aos direitos e posições jurídicas adquiridas.

O direito, como uma ciência fundada no discurso, na argumentação pressupõe a existência de mecanismos capazes de assegurar a solidez dos pronunciamentos judiciais, principalmente em tempos de crise e mudanças sociais.

Na *common Law* o marco fundamental da segurança jurídica se escora na previsibilidade das decisões judiciais. A jurisprudência assume o papel que as normas possuem em nosso ordenamento jurídico.

Em matéria de segurança jurídica o próprio STF, no julgamento do RE 433512/SP, de relatoria do Min. Eros Grau, julgado em 26.5.2009 entendeu que as regras de competência não deveriam ser prevalentes em uma demanda que já tramitava há mais de 40 anos, onde já haviam sido proferidas duas sentenças favoráveis à pretensão autoral, cabendo a prevalência dos princípios da razoável duração dos processos e da segurança jurídica.

A própria legislação, em muitas hipóteses, se preocupa com as conseqüências de suas alterações, trazendo em seu bojo, disposições transitórias, referentes às situações pendentes. Como exemplo, podemos indicar o art. 2.028 do Código Civil que estabeleceu regra transitória acerca da contagem do prazo prescricional das situações anteriores à entrada em vigor do novo diploma.

Trata-se, portanto, de exemplo de preocupação estatal com as situações jurídicas e até mesmo de proteção a confiança, pois os novos prazo estabelecidos pelo Código Civil, em relação às situações transitórias passaram a ser contados a partir da data da entrada em vigo do novo Código Civil, estabelecendo verdadeiro período de transição permitindo que a sociedade se adaptasse a nova realidade legislativa.

alcançada, mas só quando ela não puder mais ser alterada, em tese, é que os envolvidos se convencem e a paz social é obtida.” (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28).

²⁰⁴ Ibid. p. 28.

²⁰⁵ Geraldo Ataliba destaca: “Assim se vê que certeza, confiança, lealdade, autorização, consentimento, segurança, previsibilidade, representatividade – república, enfim –, dão consistência e dimensão densas ao chamado princípio da certeza do direito. De fato, lei prévia é a conhecida pelo cidadão antes que tome suas decisões, antes que determine seu comportamento em assuntos que possam sofrer direta ou indireta influência da ação dos poderes públicos (ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 187.).

Em outra hipótese de declaração de inconstitucionalidade o STF reconheceu que, em razão da necessidade de se garantir a segurança²⁰⁶ jurídica não seria reconhecido o direito aos contribuintes de obter a repetição do tributo indevidamente arrecadado pela Fazenda. Tratava-se, na espécie, da declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 que tratavam da decadência em matéria tributária. Admitir a repetição do tributo acarretaria grave ônus financeiro ao qual a Fazenda Pública não teria condições de suportar.

O prof. Luís Roberto Barroso²⁰⁷, em parecer que trata da modulação dos efeitos de decisão que altera jurisprudência consolidada sustenta de forma muito clara que o fundamento para a modulação da jurisprudência não é o art. 27 da Lei nº 9.868/99 e muito menos a necessidade de observância do quorum ali estabelecido. Para o citado autor a observância dos primados da boa fé, segurança jurídica e proteção da confiança legítima são mais que suficientes²⁰⁸.

4.3.4 – O Princípio da proteção da confiança

Como relata Valter Shuenquener²⁰⁹ em sua tese de doutorado, há na doutrina dois posicionamentos acerca da natureza jurídica do princípio da proteção da confiança. Um primeiro bloco situaria o princípio no campo do direito privado, como corolário do princípio da boa-fé objetiva insculpido pelo Direito Civil. Uma outra corrente empresta natureza de direito público ao instituto, como consequência dos princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito²¹⁰.

²⁰⁶ A decisão do Supremo Tribunal Federal foi muito criticada por diversos tributaristas que encararam prejudicial aos contribuintes que efetuaram o pagamento a negativa em obter a repetição pelo tributo indevidamente recolhido, premiando, todavia, os contribuintes inadimplentes que se viram livres da obrigação principal referente ao recolhimento do tributo. Neste sentido, confira-se: VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 157, out. 2008, p. 7-16 e LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a adoção da doutrina prospectiva negando direitos aos contribuintes. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 158, nov. 2008, p. 78-86.

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Modulação dos efeitos de decisão que altera jurisprudência consolidada**. Disponível em <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Cofins.pdf> 17 de março de 2010.

²⁰⁸ Ao analisar a questão o Prof. Barroso tratava de matéria atinente à incidência da COFINS sobre sociedades prestadoras de serviços profissionais, de sorte que o mesmo invoca em favor de sua tese o princípio de irretroatividade da norma tributária, previsto no art. 150, III da Constituição Federal. No caso, havia enunciado da Súmula do STJ que garantia a não incidência do tributo, tendo o STF decidido em sentido diverso.

²⁰⁹ ARAUJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 33.

²¹⁰ “Conforme rememora BRUGER, a segurança jurídica é alcançada por meio de normas estatais dotadas de certa estabilidade e que se formam na consciência jurídica da população. Tal como ocorre com o princípio da proteção da confiança, o princípio da segurança jurídica e o do Estado de Direito impõem ao Estado que seu poder seja exercido

A matéria, entretanto, não é pacífica, pois como relata Valter Shuenquener²¹¹, outro segmento da doutrina entende que, por ter o princípio da proteção da confiança aplicação às relações abstratas e concretas, em contraposição ao princípio da boa-fé, aplicável apenas em situações concretas, não se poderia admitir que o princípio maior tivesse se originado do menor.

Em matéria de princípio da confiança o STJ já assentou em recente julgado que se a Fazenda Pública deixa de interpor Recurso de Apelação, subindo os autos ao Tribunal por força do Reexame Necessário, falece a entidade pública um dos pressupostos para a interposição do Recurso Especial, tendo em vista a ocorrência da preclusão lógica e da necessidade de se garantir o princípio da confiança e da lealdade processual²¹².

A confiança legítima, ou proteção da confiança sugere que o ordenamento jurídico deve garantir a estabilidade das relações existentes e a previsibilidade de sua continuidade. Em outras palavras, o jurisdicionado ao praticar condutas ou deixar de fazê-las deve ter a certeza de que o ordenamento jurídico lhe conferirá futura proteção, caso seja necessário, diante da realidade normativa que se apresenta à época de suas ações²¹³.

A confiança espelha-se em condutas positivas e negativas, baseadas em realidades econômicas, políticas e sociais, no qual as partes se orientam. Entretanto, a uniformidade de postura não é de todo absoluto, uma vez ser plenamente possível que haja modificação de comportamentos. Neste ponto, destaca Antonio Cabral²¹⁴:

A conclusão primeira é que o que se proíbe não é a incoerência ou mudança de opinião e estratégia em si, mas a contradição comportamental violadora da

*de forma previsível e calculável (voraussehbar und berechenbar). Diante de tudo o que foi dito, portanto, o fundamento do princípio da proteção da confiança que parece ser o mais apropriado é aquele extraído da cadeia de derivação Estado de Direito-segurança jurídica". (ARAUJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 50).*

²¹¹ Ibid. p. 37.

²¹² É o que restou decidido no REsp 1.085.257-SP, de relatoria da Min. Eliana Calmon, julgado em 9/12/2008.

²¹³ Osmar Côrtes observa que a proteção da confiança se insere na segurança jurídica, afirmando: "*Tanto é assim que, modernamente, há os que distinguem, dentro da segurança, o princípio da proteção à confiança. Almiro do Couto e Silva destaca: 'Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.'*" (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 31).

²¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 324.

confiança, que interfere na esfera de outrem, confrontando as expectativas criadas aos demais.

Trata-se de uma construção do Tribunal Constitucional da Alemanha, espelhada no princípio da boa fé, legalidade e segurança jurídica. Sua origem advém da necessidade de proteção da confiança do contribuinte contra atos do Estado que violem seus direitos fundamentais.²¹⁵

Hoje, mais do que nunca, a sociedade tem posturas que são reflexos dos enunciados normativos e das próprias decisões dos tribunais. É recorrente a crescente busca por advogados ou pela própria Defensoria Pública para o fornecimento de consultoria. Os meios de comunicação, principalmente a internet, são muito eficazes na difusão do conteúdo do ordenamento jurídico.

A sociedade tem demonstrado muita atenção à atividade jurisdicional, adotando posturas em conformidade com decisões proferidas pelo Poder Judiciário²¹⁶, especialmente pelos Tribunais Superiores.

Todos estes argumentos revelam a necessidade, nos tempos atuais, de se efetivar a proteção da confiança. O cidadão contemporâneo tem se valido das decisões judiciais consolidadas pelos tribunais para tomar medidas e realizar atos e negócios. E a confiança de que esses pronunciamentos são duradouros é recorrente na mente destes indivíduos.

É claro que o Direito não pode ser estático, mas muito pelo contrário, a jurisprudência sofre uma tendência modificativa muito maior que a legislação, por conta de sua proximidade intensa com a situação concreta. Entretanto, o ordenamento jurídico deve ser capaz de garantir ao jurisdicionado meios de se precaver e, até mesmo, antever uma possível mutação jurisprudencial.

²¹⁵ Ricardo Lobo Torres ao analisar o princípio da proteção da confiança (*Vertrauensprinzip*) no Direito Alemão esclarece que: “A inspiração para a norma transcrita buscou-a o legislador no direito germânico. Em sua nova versão, estampada no art. 176 do Código de 1977 (*Abgabenordnung 77*), aquela regra, sob o título de “proteção da confiança nas hipóteses de anulação e alteração de lançamento” (*Vertrauensschutz bei der Aufhebung und Änderung von Steuerbescheiden*), tem o seguinte teor: ‘Na anulação ou alteração de ato de lançamento notificado, não pode ser considerado em detrimento do contribuinte o fato de 1 – a Corte Constitucional Federal declarar a nulidade de uma lei, em que até então se baseava o lançamento; 2 – um tribunal superior federal não aplicar uma norma em que até então se baseava o lançamento, por considerá-la inconstitucional; 3 – ter-se alterado a jurisprudência de um tribunal superior a qual havia sido aplicada pela autoridade fiscal nos lançamentos anteriores’.” (TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da proteção da confiança do contribuinte. **Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro**. Vol. V, jul./dez. 2004, P. 185-197, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 192).

²¹⁶ Registre-se o “boom” de demandas ajuizadas nos últimos dias anteriores à ocorrência da prescrição dos planos econômicos.

A proteção da confiança não pode, contudo, se igualar ao direito adquirido. Este revela-se como o direito já incorporado ao patrimônio de um sujeito, conferindo proteção à uma posição jurídica inicialmente adotada. De outra sorte, a proteção da confiança não protege um direito incorporado. Muito pelo contrário, serve o princípio para assegurar uma posição jurídica em andamento ou até mesmo uma expectativa criada pelo próprio Estado a partir de determinada postura.

Dado o alto grau de subjetivismo deste princípio, faz-se necessário estabelecer algumas premissas que, quando presentes, permitirão a correta aplicação da proteção da confiança. Valter Shuenquener enumera quatro, a saber: “*a base da confiança, a existência subjetiva da confiança, o exercício da confiança através e atos concretos e o comportamento estatal que frustre a confiança*²¹⁷.”

O primeiro dos elementos, a base da confiança, pressupõe a existência de um ato estatal que gere uma expectativa ao administrado, permitindo que este assuma posições jurídicas a partir da postura comissiva ou omissiva do ente público. Esta confiança pode se revelar das formas mais variadas, seja pela interpretação emprestada pelo próprio Estado às normas por ele editadas, seja por informações dadas aos particulares, enfim, qualquer meio em que fique a evidenciada a constituição de uma confiança naquele ato.

Presente a base da confiança, torna-se necessário aferir a existência subjetiva da confiança. Neste ponto, deve-se perquirir se o comportamento estatal gerou naquele particular uma expectativa de continuidade, levando este último a assumir posições baseadas na manutenção daquele ato. Se o particular sequer conhecia o ato praticado pelo ente estatal, torna-se inviável a aplicação do princípio. Hipótese similar também ocorre quando o particular, a despeito de confiar naquele ato, é sabedor de que o mesmo se encontra eivado de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Não basta, entretanto, a existência da confiança depositada no ente público. Deve o particular, demonstrar o exercício da confiança através de atos concretos, de modo a configurar a sua boa-fé e legítima expectativa.

Por fim, consectário lógico do princípio, torna-se necessária a existência de um comportamento estatal que frustre a legítima confiança criada pelos particulares naquela posição inicialmente sinalizada pelo Estado.

²¹⁷ ARAUJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 82.

O Estado, em um primeiro momento sinaliza determinada posição aos seus administrados, criando-lhes legítimas expectativas, acarretando a estes, a prática de atos baseadas naquele comando, até que numa reviravolta o Estado assume posição diametralmente oposta, derrubando toda a confiança dos administrados naquela posição inicialmente assumida.

Logo, o primeiro passo é aferir a existência de uma expectativa criada pelo Estado. Após, é necessário aferir se aquele particular acreditou naquela postura estatal e desconhecia eventuais vícios daquele ato, tendo, inclusive, realizado atos concretos que espelhem a sua credibilidade na postura estatal. Por fim, o Estado deve realizar um ato em desacordo com as expectativas por ele inicialmente criadas.

A doutrina que se debruça sobre a análise do princípio propõe três saídas eficazes à proteção da confiança dos indivíduos. A primeira e mais eficaz é a própria conservação daquela postura inicialmente sinalizada pelo Estado. Uma segunda alternativa se apresenta como o dever de editar regras de transição, a exemplos dos diplomas legais, regulando as situações em andamento. Por fim, diante da impossibilidade de manutenção da posição inicialmente assumida pelo Estado, seria possível, dada a natureza e circunstâncias do caso, admitir uma compensação aos prejudicados pela mudança²¹⁸.

O princípio da proteção da confiança teve seu desenvolvimento voltado para os atos emanados do Poder Legislativo e Executivo. Modernamente, a construção principiológica tem avançado no campo da atividade jurisdicional, principalmente no tocante às abruptas mudanças na jurisprudência de tribunais, inobstante tratar-se de um tema ainda recente e envolto de grandes divergências²¹⁹.

²¹⁸ Valter Shuenquener relata julgado do STF em que se determinou a anulação de um provimento em cargo público, assegurando, entretanto, indenização ao nomeado. Na hipótese, um Oficial do Corpo de Bombeiros lotado no Rio de Janeiro, requereu sua exoneração do cargo para assumir um outro posto no Estado do Maranhão. Ocorre que o ingresso na corporação não foi precedido de concurso público, gerando a anulação do provimento. Neste contexto, o STF determinou a anulação do provimento, assegurando ao prejudicado uma indenização pelos danos experimentados. (ARAUJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 231).

²¹⁹ Valter Shuenquener observa segmentos na doutrina contrários a aplicação do princípio: “ANNA LEISNER sustenta, por exemplo, que o princípio da proteção da confiança não serve para bloquear modificações na jurisprudência. Segundo ela, a situação não seria equivalente à de uma alteração legal, pois a norma legal teria efetivamente existido, enquanto que a posição judicial antiga seria uma má-compreensão do Direito. Dessa forma, não haveria, para ela, um direito do particular à confiança na percepção antiga e ruim de um juiz”. (ARAUJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 174).

4.3.5 – O Princípio da boa-fé

A boa-fé, instituto que ganhou contornos notáveis após a edição do Novo Código Civil²²⁰ também é um dos pilares que sustentam a modulação temporal da jurisprudência.

A cláusula geral de fundamento dos contratos, até então era prevista apenas no Código de Defesa do Consumidor, aplicada timidamente. Com a aprovação do Código Civil de 2002 o princípio passa a ter previsão no art. 422 (cláusula geral dos contratos), art. 187 (atos ilícitos) e art. 113 (interpretação dos negócios jurídicos) demonstrando a grande preocupação do legislador com a necessidade de se assegurar a confiança e lealdade nas relações particulares²²¹.

A concepção civilista de boa fé objetiva pressupõe a cooperação das partes integrantes da relação jurídica, com a estrita observância dos interesses de todos os envolvidos, em vias de se alcançar um resultado prático positivo.

Não é a toa que a boa-fé revela três funções anexas²²², a primeira como limitadora ao exercício de direitos subjetivos, preconizando sempre que possível pela uniformidade de comportamentos com o fim de não configurar a quebra de confiança entre os contratantes.

Podemos elencar ainda as funções interpretativa das condutas dos contratantes e supletiva²²³, esta última criadora de deveres anexos, principalmente o dever de cooperação entre as partes da relação, independentemente da vontade destas.

Não obstante tratar de um instituto oriundo do direito privado e cuja origem era restrita as relações negociais, não se pode negar que a boa fé assume novos

²²⁰ “Até meados do séc. XX, o valor segurança jurídica somente era tutelado nas máximas de legalidade, sobretudo na garantia de irretroatividade das leis, operada por institutos como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito etc. Hoje, a proteção às expectativas legitimamente criadas, derivada da boa-fé objetiva, abrange vários institutos como o princípio da proteção da confiança (Vertrauensschutzprinzip), a proibição de comportamento contraditório (nemo potest venire contra factum proprium), a Verwirkung, o tu quoque, as preclusões lógicas, dentro outros.” (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 309.)

²²¹ Sob a ótica de Teresa Negreiros, os arts. 113, 187 e 422 do Código Civil se afiguram como verdadeiras normas de conduta (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (org). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 226).

²²² SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (org). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 443.

²²³ “Finalmente, a boa-fé atua como fonte de deveres impostos aos contratantes, exigindo-lhes uma atitude de recíproca cooperação por forma a assegurar o exato processamento da relação obrigacional e a consecução da finalidade lícita que, afinal, justificou a formação daquele vínculo e o seu caráter obrigatório”. (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (org). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 245)

contornos, sendo aplicada e reconhecida em outras relações, inclusive as de Direito Público²²⁴, aqui também entendido o Direito Processual²²⁵. Logo, o Estado deve ser coerente com seus comportamentos pretéritos que geraram expectativas nos administrados.

Entretanto, a ampliação da incidência da boa fé pressupõe certa cautela a fim de evitar a banalização do instituto, tornando-o, como muito bem expõe Anderson Schreiber, uma “cláusula de estilo”²²⁶. Há que se analisar cada situação jurídica a fim de ponderar se naquele caso impõe-se a aplicação do princípio da boa-fé ou se as normas existentes no ordenamento jurídico, por si mesmas são suficientes para a proteção daquela pretensão veiculada em juízo²²⁷.

A mudança de um paradigma da jurisprudência configuraria verdadeiro *venire contra factum proprium*²²⁸, instituto reflexo do princípio da boa fé, diante da adoção de uma nova posição jurisprudencial em contradição com precedentes anteriores, quebrando a legítima expectativa do jurisdicionado que confiava naquela orientação pretoriana.

A boa fé tanto no direito material²²⁹ como no direito processual pressupõe a existência de comportamentos coerentes e a confiança recíproca entre as partes, tanto no

²²⁴ “É somente em um segundo momento, diante do extraordinário desenvolvimento da boa-fé objetiva nestas situações de tipo negocial, que sua expansão vem se impor, progressivamente, sobre outras espécies de relações jurídicas como critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada em geral. Passa-se mesmo a se admitir a incidência da boa-fé objetiva no direito público, onde a atuação dos órgãos administrativos vinha historicamente controlada por mecanismos próprios, como o princípio da moralidade administrativa ou a repressão ao desvio de finalidade. Embora alguma resistência a esta extensão ainda se verifique, e seja inegável uma parcial sobreposição entre a boa-fé objetiva e certos instrumentos limítrofes de direito administrativo, não há dúvida de que a jurisprudência vem, a despeito disto, corroborando a aplicabilidade daquela cláusula geral aos conflitos instaurados entre particulares e Administração Pública.” (SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (org). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 440).

²²⁵ “Em nosso sentir, a omissão em alegar qualquer matéria por tempo significativo faz gerar um padrão de conduta estável que impede, pela preclusão lógica ou pela proibição do *venire contra factum proprium*, a alegação em momento posterior. Quanto mais tempo tiver transcorrido entre a primeira oportunidade de falar nos autos e o momento da alegação tardia, mais ficará óbvia a expectativa criada.” (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 337).

²²⁶ “Invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa fé objetiva acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que cientificamente lhe são próprios.” (SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (org). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 442-443).

²²⁷ A vulgarização da boa fé também é alvo de crítica por parte de Teresa Negreiros (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 154.)

²²⁸ Teresa Negreiros define o *venire contra factum proprium* como: “o comportamento contraditório que importe em quebra da confiança, revertendo legítimas expectativas criadas na outra parte contratante”. (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 146.)

²²⁹ Antonio Cabral, em criterioso estudo que sistematiza a teoria de nulidades, pondera a necessidade de se enfrentar a existência da boa-fé no Direito Processual Penal. Apesar de se tratar de um tema que envolve profundas controvérsias, tende-se a admitir a exigência de posturas leais por parte do acusado no processo, inobstante o princípio da proteção da confiança ser um direito fundamental voltado contra o Estado e em favor do indivíduo. Razão assiste o jovem processualista, pois mesmo em situação peculiar no Direito Processual Penal, a postura do réu

trato das relações jurídicas quanto na atuação nos pólos da relação processual. Assim, se um dos sujeitos indica a tomada de determinada postura, a partir de uma realidade jurisprudencial, não pode, logo após, realizar atos incompatíveis com aquela posição inicialmente sinalizada.

Prestigia-se a confiança entre os sujeitos, configurada a partir das legítimas expectativas estabelecidas em razão de condutas éticas existentes no seio da sociedade. A vontade das partes é um dos principais elementos para a aferição da boa-fé, permitindo-se a constatação da intenção e expectativa de cada um. A boa-fé, por outro lado, também tem reflexos no campo processual, principalmente no que toca à lealdade processual²³⁰.

Tanto é verdade que o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que deve se operar a preclusão lógica quando a Fazenda Pública deixa de interpor Recurso de Apelação, mas se vale de Recurso Especial para combater a sentença após o reexame necessário. Entende o STJ que as partes, através do dever de lealdade processual, devem observar o princípio da confiança. O momento oportuno para a discussão da sentença é no Recurso de Apelação. Se a parte não se valeu da impugnação recursal e os autos são encaminhados ao Tribunal por força do reexame obrigatório, não pode a parte, em momento futuro querer discutir a sentença em sede de Recurso Especial, quando ficou silente no momento de interposição do Recurso de Apelação²³¹.

e de seu defensor no Processo Penal deve se pautar nas máximas de lealdade. O objetivo da instrução criminal é a busca da verdade processual e a conseqüente cominação da pena cabível, cabendo ao réu realizar a sua ampla e efetiva defesa, operacionalizada pela sua defesa técnica. Neste contexto, conferir: CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 356.

²³⁰ “A boa-fé da parte que se pautou no comportamento solidificado também é relevante. A confiança não será legítima, e portanto não é digna de proteção, se o sujeito obteve o comportamento estável com estímulos falsos ou informações incompletas aos demais agentes.” (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 325).

²³¹ STJ, REsp 1.085.257-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 9/12/2008.

4.4 – As hipóteses concretas enfrentadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal em que se operou a modulação de efeitos

Diante de todas as considerações e teses aqui expostas é possível constatar uma tímida tendência, tanto no STJ como no STF em conferir maior importância às consequências das alterações jurisprudenciais, prestigiando a segurança jurídica, a boa fé e a proteção da confiança.

O Supremo Tribunal Federal, já no julgamento do Ag. Reg. na ADI n. 4.071-DF, cuja Relatoria coube a o Min. Menezes Direito, demonstrou grande sensibilidade à questão atinente à alteração da jurisprudência ao afirmar que esta não é perene e que pode sofrer alteração quando apresentados argumentos mais relevantes do que aqueles que a sustentam ou quando a sociedade se depara com novas transformações sociais, econômicas ou propriamente jurídicas.

Em outro julgado referente ao computo do prazo das atividades de aluno-aprendiz em escola técnica para efeitos de aposentadoria, o Supremo Tribunal Federal invocou os princípios da boa-fé, segurança jurídica e proteção à confiança.

Tratava-se a hipótese, de um auditor que se aposentou no ano de 1994, tendo se valido do período em que exerceu atividades como aluno-aprendiz para alcançar o tempo de aposentação exigido por lei. Entretanto, em 2008, 14 anos após a aposentadoria o Tribunal de Contas da União recusou o registro da aposentadoria ao argumento de que o tempo da aposentadoria não estava preenchido, tendo em vista que o período exercido como aluno-aprendiz não poderia ter sido utilizado.

Entretanto, o aposentado argumentava que à época de sua aposentadoria havia enunciado da própria Súmula do TCU que contemplava a hipótese de contagem de tempo da atividade de aluno-aprendiz, sendo certo que à época do registro da aposentadoria o TCU já havia alterado sua orientação. No caso em tela o STF reconheceu o direito do aposentado a manter seus proventos integrais, argumentando que a alteração posterior do entendimento do TCU não poderia alcançar fatos pretéritos sob pena de grave violação à segurança jurídica, boa-fé e confiança, visto que aquela

situação jurídica se encontrava consolidada por tempo razoável mediante ato administrativo que gozava de presunção de legitimidade.²³²

Percebe-se neste primeiro caso, cujo julgamento ainda não foi concluído que o STF pondera diversos valores subjacentes à pretensão do Autor. Entretanto, não há nenhuma proposta concreta de modulação temporal, inobstante o julgado excepcionar a jurisprudência consolidada acerca do tema.

Caso similar ao ora narrado também foi examinado pelo Supremo Tribunal Federal²³³. Tratava-se de decisão do TCU que anulava o ato de aposentadoria 11 anos após sua implementação ao fundamento de que teria sido computado adicional de tempo de serviço sobre toda a remuneração. Ocorre que o referido compute do adicional ocorreu por força de decisão judicial transitada em julgado, tendo o TCU agido em nítido desrespeito à autoridade da coisa julgada. Em sua decisão o relator ponderou ainda que o princípio da segurança jurídica também deveria ser levado em consideração, haja vista o grande lapso temporal entre a instituição dos proventos e a revisão obrada pelo TCU. O decurso de tão longo período cria legítimas expectativas no aposentado, diante da confiança nos atos estatais que implementaram seu benefício.

Em seu voto, o Relator reconhece que o STF não pode ficar alheio à boa-fé do jurisdicionado e as conseqüências de provimentos jurisdicionais que desfaçam situações jurídicas consolidadas pelo tempo.

Neste julgado, também se observa a forte influência dos princípios da boa-fé e segurança jurídica como balizas norteadoras da interpretação do caso concreto e do alcance da melhor solução jurídica.

Em outro caso concreto, ainda pendente de julgamento no STF, discute-se questão referente à possibilidade de limitação idade para realização de concurso público quando tal restrição encontra-se contida em ato administrativo. Para a Ministra Relatora a restrição contida em ato administrativo não se afigura admissível, uma vez caber à lei, o tratamento disciplinar da matéria, cabendo aos atos administrativos apenas a regulamentação, sem a possibilidade de inovação. Entretanto, propôs a relatora em seu voto, amparada no primado da segurança jurídica que a decisão do STF só tenha efeito nos concursos futuros, preservando o direito daqueles que participaram do concurso objeto da demanda.²³⁴

²³² STF, MS 27185/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 17.2.2010. (MS-27185)

²³³ STF, MS 28150 - MC/DF, RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

²³⁴ STF, RE 572499/SC, rel. Min. Cármen Lúcia, 25.3.2010. (RE-572499). STF, RE 600225/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 25.3.2010. (RE-600225)

Entretanto, inobstante não ter havido a conclusão do julgamento, a proposta de modulação não se encontra acompanhada da devida fundamentação que possa revelar a sua pertinência. O Supremo Tribunal Federal, nas poucas oportunidades em que modula sua jurisprudência o faz de modo impulsivo, talvez um hábito decorrente da prática de modulação no controle de constitucionalidade, sem analisar se no caso concreto existem elementos que sustentem a necessidade da modulação temporal.

Depreende-se que a modulação dos efeitos da alteração de jurisprudência não implica em manutenção eterna de precedentes antigos. Muito pelo contrário, o ordenamento jurídico deve ser alvo de modificações como já assentado pelo próprio STF, cabendo, todavia, o respeito às situações jurídicas já consolidadas.

Veja-se outro exemplo de modulação temporal decidido pelo STJ. Por vários anos a tempestividade dos recursos interpostos pelo Ministério Público tinha seu termo *a quo* aferido mediante a data em que os membros da instituição apunham seu ciente nos autos. Entretanto, após diversos anos imperando tal orientação, o STF proferiu uma decisão entendendo que a aferição da tempestividade deveria ocorrer a partir da data que os autos ingressavam na instituição.

Diante da reviravolta jurisprudencial o STJ²³⁵ se deparou com diversas situações em que os recursos interpostos pelo Ministério Público eram anteriores a nova decisão que alterou o momento de aferição da tempestividade. Neste contexto, decidiu o Superior Tribunal que a aquela alteração jurisprudencial só teria aplicação aos casos futuros, haja vista que não se poderia exigir do membro do Ministério Público que à época da interposição pudesse prever a futura alteração jurisprudencial acerca do tema²³⁶.

Analisando a questão referente a necessidade de reiteração ou retificação do Recurso Especial interposto na pendência do julgamento dos Embargos de Declaração, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que todos os recursos que não fossem ratificados após o julgamento dos Embargos de Declaração não seriam conhecidos. Entretanto, ressaltou o tribunal que aquele posicionamento só seria aplicável aos casos futuros e não aos recursos já interpostos à época deste precedente²³⁷.

²³⁵ Nesta esteira, confira-se: STJ, REsp 628.621-DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 4/8/2004; STJ, REsp 741.580-SC, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 16/8/2005.

²³⁶ Foram as conclusões do HC 89.568-RJ, da relatoria do Min. Og Fernandes, julgado em 5/3/2009 e do REsp 796.488-CE, de relatoria da Min. Laurita Vaz, julgado em 28/2/2008, todos do Superior Tribunal de Justiça.

²³⁷ STJ, EDcl no REsp 779.637-MG, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 15/12/2009.

O Superior Tribunal de Justiça operou a técnica de modulação de modo mais detido, analisando os valores que envolviam o caso concreto e as conseqüências da alteração da jurisprudência. Entretanto, não foi capaz de demonstrar em sua fundamentação, a pertinência daquela modulação, ou seja, a relevância que o estabelecimento do marco temporal apresentava à questão jurídica enfrentada.

Em outro caso, o Superior Tribunal de Justiça se deparou com um Recurso Especial em que se pretendia reconhecer a suspeição de um magistrado para o julgamento de mais de 30 processos, todos referentes a demandas envolvendo certa operadora de telefonia. Argumentava a Recorrente que este magistrado litigava contra a parte ré, cuja demanda era idêntica àquelas que o mesmo iria julgar, daí a necessidade de se reconhecer a suspeição. Para o STJ caberia ao magistrado reconhecer a suspeição por motivo de foro íntimo, afastando-se do julgamento daquelas causas, razão pela qual entendeu pelo provimento do Recurso da Operadora de Telefonia para reconhecer a suspeição do Juiz. Entretanto, considerando que o magistrado já havia julgado dezenas de processos idênticos e estava vinculado para o julgamento de outros muitos, entendeu o Superior Tribunal que sua decisão teria eficácia para o futuro, a partir da data do julgamento do Recurso Especial, preservando as demandas já julgadas pelo magistrado em data anterior²³⁸.

Aqui também o Superior Tribunal de Justiça ponderou as conseqüências da adoção da nova jurisprudência em contraposição às situações jurídicas consolidadas pelo tempo, optando por estabelecer um prazo a partir do qual a nova solução ao caso seria aplicada.

Note-se que as decisões proferidas pelo Superior Tribunal, nos casos apontados, reconheceram que a soluções ali alcançadas somente deveriam se aplicar aos casos futuros, resguardando as situações jurídicas consolidadas no tempo.

Todos os casos aqui apontados revelam uma tímida tendência dos tribunais superiores em aplicar a técnica do *prospective overruling*. Entretanto, conveniente se afigura que os tribunais, quando da utilização da referida técnica de julgamento, utilizem critérios objetivos e fundamentados, permitindo que não haja a desvirtuação do instituto.

²³⁸ STJ, REsp 1.165.623-RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), julgado em 14/4/2010.

STJ já assentou em diversos julgamentos que os Embargos de Declaração não se prestam a readaptação de decisão a luz de nova alteração jurisprudencial²³⁹.

Ainda que se trate de enunciado de Súmula Vinculante o STJ afirma não ser possível conferir eficácia retroativa ao comando jurisprudencial contido no verbete vinculante, muito menos em sede de Embargos de Declaração²⁴⁰.

Indo além o STJ²⁴¹ afirmou em recente julgado e em contrariedade ao enunciado nº 343 da Súmula do STF ser possível o manejo da Ação Rescisória com o objetivo de atacar sentença que analisa a inconstitucionalidade de norma jurídica, ainda que não haja manifestação do Supremo Tribunal Federal e a matéria seja controvertida nos tribunais.

Para o STJ o Juiz deve sopesar os resultados práticos de suas decisões, como forma de auxílio na compreensão do direito objetivo em vigor no ordenamento jurídico.

Em todos os casos aqui apontados, ao menos um dos três princípios - boa-fé, proteção da confiança e segurança jurídica – foi invocado como argumento capaz de admitir a modulação temporal da decisão.

4.5 – A teoria do fato consumado – construção jurisprudencial prévia a modulação temporal da jurisprudência

A tese aqui exposta, apesar de apresentar certo ineditismo, possui algumas de suas bases já aplicadas pelos tribunais superiores, a exemplo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que reconhece a teoria do fato consumado.

O Superior Tribunal de Justiça, ao se deparar com diversos processos em que as partes sustentaram suas pretensões mediante decisões liminares confirmadas por sentenças de mérito ao longo do curso do processo, entendeu que naquelas situações

²³⁹ Confira-se o julgamento dos EDcl no AgRg no Ag 926.636-SP, da Relatoria da Min. Denise Arruda, julgados em 18/9/2008 pelo Superior Tribunal de Justiça.

²⁴⁰ STJ, EDcl nos EDcl no REsp 917.745-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 1º/9/2009.

²⁴¹ STJ, EREsp 687.903-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, julgados em 4/11/2009.

jurídicas, a prolação de decisão contrária implicaria grave dano a parte, haja vista ter gozado, por vários anos, dos efeitos das decisões proferidas pelas vias ordinárias.

Em outras palavras, situações jurídicas consolidadas pelo tempo não poderiam ser desfeitas, sob risco de causar prejuízos à parte beneficiária. Durante longo período o litigante confiou na segurança daquela relação jurídica, em razão da prolação da sentença, não podendo, anos após, ver sua pretensão rechaçada.

Observe-se, por exemplo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no RMS 25.652-PB, da relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/9/2008. No caso, constatou-se que o ingresso de 12 servidores públicos ocorreu de modo irregular, haja vista não ter sido realizado o provimento mediante concurso público. Ocorre que tal irregularidade só fora constatada 20 anos depois do ingresso destes no serviço público, sendo certo que alguns deles já estavam aposentados. Diante da peculiaridade do caso, da ausência de má fé por parte dos servidores, entendeu o STJ que aquela situação jurídica irregular já estava consolidada pelo tempo, razão pela qual a administração não mais poderia rever tal ato, até por conta do art. 55 da Lei nº 9.784/99 que estabelece prazo decadencial de 5 anos para revisão dos atos administrativos.

Enfatizou o tribunal que o particular não pode viver as incertezas do Estado, sendo certo que a segurança jurídica, a razoabilidade e os ditames de justiça devem ser invocados para o alcance da solução mais adequada a hipótese.

Em um segundo caso o STJ também adotou posição semelhante, fundamentando ainda mais sua decisão, desta vez com base no princípio da confiança.

Tratava-se de demanda em que se pleiteava a condenação da União ao pagamento de tratamento fora do país. O requerimento liminar foi devidamente deferido, diante das normas administrativas que vigoravam à época. Com a mudança da legislação e da própria jurisprudência o requerimento liminar deferido não foi confirmado pela sentença de mérito, o que levou o ente público a ajuizar ação de cobrança com o fim de ver ressarcido o valor pago pelo tratamento.

Tal pretensão, todavia, foi indeferida em todas as instâncias sob o fundamento do fato consumado e da proteção da confiança, tendo em vista tratar-se de verba de natureza alimentar que não admitiria a repetição, haja vista ter sido percebida de boa fé. Assim, no julgamento do REsp 944.325-RS, da relatoria do Min. Humberto

Martins, julgado em 4/11/2008, o STJ entendeu que aquela situação jurídica consolidada pelo tempo não poderia ser desfeita.

É claro, todavia, que a teoria sofre determinadas limitações, até para evitar-se o surgimento de um império de decisões liminares. Talvez um dos exemplos mais emblemáticos diga respeito ao ingresso em cargos públicos por força de decisão provisória²⁴². Em tal contexto, o STJ é pacífico ao inadmitir a invocação da teoria do fato consumado como argumento capaz de autorizar a regularidade da investidura do cargo público, em virtude de provimento liminar²⁴³.

Talvez seja de bom alvitre exigir que o juiz, ao deferir liminarmente determinadas questões, deva aferir as conseqüências daquele ato, principalmente diante de uma futura e longínqua revogação.

²⁴² ARAUJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 162.

²⁴³ A prática tem revelado que alguns juízes, ao invés de determinar, o provimento no cargo, optam pela determinação da reserva de vaga para, após o trânsito em julgado da demanda, seja determinada a nomeação e posse do candidato, evitando-se a ocorrência de possível fato consumado.

5 CONCLUSÕES

Percebe-se a crescente tendência brasileira em prestigiar o direito jurisprudencial como tentativa de racionalizar a prestação da atividade jurisdicional. As diversas reformas implementadas ao longo dos últimos cinco anos apenas revelam a crescente importância de institutos oriundos do sistema da *common Law*.

Entretanto há que se ter cautela na inserção de novos mecanismos, pois como observado sob o ponto de vista histórico, o desenvolvimento inglês e norte-americano é completamente distinto da história evolutiva do Brasil e do processo de desenvolvimento do Judiciário brasileiro.

O sistema de precedentes teve sua inserção em um cenário onde o Juiz desenvolvia a norma aplicável ao caso concreto, cuja comando seria reproduzido dali para frente em casos idênticos. Todavia, este mesmo sistema, atento ao fato de que o Direito não é estático desenvolveu mecanismos que permitissem a evolução do Judiciário, diante das modificações sociais, políticas e culturais.

Também não se pode deixar de levar em consideração que a cultura de um povo é elemento fundamental para o sucesso de um sistema jurídico. Em uma país onde o desrespeito às normas é evidente, onde reine o império das decisões liminares, onde o Direito não seja igual a todos tende a ter um sistema fraco e sem credibilidade.

O Judiciário brasileiro deve ampliar o contato com o jurisdicionado dialogando em suas decisões, expondo pontos de vista que permitam indicar futuras adoções de novos pensamentos.

Veja que no direito inglês a necessidade de fundamentação das decisões adveio de uma mudança nos ritos processuais, como uma forma de solidificar os argumentos das decisões, evitando futuras modificações pelas instâncias superiores.

É verdade que há uma crescente tendência de aproximação do Poder Judiciário com o povo brasileiro, vide as diversas campanhas expostas na mídia, em especial pelo TSE e pelo CNJ. A postura destes órgão deve continuar e incentivar que os demais integrantes desta estrutura de Poder venham a público.

Nosso país, principalmente no interior, sofre com problemas de acesso a informação. Logo, o Judiciário deve fomentar ainda mais práticas que permitam o amplo e efetivo acesso à justiça.

Não se pode, todavia, deixar de considerar que a disponibilização de meios de acesso ao Judiciário, por óbvio, apenas ampliará a atividade jurisdicional, seja pelo número de demandantes, seja pela diversidade e novidade destas demandas.

Daí a necessidade de a justiça brasileira dar mais valor a sua jurisprudência e as conseqüências de suas alterações no cenário jurídico.

Os advogados públicos e privados, defensores públicos e promotores de justiça também terão papel fundamental no desenvolvimento do Direito Jurisprudencial, através da devida interpretação das decisões dos tribunais. Para tanto, a nefasta prática de reprodução indiscriminada das decisões publicadas em informativos jurisprudenciais deve ser abolida em detrimento de um confronto analítico das decisões, através da compreensão da *ratio decidendi* do julgado e sua pertinência com o caso concreto.

O papel destes personagens no cenário processual é o de fornecer ao julgador elementos fáticos e argumentos que permitam a construção de um raciocínio decisório. Se não houver comprometimento por parte dos figurantes dos pólos processuais a atividade jurisdicional se vulgariza, como já vem ocorrendo nos Juizados Especiais.

Não se pode fechar os olhos para o fato de que a sociedade brasileira tem adotado as regras constantes dos precedentes dos tribunais como guia de conduta para realização de atos e negócios jurídicos. Não é a toa que todos os dias nos jornais são publicadas matérias informando que motoristas se recusam a realizar testes de alcoolemia (bafômetro), ao argumento de que tal prova viola sua intimidade, diante de inúmeras decisões proferidas neste sentido.

Neste ponto, a questão ganha mais relevo quando o precedente goza de certa uniformidade no ordenamento jurídico, conferindo uma maior certeza de que aquela regra jurisprudencial permitirá ao interessado recorrer ao Judiciário caso haja seu descumprimento.

Assim, eventual alteração daquela regra deve ser precedida de cautelosa reflexão por parte do tribunal sobre as conseqüências da alteração da solução adotada por aquela jurisprudência.

Se o ordenamento jurídico prevê a *vacatio legis* como instrumento capaz de permitir que a população possa se adequar às novas leis que entram em vigor, porque não estabelecer critérios de modulação para regular as situações alvos de mudanças repentinas de jurisprudência.

A doutrina estrangeira como restou destacado ao longo do presente estudo revela a existência de mecanismos de modulação dos efeitos de alteração da jurisprudência, citando o *prospective overruling* e o *signaling*. No primeiro instituto a Corte aplica o precedente, mas afirma que a partir de eventos ocorridos em determinada data, fixada pela própria decisão, o precedente antigo não será aplicável aos casos análogos, tendo em vista a sua superação, como se ocorresse uma verdadeira modulação nos efeitos do precedente. Já através do *signaling* a Corte, quando da apreciação do caso concreto, demonstra a intenção de alterar o precedente, o que leva ao jurisdicionado a não mais depositar a confiança naquele precedente, tendo em vista a sua iminente superação.

O ordenamento brasileiro já admite a modulação das decisões em sede de controle de constitucionalidade e quando se tratar de aplicação do enunciado de súmula vinculante. Por que não estender estas possibilidades às modificações de jurisprudência consolidadas em temas de repercussão.

A utilização de mecanismos de composição e uniformização da jurisprudência, muitas vezes esquecidos nas páginas de nossos Códigos de Processo parece ser o ponto de partida para a adoção de uma tendência de fortalecimento dos precedentes.

Após, quando existente o hábito de prestígio ao Direito Jurisprudencial, parece que devemos avançar a pontos mais complexos, a exemplo da dita modulação temporal dos efeitos da alteração da jurisprudência.

Apesar de diversos países da Europa não prestigiarem institutos ínsitos a modulação temporal – *prospective overruling* e *signaling* –, por exemplo, há relatos de decisões que modulam os efeitos da alteração da jurisprudência.

A técnica de modulação é que não pode sofrer idiossincrasias. A modulação temporal pressupõe uma séria análise da causa e das conseqüências que adoção da nova jurisprudência trará ao caso concreto e outros casos futuros.

Neste ponto, lamentavelmente a forma como alguns tribunais aplicam determinados dispositivos processuais tendentes a uniformização de julgamentos é uma matéria que necessita de maior amadurecimento por parte dos magistrados. Como restou exposto, a racionalização da atividade jurisdicional tem levado os tribunais a desprestigiarem os julgamentos colegiados – expressão da legitimidade do Judiciário – em favor de julgamentos monocráticos na solidão dos gabinetes.

O método de elaboração de enunciado de súmula também pressupõe seriedade e atenção por parte dos tribunais, evitando-se a edição de verbetes totalmente descompromissados com a *ratio decidendi* dos precedentes que deram ensejo a sua edição.

A jurisprudência pacífica e o verbe de súmula são elementos que traduzem a confiança ao jurisdicionado que age de boa-fé, com credibilidade naquelas respostas estatais, confiando que seus atos estarão protegidos.

O princípio da segurança jurídica confere certeza ao cidadão eis que o ordenamento jurídico deve garantir a efetividade e solidez de seus pronunciamentos, afinal de contas, o objetivo do Direito é a pacificação social.

Tendo esta certeza, ou melhor, confiança, o Estado deve ser capaz de observar e respeitar aquela legítima expectativa criada. A confiança legítima, ou proteção da confiança sugere que o ordenamento jurídico deve garantir a estabilidade das relações existentes e a previsibilidade de sua continuidade. Em outras palavras, o jurisdicionado ao praticar condutas ou deixar de fazê-las deve ter a certeza de que o ordenamento jurídico lhe conferirá futura proteção, caso seja necessário, diante da realidade normativa que se apresenta à época de suas ações.

Quando o indivíduo goza de garantia, seus atos e posturas tendem a ser realizados de boa-fé, assim qualificada como existência de comportamentos coerentes e a confiança recíproca entre as partes, tanto no trato das relações jurídicas quanto na atuação nos pólos da relação processual.

Em alguns recentíssimos exemplos o STJ e o STF iniciaram a incorporação dos valores boa-fé e proteção da confiança em diversos julgamentos. Apesar da ótima iniciativa, nossa crítica reside no fato de que as técnicas de modulação foram enfrentadas sem nenhum critério objetivo, sequer tendo sido realizada uma análise detida das conseqüências da não adoção da técnica de modulação.

Esta postura, todavia, pode permitir que técnica de modulação temporal se transforme em um casuísmo, margeado pela oportunidade e conveniência do tribunal, independentemente da relevância da questão.

O tema aqui analisado apresenta tanta relevância que a Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do novo Código de Processo Civil incluiu um capítulo²⁴⁴

²⁴⁴ Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

específico ao respeito à uniformidade da jurisprudência, prevendo inclusive a possibilidade de modulação em seu art. 847, V.

Percebe-se a preocupação da comissão com a necessidade de se resguardar a segurança jurídica das relações frente as drásticas alterações da jurisprudência.

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – 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;

V – 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.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º 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.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 65-101.

ALEXY, Robert; KIEL, Ralf; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997.

ANZON, Adele. **Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi: l'esperienza italiana Allá luce di un' analisi comparata sul regime del richterrecht**. Milano: Giuffrè, 1995.

ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009.

ASSUMPÇÃO, Helcio Alves de. Recurso Extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 26, p. 127-162, jul. / dez. 2007.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. Quando o STF opta pela eficácia prospectiva das decisões de inconstitucionalidade. **Revista do CEJ**, Brasília, Ano XII, n. 43, p.4-11, out. / dez. 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A emenda constitucional n° 45 e o processo. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 165-178, jan. / jun. 2006.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARCELÓ, John J. Precedent in European Community Law. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 407-436.

BARROSO, Luís Roberto. **Modulação dos efeitos de decisão que altera jurisprudência consolidada**. Disponível em <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Cofins.pdf> 17 de março de 2010.

BERGHOLTZ, Gunnar; PECZENIK, Aleksander. Precedent in Sweden. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 293-313.

BIN, Marino. Precedente giudiziario, ratio decidendi e obter dictum: due sentenze in tema di diffamazione. In: VISINTINI, Giovanna. **Metodologia nello studio della giurisprudenza civil e commerciale**. Milano: Giuffrè. 1999. P. 263-278.

BUZANELLO, José Carlos; BUZANELLO, Grazielle Mariete. Exequiabilidade da súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 174, p. 25-33, abril / jun. 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

_____. **Lições de direito processual civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da Coisa Julgada. Sentença Inconstitucional. Rio de Janeiro: **Revista Forense**, Volume 384, 2006. P. 228-229.

CATTARINO, Giovanni. **Effeti temporali delle sentenze della corte costituzionale anche com riferimento alle esperienze straniere**. Milano: Giuffrè. 1989.

COHENDET, Marie-Anne. “La collégialité des juridictions: um príncipe em voie de disparition?”, in **Revue française de droit constitutionnel**, n° 68, outubro de 1006, ed. PUF, Paris, p.713/736.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. 4. ed. Oxford: Claredon Press, 2004.

D’AMICO, Marilisa. **Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di inconstituzionalità**. Giuffrè, Milano, 1993.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. Vol. III.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. Vol. II.

DEUMIER, Pasquale; JACQUES, Philippe. Sources du droit en droit interne - effet rétroactif de la jurisprudence: le retour, in **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, n° 3, jul/set. 2008, Paris, 442-448.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge university press, 2008.

ENG, Svein. Precedent in Norway. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 189-217.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. (org.) **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FERRAZ, Leslie Shérica. **Decisão monocrática e Agravo Interno: celeridade ou entrave processual? A justiça do Rio de Janeiro**. Disponível na internet: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4143/Ferraz%20-%20Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica%20e%20agravo%20interno.pdf?sequence=1>. acesso em 02 de outubro de 2010.

FERRARI, Regina Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. São Paulo: RT, 1999.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford university press, 2008.

GORLA, Gino. *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi di informazione*. In: VISINTINI, Giovanna. **Metodologia nello studio della giurisprudenza civil e commerciale**. Milano: Giuffrè. 1999. P. 59-81.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do Processo: o Processo Justo. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 229.

_____. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 01 de dezembro de 2008.

_____. Resumo do livro de Michele Taruffo *La motivazione della sentenza civile (CEDAM, Padova, 1975)*, in **Revista de Processo**, ano 32, n° 144, fevereiro de 2007, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, págs. 306/327.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 33.ed. Rio de Janeiro:Forense, 2003.

JANCZESKI, Célio Armando. A declaração da inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n° 157, out. 2008, p. 17-26.

JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como Norma Jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n° 240, p. 225-264. abr. / jun. 2005.

KELSEN. Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a adoção da doutrina prospectiva negando direitos aos contribuintes. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n° 158, nov. 2008, p. 78-86.

LUCIANI, Massimo. La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: Primi spunti per una discussione sulla corte costituzionale degli anni novanta. In: CATTARINO, Giovanni. **Effetti temporali delle sentenze della corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere**. Milano: Giuffrè. 1989. P. 105-115.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. Súmula vinculante e a Lei n° 11.417/06. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 39, p. 275-294, 2007.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 259-291.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 2008. Vol. VI.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Guilherme Peña. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 107-118, jan. / jun. 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin. (org.) **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAWSKI, Lech; ZIRK-SADOWSKI, Marek. Precedent in Poland. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 219-258.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (org). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOVA, Giorgio de. Sull'interpretazione del precedente giudiziario. In: VISINTINI, Giovanna. **Metodologia nello studio della giurisprudenza civil e commerciale**. Milano: Giuffrè. 1999. P. 239-254.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recurso. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 30, nº 120, p. 77-94. fev. 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIZZORUSSO, Alessandro. “Gli effetti delle decisioni delle Corte costituzionali nei giudizi ordinari”, in **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano XLI, 1987.

POSNER, Richard A. **The problems of jurisprudence**. Cambridge: Harvard university press, 1993.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

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

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: MORAES, Maria Celina Bodin. (org). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Cofins das sociedades civis de profissão regulamentada e o princípio da segurança jurídica. Um caso de modulação de efeitos temporais da decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 155, ago. 2008, p. 7-17.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 355-406.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 141-188.

TARUFFO, Michele. (tradução de José Carlos Barbosa Moreira). Observações sobre os Modelos Processuais de civil law, In: **Revista de Processo**, vol. 110, Ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril- junho/ 2003, pp. 141/158.

_____. Precedente ed esempio nella decisione. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano XLVIII, 1994, págs. 19 e ss.

_____. Dimensioni del precedente giudiziario. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano XLVIII, 1994, págs. 411 e ss.

TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante**. São Paulo: Método: 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da proteção da confiança do contribuinte. **Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro**, Vol. V, jul./dez. 2004, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 185-197.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.) **Interpreting precedents: a comparative study**. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate publishing Limited, 1997. p. 103-140.

VELLOSO. Andrei Pitten. A temerária modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, nº 157, out. 2008, p. 7-16.

VISINTINI, Giovanna. **Metodologia nello studio della giurisprudenza civil e commerciale**. Milano: Giuffrè. 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado. (org.) **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.