



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO**

**EDDIE PARISH SILVA**

**OS EFEITOS DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Salvador  
2014

---

P233e PARISH, Eddie

Os efeitos da superação de precedentes no direito processual civil brasileiro. Salvador: Universidade Federal da Bahia – UFBA., 2014.

183 f.

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito Público, sob a orientação do Profº. Edilton Meireles.

1. Precedentes judiciais. 2. Garantia – Direito. 3. Coisa julgada  
4. Decisões – Direito. I. Título. II. Meireles, Edilton - Orientador.

CDDóris – 341.465

**EDDIE PARISH SILVA**

**OS EFEITOS DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles.

Salvador  
2014

## TERMO DE APROVAÇÃO

**EDDIE PARISH SILVA**

### **OS EFEITOS DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, na forma do Regimento Interno do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal da Bahia, e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos professores abaixo firmados, em sessão pública de defesa no dia 12 de setembro de 2014:

Aprovada em 12 de setembro de 2014, com nota \_\_\_\_\_.

#### **Banca Examinadora:**

Edilton Meireles de Oliveira Santos - Orientador \_\_\_\_\_  
*Doutor (Universidade de São Paulo) e Pós-Doutor (Universidade de Lisboa).*  
Universidade Federal da Bahia

Fredie Souza Didier Jr. \_\_\_\_\_  
*Pós-Doutor (Universidade de Lisboa) e Livre-Docente (Universidade de São Paulo).*  
Universidade Federal da Bahia.

Hermes Zaneti Jr. \_\_\_\_\_  
*Doutor (Universidade Federal do Rio Grande do Sul) e Doutor (Universidade Federal do Rio Grande do Sul).*  
Universidade Federal do Espírito Santo



*A*  
*meu filho: você foi o maior dos meus sonhos.*  
*minha esposa: você é o maior dos meus sonhos.*

## AGRADECIMENTOS

Não foi fácil, mas nunca o é. Há muito a agradecer, mais do que se vangloriar. Nesta jornada, ajuda não me faltou. Não cheguei até aqui sozinho, por mais autossuficiente e independente que julgasse ser. Desde os bate papos com colegas do curso à compreensão de seus familiares e parceiros de trabalho ante minha ausência, muitos são os motivos para os agradecimentos. Sem todo este auxílio, não teria conseguido.

Em primeiro lugar, agradeço a meus pais, Ernor Flamarion e Rúbia Parish, pela torcida incondicional, esta última sem entender bem o tema do presente trabalho, mas com a empolgação de uma doutora na área. Obrigado pelo carinho e criação. A meu irmão, Ítalo, pelo apoio de sempre.

Sou grato, também, a meus sogros, Carlos Francisco Cruz Vieira, pelo auxílio com o idioma inglês, e Myrian Torres Vieira, pela fé e amor fornecidos. Vocês são a família escolhida que sempre sonhei.

Agradeço, especialmente, à minha esposa, Flávia, pessoa sem a qual não teria conseguido. Seu incentivo, cuidado e, sobretudo, seu amor foram decisivos na conclusão deste trabalho. Obrigado por estar ao meu lado e sonhar comigo a realização deste projeto.

Meus sinceros agradecimentos ao sócio e amigo Carlos Zenandro pela compreensão quanto a minha ausência e por entender este meu desejo. Mais uma etapa vencida, meu irmão!

Não poderia deixar de agradecer ao amigo Professor Renato de Magalhães Dantas Neto pelos debates e revisão. Nutro por você uma admiração especial. Aos também importantes Henrique Brito e Luciana Kruchewsky, pelo auxílio e incentivo. De alunos a grandes amigos.

Minha gratidão ao colega de mestrado e amigo Eraldo Tavares, pessoa de ímpar tranquilidade e com a qual dividi este sonho desde a época de seleção. Nossa amizade é a prova de que, nesta seara, não há somente adversários e concorrentes, pois estudamos juntos para o certame de ingresso, inobstante disputarmos a mesma vaga.

Ao meu orientador, Professor Edilton Meireles, obrigado pela dedicação e disponibilidade, tanto na orientação quanto no tirocínio. Poucas vezes conheci pessoa tão serena. No turbilhão de emoções e prazos que é o mestrado, conseguiu me passar a paz da sabedoria que só um professor passa ao seu aluno.

Agradeço, também, ao Professor Fredie Didier Jr. pelos ensinamentos em direito processual civil e na vida. Aluno seu desde a graduação, aprendi a importância da crítica firme. Aprendi que falar a verdade ao aluno é incentivá-lo a ser melhor, e não um desestímulo a continuar.

Ao Professor Antonio Gidi, pessoa de boa vontade excepcional, que tanto contribuiu ao me fornecer literatura estrangeira de excelente qualidade, obrigado pela cooperação. Sei o quão escasso é seu tempo, e lhe serei eternamente grato por tê-lo dividido comigo.

Sou muito grato à Professora Paula Sarno Braga, que tão prontamente me auxiliou na seleção do mestrado, apesar de estar também ocupada com a seleção de seu doutorado. Valeram as dicas e o incentivo de me candidatar à vaga.

Por fim, obrigado à UFBA – Universidade Federal da Bahia. Com a instituição, pude compreender o real conceito de uma universidade, e aprender que a busca pelo conhecimento parte do aluno, tendo sempre na figura do professor a pessoa que lhe dará o norte para seguir. Ser seu aluno sempre foi um sonho dos mais profundos, o qual agora realizo.

O trabalho do juiz é duradouro, em certo sentido, e efêmero, em outro.

O que nele há de bom permanece.

O que é errôneo com certeza perece. O bom continua sendo o alicerce sobre o qual novas estruturas serão erigidas. O mau será rejeitado e esquecido no laboratório dos anos. Pouco a pouco, a velha doutrina será eliminada. As transgressões são amiúde tão graduais que, de início, sua importância é obscurecida. Por fim, descobrimos que o contorno da paisagem foi alterado, que os velhos mapas devem ser deixados de lado e que precisamos mapear novamente o terreno.

*(Benjamin N. Cardozo)*

*“it is not the system, but the judges that create the balance between flexibility and stability”*

(não é o sistema, mas os juizes que criam o equilíbrio entre a flexibilidade e a estabilidade)

*(Michael Zander)*

## RESUMO

A presente dissertação se propõe à análise dos efeitos da superação de precedentes no direito processual civil brasileiro. Há algum tempo, o país vem incorporando à sua legislação instrumentos que prestigiam a manipulação de precedentes judiciais, a exemplo do julgamento liminar de mérito, recursos repetitivos, poderes do relator, juízo de admissibilidade da apelação e, para completar, um capítulo exclusivo sobre o tema no projeto de Novo Código de Processo Civil. Torna-se, então, imprescindível o estudo e desenvolvimento de uma teoria dos precedentes aplicada ao direito brasileiro, o que se afigura uma árdua tarefa: criar num país tradicionalmente de *civil law* uma cultura desenvolvida nos países de *common law*. Para tanto, se faz necessário trabalhar com conceitos básicos pouco estudados em terras brasileiras, tais como os conceitos de precedente, segurança jurídica, proteção da confiança, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, *signaling*, *transformation*, *overruling*, *overriding*, dentre outros. Por isso, o presente trabalho começa analisando tais conceitos e a técnica de aplicação dos precedentes, isto é, o que configura um precedente, o que ele visa proteger e fomentar, o que dele se extrai e quando o aplicar, ou não, a um caso futuro. Após, se averiguam as técnicas de superação dos precedentes, delineando as suas hipóteses de ocorrência, requisitos e forma, bem como a técnica de sinalização, através da qual se alerta para uma futura modificação do precedente. Por fim, o texto se aprofunda nos impactos que os efeitos da superação de precedentes causam na sociedade: como lidar com a mudança, a quem atinge essa mudança, o que ela significa, qual sua relação com o tempo e a partir de quando ela irá operar efeitos. Essas são algumas questões discutidas no presente trabalho, que não tem o fito de esgotar a matéria, mas de fomentar e contribuir para a discussão do tema, inclusive sugerindo uma nova característica à modulação dos efeitos dos precedentes: a sua obrigatoriedade.

**Palavras-chave:** segurança jurídica; superação de precedentes, efeitos retroativos, efeitos prospectivos, modulação de efeitos.

## ABSTRACT

This dissertation aims to examine the effects of overruling in Brazilian civil procedural law. Since some time ago, this country is incorporating to its legislation new devices that afford the judicial precedents. Then, it becomes imperative to study and develop a Brazilian theory of precedents, which seems an arduous task: create into a traditionally civil law the common law culture. For this purpose, it is necessary to work with some basic concepts, such as the concepts of precedent, legal certainty, protection reliance, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, signaling, transformation, overruling, overriding, and others. Therefore, this thesis begins by analyzing these concepts and the technique of applying the precedents, in other words, what can be called precedents, what it seeks to protect and promote and when to apply it, or not, to a future case. Also, this text mentions the overruling techniques and the signaling technique, and their hypothesis. Finally, this thesis delves into the effects of the impacts that overruling brings on society: how to deal with change, who it reaches, what it means, what its relation with time and when begins its effects. These are some issues inquired in this text, which does not have intent to exhaust the theme, but to promote and contribute to its discussion, including suggesting a new feature of the way that overruling effects are balance: its binding.

**Key words:** legal certainty; overruling, retroactive effects, prospective effects, modulation effects.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ação Cautelar
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
BA	Bahia
art.	Artigo
arts.	Artigos
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
coord.	coordenador
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTN	Código Tributário Nacional
DF	Distrito Federal
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
EC	Emenda Constitucional
ED	Embargos de Declaração
ed.	edição
EMBRAER	Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A.
etc.	<i>et cetera</i>
HC	<i>Habeas Corpus</i>
j.	juízo
Min.	Ministro
MG	Minas Gerais
N.º	Número
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
org.	organizador
p.	página
RDDP	Revista Dialética de Processo Civil

Rel.	Relator
REPRO	Revista de Processo
REsp	Recurso Especial
RExt	Recurso Extraordinário
RS	Rio Grande do Sul
RT	Revista dos Tribunais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TNU	Turma Nacional de Uniformização
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UFBA	Universidade Federal da Bahia
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UFPR	Universidade Federal do Paraná
v.	volume
vol.	volume



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>2. PRECEDENTES JUDICIAIS</b> .....	18
2.1. NORMA JURÍDICA INDIVIDUALIZADA .....	35
2.2. CONCEITOS BÁSICOS .....	50
2.3. SEGURANÇA JURÍDICA .....	62
2.4. TÉCNICA DE APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES .....	72
<b>3. SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES</b> .....	76
3.1. TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES .....	85
3.1.1. <i>Overruling</i> .....	85
3.1.2. <i>Overriding</i> .....	92
3.2. TÉCNICA DE SINALIZAÇÃO .....	94
<b>4. EFEITOS DA SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES</b> .....	99
4.1. EFEITOS RETROATIVOS .....	114
4.2. EFEITOS PROSPECTIVOS .....	120
4.3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS .....	135
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	158
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	170

## 1. INTRODUÇÃO

A divergência jurisprudencial, embora característica inerente à atuação do Poder Judiciário, se tornou algo incômodo no Brasil. Os julgamentos contraditórios são uma preocupante realidade no país, não porque simplesmente contraditórios, senão porque, em sua grande parte, proferidos sem, ao menos, levar-se em consideração decisão anterior que julgou em sentido diverso.

Não se nega que a existência de decisões em sentidos opostos contribui para a qualidade da cultura jurídica, pois mostra que o direito não é engessado e que o juiz age com base em seu livre convencimento motivado. Ocorre que a ausência de compromisso dos novos julgamentos com as decisões passadas que formaram precedentes não é bem vista pela sociedade, causa desconfiança e descrédito na justiça brasileira e desestimula os cidadãos a pautarem suas ações com base nos precedentes judiciais. O grande número de decisões contrastantes denota, também, uma fragilidade do sistema jurídico, que não consegue desenvolver a coerência nos seus julgados.

Diante dessa problemática, intenta o presente estudo revelar a importância dos precedentes judiciais e de seus efeitos perante a comunidade jurídica e os jurisdicionados. Assim, mister se faz compreender seu surgimento e desenvolvimento.

Foi o que pretendeu o autor deste trabalho em seu primeiro capítulo após a introdução. Nele, são abordados os aspectos históricos que se prestam ao papel de demonstrar a diferença entre os precedentes judiciais e seu efeito vinculante.

Para tanto, descreve-se a evolução da *common law* e a prática de utilização das decisões anteriormente proferidas. Nesta evolução, pôde-se perceber o quão natural foi a utilização dos precedentes. Depois da breve análise histórica acerca da *common law*, o texto analisa a evolução dos precedentes no Brasil, até então um país da *civil law*, examinando, por inevitável, o direito português.

É traçada uma linha do tempo com os institutos e as legislações que prestigiaram a utilização de precedentes – persuasivos ou vinculantes –, depois de instituída a República, durante o século XX, até a atualidade. Dentre as decisões apontadas, estão os prejulgados, as súmulas, a

uniformização de jurisprudência, os poderes do relator, o juízo de admissibilidade da apelação, a remessa necessária, o julgamento liminar de mérito, os recursos repetitivos, ação declaratória de constitucionalidade e súmula vinculante.

Contextualizado o tema historicamente, principalmente no que tange à atual conjuntura legislativa de valorização aos precedentes, o autor inicia a análise da decisão judicial como norma jurídica individualizada.

Aborda-se a clássica dicotomia entre o *judge make law* e o *juge bouche de la loi*, passando pelas teorias declarativas e constitutivas. Explicita-se a atual fase do pensamento jurídico, em que se admite que o juiz seja ator principal da criação normativa, e não somente um instrumento de declaração da vontade da lei produzida pelo parlamento, este sim o detentor do direito de criar a lei.

Nessa conjuntura, entendeu-se inevitável tratar acerca dos conceitos vagos/indeterminados, técnica de redação legislativa que impregna o texto normativo de termos vagos, conferindo-lhe maior fluidez no preenchimento de seu conteúdo.

Considera-se importante, nesse diapasão, desvendar se é ou não exercício da discricionariedade a atividade judicante que preenche o conteúdo dos conceitos indeterminados. Por isso, analisa-se como se define um conceito vago, a fim de compatibilizar este procedimento à interpretação constitucional da norma.

Entendida a premissa da norma jurídica individualizada, esta dissertação trata de alguns conceitos básicos da teoria dos precedentes judiciais, a fim de subsidiar a lógica do trabalho, visando, tão somente, situar o leitor quanto aos institutos basilares que dão suporte à referida teoria. Assim, são analisados os conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, precedente judicial, jurisprudência e súmula, traçando-lhes as diferenças e similitudes.

Em seguida, discorre-se sobre a segurança jurídica. No tratamento do tema, procura-se determinar os instrumentos hábeis a conferir segurança jurídica, e as circunstâncias que geram insegurança jurídica. Nesse contexto, as questões da estabilidade e da calculabilidade do ordenamento jurídico são discutidas, refletindo-se sobre o que pode ser considerado um direito estável e como é possível se posicionar com base em suas decisões. Tudo isso com

foco na segurança jurídica: o que ela proporciona, os seus efeitos que e a análise da confiança e de sua proteção.

No tópico seguinte, o presente trabalho esclarece como se deve aplicar o precedente, as técnicas que possibilitam a comparação entre dois casos – o precedente e o atual –, de forma a viabilizar que a *ratio decidendi* do precedente se aplique ao caso sob julgamento. Também é feita a diferenciação entre o *distinguishing* método e o *distinguishing* resultado: dois institutos diferentes que recebem a mesma denominação. Ademias, são elencados os resultados que podem ser obtidos por meio do método do *distinguishing*: a aplicação do precedente, sua não aplicação ou sua superação.

Este último resultado do *distinguishing* método, a superação de precedentes, é o tema do segundo capítulo. Ali, trata-se, inicialmente, da ideia do engessamento do direito causado pelo uso dos precedentes, expondo-se a corrente crítica do ordenamento que prestigia os precedentes, sob o argumento de que a repetição de decisões leva à estagnação do direito.

Buscando perquirir a aventada imutabilidade, a dissertação investiga as hipóteses de superação dos precedentes. Isto é, quais os casos em que um precedente pode ser modificado, dando mobilidade e promovendo a evolução ao direito. Alcança-se tal objetivo a partir da diferenciação dos conceitos de rigidez e imutabilidade, no que tange aos precedentes; bem como pela identificação dos fatos que respaldam a superação. Apresentam-se exemplos para facilitar ao leitor a correlação desses fatos ao cotidiano.

Pois bem. Identificadas as hipóteses, passa-se ao exame das técnicas de superação: *overruling* e *overriding*. O cabimento de cada uma destas técnicas, bem como seus impactos na sociedade são minuciosamente estudados, assim como o são as variações destes instrumentos, como a superação de precedentes implícitas, distinções inconsistentes, *transformation*, dentre outras classificações.

Ao final do segundo capítulo, é destinada atenção a técnica de sinalização, que, juntamente com a segurança jurídica, robustece a ideia defendida por este trabalho. Por isso, o autor se preocupa em abordar, detalhadamente, o *signaling*, destacando-o na teoria dos precedentes no que tange à sua importância, conveniência e utilidade.

No terceiro e último capítulo, a dissertação aprofunda o tema que dá nome ao título: efeitos da superação de precedentes. Este tópico é iniciado com a análise da relação entre os efeitos da superação de precedentes e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no intuito de entender como se deu a fixação de um efeito padrão à superação, que vige no país há anos e anos: o efeito retroativo.

O autor estuda os dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade, o americano e o austríaco, respectivamente o controle difuso e o controle concentrado. São avaliadas as razões e as conseqüências da decisão adotada em cada um deles, estabelecendo um panorama comparativo entre os dois sistemas.

Após, estuda-se, especificamente, cada um dos efeitos das decisões de superação de precedentes, iniciando-se pelo retroativo. As razões que levam à utilização deste efeito, bem como a sistematização das suas críticas constituem objeto do presente trabalho. Verifica-se, ademais, se o entendimento de hoje quanto ao efeito padrão é o mesmo de outrora.

De igual forma, trata-se dos efeitos prospectivos, sistematizando os prós e os contras da sua utilização, levando em consideração a teoria clássica de que o direito é revelado, e não construído.

Merece destaque, ainda, a discussão sobre modulação de efeitos da superação de precedentes. Busca o autor analisar o cabimento e a motivação dessa modulação, bem como ela se opera.

Com o intuito de compatibilizar a necessidade de superação com a proteção e preservação da confiança depositada no precedente a ser revogado, são relacionados conjugados os seguintes institutos: princípio da proteção da confiança; superação de precedentes; e efeitos da superação. Neste aspecto, é discutida a posição que o princípio da proteção da confiança assume no processo de modulação de efeitos.

Ao final, são apresentadas as conclusões do autor acerca dos temas abordados no presente trabalho, e o seu posicionamento – diferente dos tradicionalmente adotados – quanto aos efeitos da superação dos precedentes.

## 2. PRECEDENTES JUDICIAIS

Conceito antigo, mas de difícil absorção no Brasil, é o de precedentes judiciais. Primeiro porque, contra estes sempre pendeu o preconceito de se tratarem de instituto típico da *common law*<sup>1</sup>; segundo, porque a falta de habilidade em manuseá-los sempre os afastam da prática diária dos juristas nacionais.

A realidade – imposta de modo involuntário –, todavia, mostrou que a manipulação dos precedentes se tornou uma necessidade, e não uma questão de opção. Já na primeira edição de seu livro, “A tradição da *civil law*” de 1969, John Henry Merryman<sup>2</sup> previa o futuro desta tradição jurídica atrelada ao crescimento da criação jurisprudencial do direito, o que era creditado à ampliação do poder de interpretação jurídica pela justiça ordinária, apoiada pela prática, cada vez mais comum, de publicação e citação de decisões judiciais<sup>3</sup>.

Divergências jurisprudenciais são saudáveis e, a bem da verdade, inevitáveis, pois o direito não é uma ciência exata, como pretendem alguns. Ao contrário, necessita das divergências para crescer, criar e evoluir. A proporção, entretanto, que tomaram estas divergências causa sérios prejuízos à prestação jurisdicional de qualidade. Como defende Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>4</sup>, este é o verdadeiro problema: a questão não é a divergência jurisprudencial em si, mas sim no grau, no modo e na projeção em que ela vem se manifestando, impondo-se, pois, a utilização de mecanismos para mantê-la sob limites razoáveis (meios de controle/prevenção) ou para superá-las (meios de correção/cassação).

---

<sup>1</sup> Gustavo Santana Nogueira diz: “Somos um país enraizado na cultura do *civil law* e que muito pouco, ou nada, sabe acerca da *common law*. Em razão desse desconhecimento, não conseguimos compreender corretamente o fenômeno da vinculação dos precedentes. A maior prova de que nossa tradição jurídica prestigia a lei escrita é a narrativa feita acima acerca dos mecanismos de que dispomos para obter uma jurisprudência mais uniforme: são diversos instrumentos, inseridos por leis distintas que não guardam harmonia entre si, enquanto que na Inglaterra e nos Estados Unidos, como observamos em capítulos anteriores, o respeito ao precedente é cultural, visto que enraizado na história dos dois países, não havendo um dispositivo legal que diga que os precedentes são vinculantes, embora sejam. É cultural, e não imposição legal. NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decises et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 220.

<sup>2</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Farbis Editor, 2009, p. 203.

<sup>3</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Farbis Editor, 2009, p. 196.

<sup>4</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2010, p. 166.

Os contrastes jurisprudenciais são estudados pelo italiano Sergio Chiarloni<sup>5</sup>, que os dividiu, inicialmente, entre contrastes reais e contrastes aparentes. Os aparentes são aqueles que decorrem da alteração do texto normativo ou das alterações fáticas entre os casos comparados; já os contrastes reais são aqueles que dependem da adequada compreensão do seu conteúdo. Estes comumente são classificados: a) quanto ao tempo, em contrastes diacrônicos e sincrônicos; b) quanto ao número, em contrastes simples e múltiplos; e c) quanto ao órgão jurisdicional, em verticais e horizontais.

Os contrastes diacrônicos são aqueles em que a divergência ocorre ao longo do tempo, há uma linha interpretativa em mudança, representando uma evolução natural e benéfica do precedente. Já os sincrônicos são os contrastes que coexistem no tempo, situação na qual não se pode falar em entendimento consolidado. Os contrastes simples ocorrem quando a divergência está limitada a dois entendimentos, ao passo em que os contrastes múltiplos são originados da existência de diversos entendimentos para o mesmo caso. Por fim, os contrastes verticais são aqueles em que a divergência ocorre entre diferentes níveis da organização judiciária, enquanto que os horizontais são os que ocorrem no mesmo nível.

Diante da situação de excesso de contrastes jurisprudenciais, seja de qual espécie for, experimentada pelo direito brasileiro, viu-se no precedente judicial a solução do problema. Por esta teoria, pretende-se resolver o alinhamento do discurso jurídico proveniente do Poder Judiciário.

Ainda não está a se tratar de decisões vinculantes, contudo. Neste momento, o que importa é a ideia de precedente judicial, tenha ou não ele efeito vinculante. É importante destacar esta diferença porque os mesmos motivos expostos no primeiro parágrafo deste item são os que criaram o estereótipo do precedente vinculante que engessa o direito. Por isso, em um breve relato histórico, apontar-se-á a diferença entre precedentes e sua vinculação.

Onde hoje se encontra a Inglaterra, fora domínio do Império Romano do século I ao V<sup>6</sup>, até que as invasões bárbaras, principalmente anglo-saxões<sup>7</sup>, geraram seu declínio. Até então,

---

<sup>5</sup> CHIARLONE, Sergio. *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*. Revista de Processo - REPRO. Ano 39, v. 229, março/2014, p. 426-429.

<sup>6</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 209.

<sup>7</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 108.

preponderava a influência do sistema da *civil law*, muito mais antiga do que a *common law* e que tem sua data de início comumente associada ao ano 450 a.C., com a suposta publicação das Doze Tábuas em Roma<sup>8</sup>. Com o povoamento cada vez maior de bárbaros, a região se viu dominada por costumes territoriais, princípios pagãos e a consequente perda de importância das leis.

Explica John Gilissen que, com esta invasão territorial da Inglaterra pelos bárbaros, povo composto pelos Anglos, Saxões e Dinamarqueses, desenvolveram-se no local, a partir de século VI, reinos germânicos. Tal como no continente, foram redigidas leis bárbaras, as quais positivavam costumes anglo-saxões. A diferença, entretanto, ocorria na linguagem utilizada, enquanto no continente se escrevia em latim, na Inglaterra se escrevia em língua germânica<sup>9</sup>.

Com a expansão do domínio bárbaro, a tradição da *civil Law* foi perdendo força; concomitantemente, os feudos foram se tornando mais comuns e, por consequência, o direito feudal desenvolveu-se e espalhou-se por toda Europa<sup>10</sup>. Segundo Caenegem<sup>11</sup>, tratava-se de um direito ligado, sobretudo, à propriedade fundiária, com ausência de qualquer concepção de Estado e sem legislação escrita e formal. Seu desenvolvimento dependia dos costumes ou de um soberano que desejasse regular algum ponto específico das relações sociais<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 23.

<sup>9</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 209.

<sup>10</sup> John Gilissen esclarece que: “O direito fica assim restringido às relações feudo-vassálicas e às relações dos senhores com os servos dos seus domínios, ou seja, a laços de dependência de homem para homem. Toda a organização estatal desapareceu. Ao mesmo tempo, assiste-se a uma decadência religiosa e a uma decadência cultural.”. GILISSEN, John. *Introdução histórica do direito*. 4.º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 190.

<sup>11</sup> CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 28.

<sup>12</sup> Não se pretende dizer aqui que não se utilizavam os costumes no direito romano, pelo contrário, como afirma John M. Kelly: “A teoria romana sobre as fontes de validade do direito (toda do tempo do império, ocasião em que o príncipe era o único órgão legislativo importante) tem, curiosamente, duas faces. De um lado, à semelhança de Cícero, para quem o próprio Estado devia apoiar-se no consentimento popular, o jurista Juliano, escrevendo na época de Adriano, sublinhou o nexo democrático entre o direito e os que a ele estão sujeitos, numa passagem em que atribui eficácia jurídica ao costume bem como à lei escrita: ‘O costume imemorial é, corretamente, observado como se fosse lei escrita; são as leis que chamamos estabelecidas pelo uso. Pois, se a única razão pela qual até as leis escritas nos obrigam é o fato de serem aceitas pela opinião do povo, é absolutamente certo que as regras que o povo aceitou sem nenhum escrito devam obrigar a todos; pois o que importa se o povo torna sua vontade conhecida por um voto ou pelo fato daquilo que efetivamente acontece?’”. KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 88.



Assim, no território britânico, devido a esta mescla de Império Romano e invasões bárbaras, coexistiam três sistemas jurídicos, segundo Losano<sup>13</sup>: a) o direito germânico; b) normas de direito romano; e c) direitos locais.

Este pluralismo jurídico findou, entretanto, em 1066, com a conquista da Inglaterra pelas mãos de Guilherme, o Conquistador<sup>14</sup>, líder dos normandos, o que fez com que os direitos na Grã-Bretanha fossem unificados dando origem<sup>15</sup>, assim ao *common law*<sup>16</sup>, em clara oposição aos costumes locais<sup>17</sup>.

Após a conquista, os normandos introduziram, por óbvio, sua forma de administração pública, na qual havia a separação entre a Igreja e o Estado, criando-se o “conceito de que o Rei era o supremo senhor ‘proprietário indireto’ das terras feudais inglesas”<sup>18</sup>. Todavia, apesar da boa gestão governamental, os normandos não eram dados a legislar<sup>19</sup>, de maneira que os tribunais da época (*curia regis*) exerciam um papel fundamental no desenvolvimento da *common law*.

Segundo Andréia Costa Vieira<sup>20</sup>, em 1164, durante o Reinado de Henry II, foram reconhecidas as Constituições de Claredon, que nada mais eram do que uma lista de costumes adotados no reinado de Henry I e que possuíam conteúdos diversos, tais como disputa de terras, responsabilidade civil, contratos, etc.

A partir do século XIV, explica Losano<sup>21</sup>, que em torno da *curia regis* formaram-se quatro organizações de juristas, ainda hoje existentes, denominadas genericamente de *Inns of Court*. Estas organizações passaram a se reunir de maneira periódica a fim de discutir e simular casos e debater teses. Sua crescente foi tão grande que, com o passar do tempo, se tornou a instituição que habilita o advogado a atuar nos tribunais superiores. Atualmente, estes

---

<sup>13</sup> LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 324.

<sup>14</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. “Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common law* e de *Civil law*”. In: *A força dos precedentes*. Luis Guilherme Marioni (coordenador). Salvador: Juspodivm, 2012, p. 51.

<sup>15</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 24.

<sup>16</sup> Esta afirmação também é confirmada por MACIEL, Adhemar Ferreira. *Apontamentos sobre o judiciário Americano*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 6, n.º 1, janeiro-julho de 1994, p. 40

<sup>17</sup> DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 359.

<sup>18</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 109.

<sup>19</sup> DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 359-360.

<sup>20</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 109.

<sup>21</sup> LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 325.

profissionais<sup>22</sup> credenciados a atuar nas altas cortes são denominados de *barristers* e, como lembra o mesmo autor<sup>23</sup>, os juízes destas cortes são escolhidos dentre referidos profissionais, o que contribuiu para a homogeneidade da comunidade forense; “os sistemas das tradições comuns e dos conhecimentos pessoais, adquiridos nos *Inns* desde os anos de juventude, permeia assim todo o sistema judiciário inglês”<sup>24</sup>.

Segundo Paulo Henrique Dias Drummond e Priscila Soares Crocetti<sup>25</sup>, em 1187 foi escrito um pequeno livro em latim chamado *Glanvill*, o qual descrevia tão somente os procedimentos utilizados no reino inglês com base nos casos julgados, sem, contudo, ter qualquer cunho crítico. Tratavam-se de relatos fiéis aos acontecimentos processuais ocorridos nos processos, numa tentativa de sistematizar o procedimento através da oferta de modelos de petições e julgamentos.

---

<sup>22</sup> Explica René Davi que “Na Inglaterra, os profissionais do direito são agrupados em duas categorias. Uns, chamados *barristers* ou *counsel*, correspondem a nossos advogados. Os outros – os *solicitors* – desempenham funções que cabem, na França, aos auxiliares da justiça, notadamente aos *avoués* e aos tabeliães. Na Inglaterra, ninguém pode exercer a profissão de jurista sem ser membro da Ordem dos Advogados, ou admitido como *solicitor*. Os advogados são necessariamente membros dos quatro clubes de advogados – os *Inns of Court* – existentes em Londres. O mesmo se dá se residem e atuam numa cidade do interior. De fato, daí resulta que os advogados constituem um meio muito homogêneo, um círculo restrito em que todo o mundo se conhece e no qual uma infração disciplinar, ou mesmo de ética, seria severamente julgada. Em seus *Inns of Court*, onde almoçam com frequência e cuja biblioteca frequenta, os advogados se encontram e também conversam com os juízes, que permanecem em seu clube de origem quando deixam de ser advogados. O fato de pertencer a um mesmo clube gera certas atitudes e um sentimento de confiança que permite garantir um melhor funcionamento da justiça na Inglaterra. O número dos que praticam efetivamente a profissão de advogado era, em 1974, de 3.377, dos quais 952 estavam estabelecidos no interior. O outro ‘ramo da profissão’ é constituído pelos *solicitors*. Estes estão espalhados por todo o país. Só eles se relacionam com os clientes. Com efeito, os advogados são proibidos de entrar diretamente em contato com seus clientes, e é apenas por intermédio dos *solicitors* que são postos a par das causas que devem defender. São igualmente os *solicitors* que cuidam do andamento do processo, em particular entrando em contato com as testemunhas, cujos depoimentos o advogado utilizará na audiência. Havia, em 1974, 28.741 *solicitors* na Inglaterra. Em geral, eles estão agrupados em escritórios, onde uns tratam das causas contenciosas, outros das causas não contenciosas de seus clientes. Grande parte de sua atividade está voltada para tarefas não contenciosas; notadamente, tratam das transferências de propriedade e da redação de documentos societários ou de testamentos. Sua grande maioria adere a uma associação, a *Law Society*, que é encarregada de organizar os exames que permitem adquirir a qualidade de *solicitor*. A formação dada aos *solicitors* é mais orientada para a prática do que a dos advogados; muitos *solicitors*, depois de terem obtido seu diploma, entram no ramo dos negócios ou na administração, onde seus conhecimentos são apreciados. Convém notar a ausência, na Inglaterra, de uma instituição comparável ao nosso Ministério Público. O Ministério Público, no entendimento dos ingleses, é uma instituição que compromete o bom funcionamento da justiça; elevando o procurador ao nível do juiz, destrói-se a igualdade que deve ser respeitada entre a acusação e a defesa, se se quer assegurar uma justiça verdadeiramente imparcial.” DAVI, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33-34

<sup>23</sup> LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 325.

<sup>24</sup> LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 325.

<sup>25</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. “Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common law* e de *Civil law*”. In: *A força dos precedentes*. Luis Guilherme Marinoni (org.). Salvador: Juspodivm, 2012, p. 54.

Duas décadas depois, um juiz inglês chamado *Henry of Bracton* escreveu comentários descritivos dos julgamentos das cortes<sup>26</sup> (*De Legibus et Consuetudinibus Angliae - The Laws and Customs of England*). Mas, com uma diferença. Como ele era juiz, tinha acesso ilimitado a todas as peças do processo, da petição inicial ao recurso, o que facilitou a fidedignidade de seus relatos. Como base nesses relatos, *Bracton* começou a introduzir em seus julgados referências às anotações feitas por ele de casos anteriores, o que não queria dizer que havia vinculação, mas serviam de exemplos para os casos em julgamento.

Em uma segunda fase<sup>27</sup>, *Bracton* passa a tecer críticas aos casos analisados, sem, contudo, ter qualquer pretensão de vincular aqueles julgamentos a casos futuros. Seu intuito era, tão somente, o de comentar os casos, a fim de influenciar os julgadores da época a adotarem a postura mais correta, mas não de obrigá-los a tal adoção. O avanço das anotações foi grande, pois havia maior quantidade de acervo e mais pessoas engajadas nesta tarefa, conforme destacado por Matthew Hale<sup>28</sup>.

Já sob a égide do reinado de Edward I surgiram os *years books* (livros do ano), mais precisamente no período compreendido entre 1282 a 1573<sup>29</sup>. A prática de anotação de casos se tornou comum. Entretanto, nem todos tinham o acesso de *Bracton* aos processos, de maneira que os estudantes e juristas iniciantes começaram a fazer anotações particulares acerca do procedimento, com o fito de auxiliar os advogados nos julgamentos<sup>30</sup>.

Em um segundo período, compreendido entre 1537 e 1863, conforme indicado por Marcelo Dias Alves de Souza<sup>31</sup>, as anotações começaram a trazer críticas dos advogados, o que incluía sugestões, sendo cada vez mais utilizadas nos julgamentos. Até que, em um terceiro período, a partir de 1865, chega-se ao atual *law reports*, relatórios de casos organizados de forma

---

<sup>26</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 111.

<sup>27</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 111.

<sup>28</sup> HALE, Matthew. *The history of the common law of England*. Disponível em <[http://books.google.com.br/books?id=\\_qoDAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=_qoDAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em 04/08/2014.

<sup>29</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 105.

<sup>30</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 113.

<sup>31</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 105.

didática e catalogada, possibilitando um maior acesso ao acervo de decisões<sup>32</sup>, embora ainda sem efeito vinculante. Tratam-se de relatórios particulares, não oficiais, elaborados por um conselho jurídico formado por estudantes e advogados<sup>33</sup>, que catalogam os casos de maneira minuciosa e impregnados de críticas e sugestões acerca do conteúdo.

O costume de citar casos pretéritos manteve-se não com o intuito explicitamente vinculante, mas sim como uma prática natural entre os pares. Andréa Costa Vieira<sup>34</sup> afirma que, dentre os diversos tribunais ingleses, um era reservado para o julgamento de casos mais complicados e de grandes importâncias e divergências, o *Exchequer Chamber*. Os casos eram selecionados pelos próprios juízes que tomavam sua decisão por maioria, não tendo as partes oportunidade de suscitar o julgamento por este tribunal.

Assim, nos séculos XVI e XVII, ficou estabelecido que as decisões desta Corte vinculariam os futuros julgamentos sobre casos similares, o que não impediu, entretanto, que devido a circunstâncias processuais, uma ou outra corte de justiça julgasse de maneira diversa. Até que este mesmo poder vinculante das decisões foi transferido para as demais cortes, oportunidade em que surgiu a ideia de hierarquia para a vinculação dos julgamentos, isto é, o julgamento de uma corte vincularia o julgamento das cortes em igual grau de hierarquia e em grau de hierarquia inferior<sup>35</sup>. Nasce aí o *stare decisis et non quieta movere*.

Somente no século XIX ficou estabelecido o respeito absoluto aos precedentes<sup>36</sup>, o que era feito com a utilização, sobretudo, dos *law reports*. Todavia, a seleção dos casos constantes nestes relatórios nunca seguiu, e ainda não segue, uma forma objetiva; são julgados selecionados das mais diversas formas. Isso não quer dizer, entretanto, que para ser considerado um precedente precise constar ali, de maneira que os julgados não constantes dos

---

<sup>32</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decises et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 113.

<sup>33</sup> DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROSETTI, Priscila Soares. “Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common law* e de *Civil law*”. In: *A força dos precedentes*. Luis Guilherme Marinoni (org.). Salvador: Juspodivm, 2012, p. 55.

<sup>34</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 115.

<sup>35</sup> VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 118.

<sup>36</sup> “Only in 1898 was the binding force of precedents accepted, but without everyone being convinced”(Somente Em 1898 os precedentes passaram a ter força obrigatória, o que não foi aceito por todos) HONDIUS, Ewoud. *Precedent and the law*. Eletronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3, dezembro/2007. Disponível em <<http://www.ejcl.org/113/article113-3.pdf>>. Acesso em 10/08/2014.

*law reports* também são precedentes, inobstante sua aceitação não seja a mesma em relação aos julgados catalogados.

Assim, como atestam Aline Hadad Ladeira e Alexandre Melo Franco Bahia<sup>37</sup>, entre a incipiente noção de precedentes e a sua obediência obrigatória (vinculação) se passaram, aproximadamente, oitocentos anos, desmistificando-se, pois, a ideia de que falar de precedentes é, necessariamente, falar de vinculação obrigatória. Portanto, precedente judicial é uma coisa e vinculação obrigatória (*stare decisis*) é outra coisa.

Mas não só nos países da *common law* os precedentes se desenvolveram e eram utilizados. De origem portuguesa, os assentos, segundo Marcelo Dias Alves de Souza<sup>38</sup>, podem ser considerados a primeira experiência brasileira com decisões vinculantes. Tratavam-se da possibilidade de os desembargadores, quando houvesse dúvida na interpretação das Ordenações, submeterem-na ao Regedor, que decidiria como deveria ser interpretada a Ordenação.

Ocorre que, como explica Marcus Seixas Souza<sup>39</sup> em dissertação de seu mestrado, devido à transferência da Corte portuguesa para a colônia, em 1808, ficou inviável a remessa dos agravos ordinários e apelações à Casa de Suplicação de Lisboa, o que impeliu o Príncipe Regente D. João, por alvará de 10 de maio de 1808, a converter a Relação do Rio de Janeiro (criada em 1752) em Casa da Suplicação do Brasil, um tribunal semelhante em composição e competências à Casa da Suplicação portuguesa.

Nem o retorno da Corte ao seu país de origem, em 1821, fez com que a Casa da Suplicação do Brasil parasse de funcionar, nem mesmo em face da declaração de independência da Colônia, proclamada em 1822. A organização judiciária continuou a mesma até que fossem criadas instituições judiciárias que as substituiriam nos anos seguintes<sup>40</sup>. Assim, a independência

---

<sup>37</sup> LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico*. Revista de Processo – REPRO, São Paulo, ano 39, vol. 234, agosto/2014, p. 282.

<sup>38</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 178.

<sup>39</sup> SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império*. Dissertação de mestrado em Direito apresentada ao Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia, 2014, p. 89.

<sup>40</sup> Explica o mesmo autor que “A criação e o funcionamento de órgãos e instituições que regulamentassem a vida pública sob o novo regime da monarquia constitucional foram preocupações da Assembleia Constituinte de maio de 1823, fechada pelo Imperador em novembro. As discussões não priorizaram tratar da criação de um tribunal

constitui o marco a partir do qual o direito brasileiro se separou definitivamente do direito português.

Ressalta-se, contudo, que a velha prática portuguesa, dada a origem lusa no nosso direito processual, transmigrou-se para o Brasil Império pela Resolução da Assembleia Geral, sancionada pelo Decreto 2.684/1875<sup>41</sup>, apesar de isso fazer vigorar no país a jurisprudência vinculante de outro. Como afirma Rodolfo de Camargo Mancuso, os “assentos aportaram no Brasil Colônia e aqui frutificaram, sendo recepcionados pelo Supremo Tribunal do Império<sup>42</sup>”.

Mais precisamente, o aludido Decreto atribuía força de lei aos assentos da Suplicação de Lisboa, emitidos entre 1805 e a data da independência, além de atribuir competência ao Supremo Tribunal de Justiça para também emití-los, o que, conforme constataram Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza<sup>43</sup>, estava previsto no Decreto Imperial 6.142/1876 – e atesta a previsão de utilização de precedentes no Brasil desde à época do império. Proclamada a república, com a Constituição de 1891, os assentos foram abolidos do Brasil<sup>44</sup>, mas não os precedentes.

---

superior, limitando-se a propor a instituição de um sistema de jurados para a instrução processual, bem como a eleição dos juizes de primeira instância. As duas propostas seriam contempladas pela Constituição de 1824, vindo a efetivar-se nas figuras do júri criminal, regulado pelo Código de Processo Criminal de 1832, e dos juizes de paz, cujas atribuições foram definidas e reguladas na Lei de 15 de outubro de 1827. Foram frutos de um período de reformas promovidas pela Câmara dos Deputados (instalada a partir de 1826) no sistema jurídico brasileiro legado de Portugal. Uma vez em vigor a Constituição Imperial de 1824, foi prevista a criação do Supremo Tribunal de Justiça e foram fixadas as suas atribuições, entre as quais a mais importante era ‘conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar’. Apesar de integrar à ordem jurídica elementos estranhos à tradição portuguesa, a Constituição previu o aproveitamento de ‘Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades’ como Ministros do Supremo Tribunal, uma medida aparentemente contrastante com a intenção de tornar a mais alta corte a vitrine de um novo Poder Judiciário. Afinal, a substituição da Casa da Suplicação pelo Supremo Tribunal de Justiça não implicou mera mudança na nomenclatura do mais alto tribunal do Brasil, mas sim uma alteração paradigmática no que toca à representatividade e aos poderes concedidos aos juizes”. SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império*. Dissertação de mestrado em Direito apresentada ao Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia, 2014, p. 90.

<sup>41</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 180.

<sup>42</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 218.

<sup>43</sup> “O Dec. 6.142, de 10.03.1876 instituiu um procedimento segundo o qual as minutas de assentos poderiam ser indicadas por qualquer Ministro do Supremo Tribunal de Justiça; propostas por alguma das Relações do Império, ou por qualquer juiz de 1.<sup>a</sup> instância; ou requeridas pelo Instituto da Ordem dos Advogados. As indicações, propostas e requerimentos deveriam ser acompanhadas de um relatório circunstanciado dos julgamentos divergentes, ‘e das duvidas ocorridas sobre a intelligencia da lei ou do direito em these’, bem como de certidão verbo ad verbum (certidão da íntegra) dos julgamentos divergentes (art. 5.o, I e II). DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. *Formação do precedente e amicus curiae no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876*. Revista de Processo - REPRO, n. 220, junho/2013, p. 407.

<sup>44</sup> Explica Julio Cesar Rossi que: “Os assentos foram revogados em Portugal por força de decisão emanada do Tribunal Constitucional, que os declarou inconstitucionais em relação à força obrigatória geral, porque,

Analisando esta fase de mudança, Liebman faz a seguinte observação acerca de como o Brasil encarava a legislação escrita e o papel da jurisprudência:

As Ordenações Filipinas, já em vigor por mais de dois séculos, permaneceram em seu lugar mesmo após o Brasil ter-se tornado sede da monarquia portuguesa, mesmo após ter-se desligado da pátria mãe, proclamando a sua independência (1822). Apenas lentamente, e um pouco por vez, vieram substituídas por leis novas. As Ordenações, portanto, mantiveram-se em vigor por um tempo excessivamente longo e é porventura nesse ponto que se deve procurar a explicação para o comportamento que tiveram e têm a doutrina e a jurisprudência brasileira frente à legislação escrita: vale dizer, um menor apego ao texto legislativo em comparação aos juristas europeus, e uma mais desprezada interpretação das suas disposições, num esforço de encontrar uma solução satisfatória para cada caso concreto, com largo recurso ao direito comparado e à doutrina estrangeira. Uma mais aguçada sensibilidade para o justo substitui frequentemente a menor inclinação à construção dogmática<sup>45</sup>.

Mesmo sem o direito português e seus assentos, o Brasil continuou a utilizar-se dos precedentes, como afirmado por Cruz e Tucci, referindo-se à relevância dos precedentes judiciais no direito brasileiro: “nos horizontes do direito brasileiro, não há dúvida de que, ao longo da história, a atividade judicial sempre desempenhou importantíssimo papel, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio aperfeiçoamento dogmático de institutos jurídicos<sup>46</sup>”.

Em 1939, o Código de Processo Civil, em seu art. 861<sup>47</sup>, previu o instituto dos prejudgados, através do qual todo e qualquer membro de uma Câmara ou turma julgadora poderia

---

independentemente da sua natureza legislativa ou jurisdicional, apenas as leis poderiam estabelecer normas vinculantes aos tribunais e a terceiros. Com o advento da reforma do processo civil de 1995, os assentos foram substituídos pelo julgamento ampliado de revista (732-A e 732-B do CPC (LGL 1973\5) português) e aqueles até então existentes passaram a ter efeito de acórdão, ou seja, entendimento jurisprudencial meramente persuasivo. Malgrado os assentos portugueses tenham sido revogados na década de 90, não se desconhece que o Brasil sofreu ampla influência desse instituto desde a colonização até a República, momento em que as divergências jurisprudenciais começaram a ser solucionadas por meio de expedientes processuais, tais como o incidente de uniformização de jurisprudência e os embargos de divergência. ROSSI, Julio Cesar. *O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Revista de Processo – REPRO, vol. 208, junho/2012, p. 209

<sup>45</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Institutos do direito comum no processo civil brasileiro*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n.º 21. Salvador, 2010, p. 289.

<sup>46</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 257.

<sup>47</sup> Art. 861. A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.

promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas acerca da interpretação de uma norma jurídica, desde que sobre esta norma se reconhecesse que ocorria, ou poderia ocorrer, divergência de interpretação entre as Câmaras ou Turmas. O objetivo era claramente de uniformizar a jurisprudência.

Em 1943, explica José Tarcízio de Almeida Melo<sup>48</sup>, a Consolidação das Leis do Trabalho, através do *caput* do art. 902<sup>49</sup>, estabeleceu que a Procuradoria Regional do Trabalho poderia promover o pronunciamento prévio da Câmara de Justiça de Trabalho sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, desde que houvesse, ou pudesse haver, divergência entre os Conselhos Regionais do Trabalho. Tratava-se do instituto do prejudgado no âmbito da Justiça do Trabalho.

Em 1949, é alterado o parágrafo primeiro<sup>50</sup> do citado artigo da CLT, passando a prever a vinculação dos prejudgados. Ficou estabelecido que, havendo prejudgado sobre determinada matéria, os Conselhos Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os juízes de direito ficariam obrigados a aplicá-las. Ao passo em que suas revogação e modificação vinham previstas no parágrafo segundo<sup>51</sup> do mesmo art. 902. Nestes casos, era necessário que o Tribunal Superior do Trabalho estivesse funcionando completo, ou seja, com todos os seus membros participando da sessão de julgamento, podendo o pronunciamento de modificação ou revogação ser feito em tese ou em um caso concreto, firmando assim uma nova interpretação. Ocorrendo tal situação, era obrigatória a remissão expressa ao prejudgado revogado ou modificado, para que esta modificação ou revogação tivesse validade, o que tinha por escopo forçar os julgadores à análise do paradigma.

---

<sup>48</sup> MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em <[http://www.tjmg.jus.br/data/files/81/32/26/30/869D8310DACF8D83180808FF/sumula\\_vinculante.pdf](http://www.tjmg.jus.br/data/files/81/32/26/30/869D8310DACF8D83180808FF/sumula_vinculante.pdf)>. Acesso em 11/08/2014.

<sup>49</sup> Art. 902. É facultado à Procuradoria da Justiça do Trabalho promover e pronunciamento prévio da Câmara de Justiça do Trabalho sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre os Conselhos Regionais do Trabalho. (dispositivo já revogado)

<sup>50</sup> § 1º Uma vez estabelecido o prejudgado, aos Conselhos Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e o Juízes de Direito investidos da jurisdição a Justiça do trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo. (dispositivo já revogado)

<sup>51</sup> § 2º Considera-se revogado ou reformado a prejudgado sempre que o Conselho Nacional do Trabalho funcionando completo, pronunciar-se, em tese ou em concreto, sobre a hipótese do prejudgado firmando nova interpretação. Em tais casos, o acórdão fará remissão expressa à alteração ou revogação do prejudgado.



Em 13/12/1963<sup>52</sup>, o Supremo Tribunal Federal edita o seu primeiro enunciado<sup>53</sup> de súmula. Assim como as súmulas atualmente vigentes que não têm força vinculante, tal enunciado já era reconhecido pela comunidade jurídica com força de obediência, como afirma Paulo Emílio Ribeiro Vilhena:

Os prejulgados trabalhistas, do art. 902 e seu então § 1.º da CLT, têm a mesma força heteronômica específica das súmulas (do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos e dos Tribunais de Justiça), isto é, vinculam as instâncias inferiores. A única distinção é que a vinculação do prejulgado vinha expressa na lei e a vinculação das súmulas é deduzida da realidade forense, em que se cria um modelo de decisão, a que o juiz inferior deve atender e não pretender correr o risco de ter a sua decisão adaptada à regra já preestabelecida e sumulada (sanção).<sup>54</sup>

A partir de 1973, resume Gustavo Santana Nogueira<sup>55</sup>, surge o novo Código de Processo Civil, no qual ficou demonstrada a preocupação do legislador com a divergência jurisprudencial, ao criar o incidente de uniformização de jurisprudência nos artigos 476 a 479<sup>56</sup>. Contudo, em 1977, o Supremo Tribunal Federal é chamado a decidir sobre a recepção do art. 902 da CLT pela Constituição Federal de 1946. Analisando a Representação 946, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o prejulgado do Tribunal Superior do Trabalho não constituía ato normativo e, por isso, não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1946.

---

<sup>52</sup> GAZETTO, Andréa Cristina Oliveira. “A súmula vinculante e o equilíbrio entre os poderes no Brasil”. In: *Súmula vinculante e segurança jurídica*. Leonel Cesarino Pessoa [organizador]. São Paulo: LTr, 2007, p. 54.

<sup>53</sup> Súmula n.º 1: É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna.

<sup>54</sup> VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Os prejulgados, as súmulas e o TST*. Revista de Informação Legislativa, v. 14, n.º 55, julho-setembro/1977, p. 100.

<sup>55</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2013, 227-231.

<sup>56</sup> Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo. Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juizes cópia do acórdão. Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada. Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal. Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Com a Emenda Constitucional 03/1993 veio a Ação Declaratória de Constitucionalidade e o efeito vinculante de suas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>57</sup>. Em 1994, o legislador regulamenta os recursos extraordinários fundados em divergência jurisprudencial no art. 541<sup>58</sup>. Em 1998, a força da jurisprudência começa a crescer por meio da inserção de dispositivos que prestigiam o julgamento monocrático, tal como o art. 557<sup>59</sup> do Código de Processo Civil. Em 2001, modifica-se o art. 475<sup>60</sup>, para dispensar o reexame necessário quando a sentença do juiz, contrária a Fazenda Pública, estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal, à súmula deste ou do Tribunal Superior competente. Em 2004, através da Emenda Constitucional n.º 45, é instituída a Súmula Vinculante prevista no art. 103-A<sup>61</sup> da Constituição Federal de 1988.

Outros tantos exemplos de utilização dos precedentes podem ser fornecidos: o art. 285-A<sup>62</sup> do CPC traz o instituto da improcedência *prima facie*, a qual ocorre quando concorrerem dois

---

<sup>57</sup> LIMA, Tiago Asfor Rocha. “Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de Novo Código de Processo Civil”. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil: baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão especial presidida pelo deputado Fabio Trad*. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Henrique Volpi Camargo e Pedro Miranda de Oliveira [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 737.

<sup>58</sup> Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: (Revigorado e com redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994) I - a exposição do fato e do direito; (Incluído pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994) II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; (Incluído pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994) III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida. (Incluído pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994).

<sup>59</sup> Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998) § 1º-A 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. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998) § 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998) § 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

<sup>60</sup> Art. 475. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

<sup>61</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

<sup>62</sup> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006) § 1.º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da

requisitos: a) a questão for unicamente de direito, isto é, não demande dilação probatória além da documental constante da petição inicial<sup>63</sup>; b) se tratar de causas repetitivas, cuja situação fático-jurídica<sup>64</sup> em debate seja semelhante a outros processos anteriormente julgados pelo magistrado. Verificando-se essas condições, o magistrado está autorizado a dispensar a citação do réu e, desde logo, julgar improcedente o pedido do autor, reproduzindo o teor da sentença tida como referência.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>65</sup>, entretanto, critica o referido dispositivo, alegando que não somente uma decisão anterior do mesmo juiz legitima a aplicação deste instituto. Afirma o autor que, existindo precedente sólido, ainda que o magistrado não tenha proferido sequer uma sentença acerca da matéria posta, pode ele aplicar o instituto, devendo, contudo, analisar se o caso sob julgamento não contém peculiaridades que o distinguem do precedente. Este também é o posicionamento de Caio Márcio Gutterres Taranto<sup>66</sup>, para quem o art. 285-A não disciplina processo subjetivo, mas sim demandas cujo tema em questão já fora devidamente objetivado pelos tribunais superiores.

Outro mecanismo contemporâneo que pode ser apontado como fundamento para o uso dos precedentes se encontra no art. 518, §1.º do CPC<sup>67</sup>, o qual estabelece a súmula impeditiva de recurso, aduzindo que, quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF, o recurso de apelação não será recebido. Aqui, Luiz Guilherme Marinoni<sup>68</sup> critica o referido dispositivo afirmando que, embora o texto fale em súmula, o precedente de tribunal superior é suficiente para impedir o recebimento do recurso.

---

ação. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006) § 2.º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

<sup>63</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 472.

<sup>64</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 473.

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 516.

<sup>66</sup> TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 250.

<sup>67</sup> Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 1994) § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006).

<sup>68</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 517.

Instrumento muito utilizado está contido no art. 557<sup>69</sup> do CPC, consoante o qual o relator negará seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou de Tribunal Superior. Assim como dará provimento ao recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF, ou de Tribunal Superior.

Instituto mais recente é o constante no art. 543-A, § 5.º, do CPC, que preceitua: “negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

Aqui também há aplicação da teoria dos precedentes com eficácia vinculante, na medida em que, conforme anota Luiz Henrique Volpe Camargo<sup>70</sup>, todo e qualquer recurso extraordinário subsequente, que contiver matéria suficientemente igual àquela sobre a qual o STF já pronunciou a inexistência de repercussão geral, será indeferido liminarmente no próprio tribunal (ou turma) de origem, ou caso isso não aconteça, pelo próprio presidente do STF ou ainda pelo relator do recurso.

Já os arts. 543-B<sup>71</sup> e 543-C<sup>72</sup>, ambos do CPC, trazem a figura dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, respectivamente. Nestes casos, o tribunal de origem deve selecionar um

---

<sup>69</sup> Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998) § 1.º-A. 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. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

<sup>70</sup> CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In *Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier (coordenadora). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 629.

<sup>71</sup> Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 1.º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). § 5º O Regimento Interno do

ou mais recursos representativos da controvérsia, a fim de que somente estes sejam analisados pelas cortes superiores, sobrestando-se os demais até o julgamento dos selecionados.

No caso do recurso extraordinário, após seu julgamento, os tribunais de origem apreciarão os recursos sobrestados, podendo declará-los prejudicados ou retratar-se. Caso, ainda assim, a decisão *a quo* seja mantida e o recurso admitido pelo tribunal de origem, poderá o STF, nos termos do regimento interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Já no caso do recurso especial, os recursos sobrestados na origem terão seu seguimento negado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo STJ, ou serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da corte superior.

---

Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

<sup>72</sup> Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008). § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

Em ambos os casos se verifica a aplicação da teoria dos precedentes, tal como afirma Francisco Rosito<sup>73</sup>, para quem estes dispositivos revelam uma nítida vinculação vertical dos tribunais inferiores às decisões dos tribunais superiores, em clara aproximação ao sistema norte-americano de *stare decisis*. Isto porque, uma decisão anterior (precedente) influencia no resultado dos demais recursos, que aguardam, sobrestados, o posicionamento do respectivo tribunal superior.

Fala-se em precedente, e não em julgamento conjunto de todos os recursos<sup>74</sup>. Isto porque a decisão tomada afetará todos os recursos pendentes de julgamento, bem como as causas que ainda estão por vir. O julgamento do recurso representativo da controvérsia, destarte, não servirá somente à solução dos processos sobrestados, e sim à solução da questão jurídica neles constantes. Esse é o entendimento também defendido por Leonardo Carneiro da Cunha<sup>75</sup>, para quem é preciso “preocupar-se com outro detalhe pertinente aos recursos repetitivos, que é justamente a formação de um precedente de qualidade”. O julgamento do recurso representativo da controvérsia formará um precedente que deve ser seguido pelas causas futuras que versem sobre a mesma tese jurídica, além de ser aplicado aos recursos sobrestados, é claro.

Para o autor pernambucano, o objetivo é manter coerência, ordem e unidade no sistema, impondo um regramento à casos idênticos, de forma a privilegiar a isonomia e legalidade, conferindo “mais previsibilidade para casos similares ou idênticos e afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador<sup>76</sup>”.

---

<sup>73</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 444.

<sup>74</sup> Tratando das causas repetitivas como julgamento conjunto João Azevedo Neto e Paulyanne Figueiredo afirmam: “Na verdade, a partir de uma série de processos individuais instaura-se um procedimento coletivo voltado para a fixação de uma tese paradigmática a ser aplica às situações homogêneas.” AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de; FIGUEIREDO, Paulyne Rocha Valença. *Impugnação contra a decisão que determina o sobrestamento de recurso repetitivo: fugindo da cama de Procusto*”. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), vol. 126, setembro/2013, p. 71.

<sup>75</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Recursos repetitivos*. Disponível em <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/>> Acesso em 12/08/2014. No mesmo sentido, CABRAL, Antonio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 231, maio/2014, p. 231.

<sup>76</sup> CUNHA, Leonardo José Carneio da. *As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio*. Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas, n.º 25, julho-dezembro/2009, p. 243.

Como se pode observar, muitos são os dispositivos que já se utilizam dos precedentes judiciais, bem como muitos já são os dispositivos que se utilizam da vinculação obrigatória. Mas, afinal, a qual tradição jurídica<sup>77</sup> pertence o Brasil: *civil law* ou *common law*? Hermes Zaneti Jr.<sup>78</sup> defende que nem um, nem outro. Diz o professor gaúcho que o Brasil possui uma tradição jurídica híbrida<sup>79</sup>, na medida em que mescla: um direito constitucional inspirado no direito norte-americano e um direito privado inspirado na família romano-germânica; um controle de constitucionalidade difuso (baseado no modelo americano) e ao mesmo tempo concentrado (baseado no modelo austríaco); inúmeras codificações legislativas e, ao mesmo tempo, um sistema complexo de valorização dos precedentes.

## 2.1. NORMA JURÍDICA INDIVIDUALIZADA

O estudo dos precedentes deve ser iniciado a partir do exame da norma jurídica individualizada, pois, como cediço, trata-se de uma decisão judicial individualmente produzida para o caso concreto.

A norma jurídica é um fenômeno complexo<sup>80</sup>. Em sua elaboração, diversas são as etapas a serem enfrentadas para se chegar ao resultado final. Assim como diversos são os fenômenos que antecedem o início de sua elaboração, sendo estes de fundamental importância para sua

---

<sup>77</sup> John Henry Merryman e Regelio Pérez-Perdomo diferenciam “tradição jurídica” de “sistema jurídico”. Este é um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes, ao passo que aquela é “um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado”. MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 21-23.

<sup>78</sup> ZANETI JR., Hermes. “Brasil: um país de ‘common law’? As tradições jurídicas de ‘common law’ e ‘civil law’ e a experiência constitucional brasileira como constitucionalismo híbrido”. In: *Pontes de Miranda e o direito processual*. Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Roberto P. Campos Gouveia Filho [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 431. Também pela mistura de tradições no Brasil: SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. “O novo CPC e a obrigatoriedade dos precedentes judiciais: uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei”. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil: baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão especial presidida pelo deputado Fabio Trad*. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Henrique Volpi Camargo e Pedro Miranda de Oliveira [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 718.

<sup>79</sup> Em sentido declaradamente contrário, defende Vinicius Cavarzani que as “circunstâncias mostram que o Brasil é um país de civil law, não somente em virtude da presença de todos os requisitos daquilo que se denomina tradição jurídica romano-germânica – supremacia da lei escrita, ausência de produção judicial do direito, prestígio da doutrina e das universidades – mas principalmente em função da ausência de mecanismo de criação judicial do direito por meio de um sistema de precedentes”. CAVARZANI, Vinicius. *O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 231, maio/2014, p. 342.

<sup>80</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001, p.112.

futura interpretação e aplicação. Desde a fase legislativa até o momento de sua aplicação ao caso concreto, a norma jurídica é construída paulatinamente.

Para se analisar a elaboração da norma jurídica, contudo, imprescindível a análise dos momentos históricos que definiram este instituto tal como ele é nas duas tradições jurídicas: *common law* e *civil law*; pois esta distinção histórica é de fundamental importância para a compreensão do tema.

Na era do domínio normando, a produção legislativa era baixa, o que fazia com que as decisões judiciais norteassem o direito do povo. O que era dito pelos tribunais servia de base para que o indivíduo pautasse suas ações; eram verdadeiras orientações de como agir. Não se tratava de ausência de leis, mas o Judiciário era a instituição forte que gozava da confiança da comunidade, sendo um aliado do povo e do legislativo no combate às arbitrariedades do rei. Assim, o que era estabelecido pelos tribunais passou a ser a maior fonte de direito da época, numa evolução que, baseada em costumes incertos, passou a ser pautada nos julgamentos das cortes de justiça, exercendo estas uma função atípica disfarçada.

É claro que nestes países também houve um momento histórico em que se objetivou a supremacia do parlamento em face do absolutismo do rei (Revolução Inglesa de 1688)<sup>81</sup>. Contudo, não houve nesta revolução o intuito de quebrar o sistema e começá-lo do zero; ao contrário, o direito posto foi reafirmado, mas com uma pequena diferença, seus destinatários aumentaram. Passou-se, então, a aplicar o direito em face do rei e seus aliados – aqueles que antes não respeitavam o direito posto passaram a respeitar, numa espécie de contenção ao arbítrio real<sup>82</sup>. Assim, na elaboração das leis, o parlamento não visou a submissão do juiz às leis.

Diferentemente, na França, o Judiciário era uma instituição desacreditada, aliada ao absolutismo sem limites do rei. Nesse contexto, outra alternativa não restou aos revolucionários senão quebrar o sistema que fora construído por decisões eivadas de parcialidade em favor dos monarcas. A intenção da supremacia do parlamento aqui era definitivamente sujeitar os juízes às leis, proibindo-os, inclusive, de interpretá-las, a fim de

---

<sup>81</sup> ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. “Common law, judicial review e stare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro.” In: *A força dos precedentes*. Luis Guilherme Marinoni (org.). Salvador: JusPodivm, 2012, p. 16.

<sup>82</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 49.



evitar a prática abusiva que outrora cometiam favorecendo o rei. A ideia era que o juiz somente declarasse o que o povo (parlamento) definiu como sendo direito (legislação).

Era a consagração plena da lei como expressão da vontade geral, representativa dos grandes postulados que norteavam a revolução<sup>83</sup>. Nasce aí a concretização da ideia de que todo o ordenamento deve ser pautado na lei, delegando ao juiz uma função meramente declarativa em relação à lei, considerada como única fonte do direito e única forma de sua manifestação.

A intenção foi a de engessar o poder criativo dos juízes, pois deveriam eles se ater unicamente à lei; não havia espaço para interpretação; era o mais puro exercício de subsunção. Tratava-se de uma construção silogística<sup>84</sup> baseada em uma operação dedutiva em que era identificada (i) uma premissa maior (norma); (ii) uma premissa menor (caso concreto); e (iii) a conclusão (ato decisório). Achada a premissa maior, se encaixava a premissa menor e, por consequência, se obtinha a conclusão. Acreditava-se ser possível decidir corretamente todas as questões jurídicas controvertidas apenas por meio de uma operação lógica de subsunção da hipótese concreta à norma abstrata. A vinculação do juiz à lei constitui o ideal de formação científico do positivismo. A lei, assim, sobretudo a lei sistematizada em códigos, adquiriu o monopólio da manifestação do direito<sup>85</sup>.

Postas estas diferenciações, dois brocados representam bem as funções do juiz em cada um dos sistemas. Enquanto na *common law* se aplicava o *judge make law*, no sistema romano-germânico se aplicava o *juge bouche de la loi*.<sup>86</sup> Talvez este fosse o ideal de uma produção em massa de decisões, tais como uma fábrica que apenas cumpre exatamente o modo de produção padrão de um automóvel. Algo mecânico, em que a atividade intelectual se restringiria à análise de subsunção da premissa menor à premissa maior.

Não que a subsunção não seja válida, pelo contrário, ela é imprescindível para a execução do direito, mas a atividade do juiz não se limita somente a ela. Todas as decisões judiciais envolvem a necessidade de interpretação, em maior ou menor grau. A diferença é que

---

<sup>83</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 198.

<sup>84</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 311.

<sup>85</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p.

<sup>86</sup> Nas palavras de Benjamin N. Cardozo, a expressão de que o juiz é o boca da lei “soa sublime; é dito com clareza e elegância, mas nunca será mais do que parcialmente verdadeiro. CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 125.

algumas normas são compostas por conceitos fechados e determinados, o que facilita a atividade do julgador, enquanto que outras normas são compostas por conceitos vagos e indeterminados, exigindo, assim, uma maior atividade do magistrado<sup>87</sup>. E é exatamente nesta atividade de interpretação que se põe a questão: o juiz, ao julgar, declara uma norma jurídica preexistente, constrói uma para o caso ou reconstrói o sistema jurídico?

Lembra Francisco Rosito<sup>88</sup> que o positivismo lógico-formal, que imperava à época do Estado Liberal, defendia fervorosamente o estrito respeito ao princípio da legalidade e a ideia do *rule of law (not of men)*. Aos juízes cabia apenas o papel de aplicador do direito, mas nunca o de criador, ou, em casos excepcionais, o de intérprete, quando da falta de clareza da norma. Neste caso, porém, Hans Kelsen<sup>89</sup> dizia se tratar de “aplicar o direito como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação”. Ao juiz restava, pois, a função apenas da aferição da premissa maior e da premissa menor, para assim chegar à sua conclusão, derivando daí a expressão *in claris non fit interpretation*<sup>90</sup>.

Ocorre que, como ensinam Marcellus Palastris Lima e Hélio João Pepe de Moraes<sup>91</sup>, mesmo um sistema legislativo em um intenso trabalho de produção legislativa, no máximo de sua eficácia, é inconcebível transportar do mundo dos fatos e dos costumes para o mundo das leis todas as regras ali constituídas. Também não conseguirá o legislador imaginar a infinidade de situações hipotéticas possíveis nas relações interpessoais para, em cada um dos possíveis conflitos aflorados destas relações, prever a solução estipulada anteriormente pelo Estado, por meio da lei.

Nesse contexto, tem-se que, com o passar dos anos, a legislação foi mudando sua forma de redação. Até então, se entendia que a lei deveria idealizar o maior número de casos concretos possíveis para que fossem regulamentados, o que, devido ao desenvolvimento da sociedade, tornou-se cada dia mais difícil, sem falar no efeito colateral desta prática: quanto mais específica for a lei, menor a sua adaptação às mudanças naturais da sociedade.

---

<sup>87</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 69.

<sup>88</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 176.

<sup>89</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390-391.

<sup>90</sup> Em livre tradução: não interpretação quando a lei é clara.

<sup>91</sup> LIMA, Marcellus Palastris; MORAES, Hélio João Pepe de. *Os precedentes judiciais dos Tribunais Superiores na atualidade e no Anteprojeto do Código de Processo Civil*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, vol. 25, 2012, p. 184.

Benjamin N. Cardozo<sup>92</sup>, refletindo sobre o tema, aduz que “não ha dúvida de que o sistema ideal, se pudesse ser alcançado, seria um código ao mesmo tempo tão flexível e minucioso a ponto de fornecer antecipadamente a norma justa e adequada a toda situação imaginável”.

Não é neste sistema ideal, porém, em que se sustenta o pós-positivismo<sup>93-94</sup>. Hoje é pacífica a ideia<sup>95</sup> de que a interpretação pelo juiz ocorre em qualquer caso, até mesmo quando a norma não seja eivada de linguagem ambígua e imprecisa. Interpretar é função intrínseca do julgador e está presente em qualquer julgamento, do mais simples, baseado em linguagem clara e simples, ao mais complexo, baseado em uma linguagem imprecisa. Julgar, então, é interpretar: estas duas atividades caminham lado a lado na atividade judicante, de maneira inseparável.

Essa é a mesma dicotomia enfrentada pelas teorias declarativas e constitutivas<sup>96</sup>. A teoria declarativa ou ortodoxa defende que o direito preexiste à decisão judicial, não sendo, por isso, criado por ele. Seja este direito legislado ou advindo dos costumes, já existia antes que fosse proferida decisão a seu respeito. Neste diapasão, a decisão judicial apenas declara a existência de um direito já existente, como em um reconhecimento do que já era tido como direito, uma reafirmação de sua existência. Até mesmo quando se pensa em mudança do entendimento de um determinado direito, não quer dizer que o direito mudou, mas sim que o direito é, e sempre foi, como exposto na decisão mais recente, numa maneira de reconhecer o equívoco na decisão anterior, que impediu os julgadores de enxergar o direito tal como ele é.

---

<sup>92</sup> CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 106.

<sup>93</sup> Alerta Thiago Magalhães Pires: “ainda não há uma uniformidade conceitual em torno do pós-positivismo: diversas linhas de pensamento podem ser agrupadas sob essa ampla rubrica. Todos têm em comum, no entanto, o reconhecimento de que o positivismo jurídico e o arcabouço teórico que ele construiu são insuficientes para lidar com o direito tal como se apresenta hoje”. PIRES, Thiago Magalhães. “Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral”. In: *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 31.

<sup>94</sup> Hermes Zaneti Jr. traz uma sintética abordagem sobre o pós-positivismo, dizendo que este configura a Terceira fase dos princípios no direito constitucional, marcado fortemente pela hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pilares de sustentação normativa sobre o qual se sustenta toda construção judicial dos novos ordenamentos jurídicos constitucionais. Isto porque ele está identificado com o movimento de superação do legalismo estrito e positivismo normativista, evitando, ao mesmo tempo, os riscos do juraracionalismo. Segundo o autor, a marca deste novo conceito jurídico é a ascensão dos valores, a normatividade principiológica e a indispensabilidade dos direitos fundamentais. ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo : a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10183/4525>>. Acesso em 15/08/2014.

<sup>95</sup> Neste sentido: ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 177; SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 69.

<sup>96</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 41-49.

Já a teoria constitutiva entende ser o direito criado pelas decisões judiciais, o que se deve ao fato, como visto acima, da escassa produção legislativa dos países anglo-saxões que viam nos julgados a fonte maior do direito, isto é, a personificação da lei. A sentença, aqui em sentido amplo, tinha um papel revelador do direito, de criatividade, de descobrimento, e não de reafirmação.

Tem-se, portanto, duas posições distintas. De um lado, um direito positivo forte e completo, capaz de abarcar todas as hipóteses do cotidiano, de maneira que ao juiz basta o exercício da subsunção para encaixar o caso concreto à norma em abstrato e, assim, chegar à sua conclusão (decisão). De outro, encontra-se um direito positivo que é complementado pela atividade judicante, sendo que ambos criam direitos, ambos constroem e, juntos, dão corpo a um ordenamento jurídico complexo em que o Legislativo e Judiciário se abraçam para a formação do direito.

Em sentido contrário ao poder criativo do juiz e, portanto, contra o caráter de fonte formal de direito<sup>97</sup> às decisões judiciais, Orlando Gomes<sup>98</sup> advogou duas razões para a exclusão da jurisprudência dentre as fontes formais do direito. Em primeiro lugar, porque o juiz é servo da lei, considerando perigosa a hipótese de o juiz poder julgar em desfavor da lei. Em segundo, porque o julgado produz efeitos unicamente entre as partes, não possuindo, assim, caráter de generalidade, abstração e permanência próprias das normas jurídicas.

Observa Marinoni<sup>99</sup> que a noção de norma geral e abstrata não sobreviveu aos acontecimentos históricos, isto porque se experimentou a criação de normas contrárias aos interesses do povo. Tornou-se, então, necessário resgatar a essência da lei, interpretando-a de acordo com o princípio de justiça. Surgem daí as Constituições rígidas, com a intenção de retirar a

---

<sup>97</sup> Thomas da Rosa Bustamante defende uma reinterpretação da noção de fontes do direito, a fim de classificá-las quanto à sua vinculação e de incluir o precedente dentre elas: “Os precedentes vinculantes em sentido forte (1) são considerados fontes do Direito de grau máximo (*must-sources*); os vinculantes em sentido frágil (2), fontes *prima facie* obrigatórias (*should-sources*); e os *not formally binding and not having a force but providing further support*, que prefiro denominar simplesmente de precedentes persuasivos (3), valem apenas como fontes do Direito permitidas (*may-sources*). A caracterização dos precedentes como fontes do Direito cuja vinculatividade pode variar nesses três níveis constitui, pelo menos para a grande maioria dos casos, um modelo adequado para a argumentação jurídica.” BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *O direito e a incerteza de suas fontes*. Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais. Número especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá. 2013, p. 321.

<sup>98</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 46.

<sup>99</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

hegemonia das leis, deixando-as subordinadas a esta Norma Maior, que estava impregnada de princípios informadores aptos a reger a interpretação futura das leis. Afirmar ainda o professor que a lei, a partir daí, passa a encontrar como limitadores os princípios constitucionais, tendo a legislação ordinária que se adequar aos direitos constitucionais positivados na Carta Magna, sobretudo aos direitos fundamentais.

Expõe Leonard Ziesemer Shimitz<sup>100</sup> que, em virtude do modelo constitucional adotado atualmente, é necessário abandonar e superar de uma vez por todas a ideia de que o ato de julgar consistiria em um silogismo, onde a premissa maior (a lei) e a premissa menor (os fatos) seriam “encaixados” subsuntivamente. Segundo o autor, essa concepção é ultrapassada e presa a um paradigma positivista que há muitas décadas deixou de ser utilizado em outros ordenamentos, muito embora no Brasil ainda persista, sendo preciso abandonar este paradigma e entender o direito através de um processo hermenêutico.

É uma transformação inevitável. Nas palavras de Hermes Zaneti Jr., a natureza das mudanças trazidas pela constitucionalização e principialização dos direitos “revelam uma insofismável realidade: a jurisprudência é fonte primária no Direito contemporâneo brasileiro<sup>101</sup>”.

Diante da nova conjuntura constitucional, o juiz passou a analisar a constitucionalidade das leis, numa atividade que visava aferir sua adequação às regras constitucionais postas. Eduardo Cambi<sup>102</sup>, analisando a nova dogmática de interpretação constitucional, afirma o falecimento do positivismo jurídico que rompeu com o método silogístico da subsunção pura e simples, dando espaço para uma nova interpretação constitucional. Tal fato se deveu à constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais, modificando o núcleo hermenêutico da interpretação, que passou, então, a ser a constituição e não a legislação ordinária. A esse movimento de teorização e aplicação do direito constitucional dá-se o nome de “neoconstitucionalismo”, expressão bem explicada por Humberto Ávila<sup>103</sup>:

---

<sup>100</sup> SHIMITZ, Leonard Ziesemer. *Compreendendo os precedentes no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões*. Revista de Processo, São Paulo, n. 226, dezembro/2013, p. 355-356.

<sup>101</sup> ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10183/4525>>. Acesso em 15/08/2014.

<sup>102</sup> CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”. *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier (org.). Salvador: JusPodivm, 2008, p. 151.

<sup>103</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n.º 21. Salvador, 2010, p. 131-132. Também acerca desta nova mudança de paradigma, questionando o rótulo de “neoconstitucionalismo”

É certo que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo”. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do “neoconstitucionalismo”. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural “neoconstitucionalismo(s)”. Mesmo assim, podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou em menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de “neoconstitucionalismo”: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).

Como explica Fredie Didier Jr.<sup>104</sup>, com o reconhecimento do papel criativo e normativo do magistrado, identifica-se o método da concretização, que passa a conviver com o método da subsunção. O primeiro é empregado, sobretudo, para se aplicar à técnica legislativa das cláusulas gerais, as quais exigem do magistrado um papel ainda mais criativo que o habitual. Tal técnica, é assim definida por Judith Martins-Costa:

As cláusulas gerais, mais do que um “caso” da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes –, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo<sup>105</sup>.

---

e tecendo críticas a sua versão brasileira, conferir SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In: *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 73-113

<sup>104</sup> DIDIER JR., Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/pdf/clausulas-gerais-processuais.pdf>>. Acesso em 07/07/2014.

<sup>105</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n.º 139, julho-setembro/1998, p. 6-7.

Trata-se de técnica de redação em que o legislador insere no comando normativo termos vagos, cuja precisão será definida posteriormente e de acordo com o momento histórico pelo qual passa a sociedade, possibilitando, assim, a atualização da norma sem a necessidade de sua revogação ou transformação.

A utilização de termos imprecisos é intencional e tem como objetivos principais dois pontos: uma maior longevidade da norma e um maior âmbito de incidência. Tratando do tema, observa Karl Engisch<sup>106</sup> que esta técnica de redação legislativa vaga se contrapõe a uma elaboração casuística - configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria. Nenhum ordenamento, entretanto, pode ser composto somente de termos vagos, o que causaria forte insegurança jurídica, tampouco composto somente de conceitos determinados, cuja redação impede a flexibilidade e adaptação da norma aos casos concretos não abarcados pela norma abstrata. É preciso harmonizar os dois tipos.

Segundo Fredie Didier Jr., os conceitos jurídicos indeterminados exigem a concretização e não a indução<sup>107</sup>. É necessário integrar a norma jurídica que, por si só, não tem o condão de regular o caso posto em julgamento. E para realizar esta integralização figura como protagonista o juiz. Não que ele seja o único ator, mas talvez a figura central, já que, de acordo com o moderno processo civil, o processo deve ser executado através de uma atividade dialética e de cooperação intersubjetiva<sup>108</sup> dos personagens, que se unem para a realização do objetivo final denominado decisão.

Assim, por meio deste fenômeno de uso de conceitos vagos, a legislação carece de integração para ser aplicada. Diversos são os exemplos na legislação que contemplam os conceitos vagos, como, por exemplo, o devido processo legal, a boa-fé objetiva, a função social da propriedade, dentre outras. Em todos estes exemplos foi e é necessário que o magistrado dê sentido à expressão vaga posta na norma. São as decisões que dirão, de acordo com o

---

<sup>106</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 228.

<sup>107</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 33.

<sup>108</sup> Acerca do tema conferir GOUVEA, Lúcio Grassi. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier (org.). Salvador: JusPodivm, 2008, p. 173.

ordenamento jurídico, o que pode ser entendido como boa-fé objetiva ou o que significa a função social da propriedade.

A denominação conceitos vagos é gênero do qual são espécies os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. A distinção é tênue, mas bem explorada por Maria da Graça Bellino de Athayde de A. Varela<sup>109</sup>, para a qual os conceitos jurídicos indeterminados possuem um significado que varia ao longo do tempo, conforme o local e cultura social, cabendo ao aplicador analisar seu preenchimento de acordo com tais circunstâncias. Já as cláusulas gerais são mais amplas, mais abrangentes, cujo preenchimento é descoberto pelo aplicador do direito. Na aplicação da cláusula geral o magistrado é mais exigido, uma vez que terá ele duas funções: a) preencher seu conteúdo vago; b) atribuir a consequência jurídica correlata. Já no conceito jurídico, a consequência jurídica já vem expressa na lei, embora ainda seja exigido do magistrado o preenchimento do conteúdo vago.

Importante observar, contudo, que a utilização desta técnica não significa discricionariedade<sup>110</sup>. Nesta o executor dispõe de dois meios igualmente eficazes para atingir a finalidade, sendo-lhe facultado optar por um ou por outro. Noutra lado, ao se defrontar com conceitos vagos, o aplicador do direito somente possui uma opção, aquela que se adéqua ao sistema jurídico e se presta ao papel de realizar o direito em debate de acordo com a legislação vigente. Não há, na utilização de conceitos vagos, a opção por um ou outro entendimento, só há uma solução para o caso.

Como bem explica Tereza Arruda Alvim Wambier<sup>111</sup>, a discricionariedade não existe no plano da atividade do juiz, porque a discricionariedade garante a inexistência de controle dos atos do agente público por parte do Poder Judiciário; mas, nos casos de atos praticados pelos juízes, são seus próprios pares que os controlam por meio dos recursos ou sucedâneos.

---

<sup>109</sup>VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de A. *Ativismo judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das lacunas legislativas*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n.º 21. Salvador, 2010, p. 37.

<sup>110</sup> Acerca do tema conferir PEREIRA, Flavio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa*. Revista eletrônica de Direito do Estado, n.º 15. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/flavio-henrique-unes-pereira/conceitos-juridicos-indeterminados-e-discricionariedade-administrativa-um-estudo-a-partir-da-teoria-da-adequabilidade-normativa>>. Acesso em 07/07/2014.

<sup>111</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. “A desvinculação da ideia de discricionariedade administrativa e liberdade do juiz”. In: *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 948.



É comum ligar a ideia de conceito vago à de discricionariedade, já que nos conceitos jurídicos indeterminados há uma zona de liberdade, na qual existiriam diversas soluções para o mesmo problema, todas tidas como corretas – diferentes entre si quanto à fundamentação, mas equivalentes quanto à finalidade. Ocorre que interpretar conceito não é o mesmo de exercer discricionariedade<sup>112</sup>. Esta liberdade existe exclusivamente no âmbito da Administração Pública e configura um juízo de conveniência e oportunidade.

O ato de julgar não depende de conveniência, tampouco de oportunidade. Julgar é um dever do Estado de exercer a jurisdição, atendendo assim ao direito de ação exercido pelas partes da demanda que pende de julgamento. Dizer que um ato é tomado por conveniência e oportunidade é dizer que qualquer escolha que o agente fizer, dentre as várias opções existentes e respeitando o princípio da legalidade, estará válida e correta. Sem dúvidas esta não é a natureza jurídica do ato de um magistrado, ou seria defender que, diante de dois casos idênticos, o magistrado poderá tomar atitudes diferentes – o que afronta diretamente o princípio da igualdade.

Quem bem elucida a questão é Bruno Dantas<sup>113</sup>, quando afirma que a grande divergência que parece existir se encontra na nomenclatura dada à margem de liberdade conferida pela lei ao juiz em determinados casos. Seja qual for o nome dado, liberdade de investigação crítica ou discricionariedade, o fato é que ao juiz é concedida, para a prática de determinados atos, uma liberdade mais ampla e, em alguns casos, insusceptível de controle. Como exemplo poder-se citar a análise, por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal, da repercussão geral<sup>114</sup>,

---

<sup>112</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. “A desvinculação da ideia de discricionariedade administrativa e liberdade do juiz”. In: *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 951.

<sup>113</sup> DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas históricas, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 263.

<sup>114</sup> No mesmo sentido Arruda Alvim, o qual afirma: “Não nos parece que o critério valorativo para apreciar o que tem ou não repercussão geral seja, propriamente, o discricionário, ainda que predomine o uso dessa expressão, sem que a ela todavia, sejam sempre atribuídos, pelos autores, significados idênticos. Trata-se de interpretar e aplicar um conceito vago, que dogmaticamente não comporta dualidade de soluções, ambas legítimas em face da norma, o que é peculiar e definatório da discricionariedade, ou, o que é próprio da genuína discricionariedade, ou da discricionariedade tal ‘como importada do direito administrativo. Ao contrário, uma causa e o respectivo recurso, em si mesmos considerados, apresentam ou não repercussão geral; por isso mesmo, são inviáveis duas soluções – que seriam admitir, à luz da hipótese de recurso extraordinário de questão carregada de repercussão social, a julgamento, ou não -, diferentemente do que se passa com a discricionariedade; ao menos, com o significado originário e histórico da discricionariedade”. ALVIM, Arruda. “A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral”. In: *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr. Octavio Campos Fischer e Wilian Santos Ferreira (organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 86-87.

por meio da qual é “concedida a prerrogativa de admitir ou inadmitir livremente os recursos, conforme alvedrio dos julgadores<sup>115</sup>”.

Mas não é de qualquer forma que este preenchimento é realizado; é necessária para preencher o conceito vago uma interpretação que legitime a sua aplicação. Segundo Francisco Rosito<sup>116</sup>, interpretação do direito é a busca da norma adequada, tanto ao caso quanto ao ordenamento jurídico. E não haveria melhor lugar para começar uma interpretação senão pela lei fundamental de um ordenamento jurídico, a Constituição.

Trata-se, pois, da interpretação conforme à constituição. Não é que esta interpretação desbanque os elementos clássicos (gramatical, histórico, teleológico, etc.), mas, como já apontado alhures, ressalta a teoria dos princípios sobre as regras<sup>117</sup>. Através dela, o ordenamento jurídico deve guardar coerência com a Carta Magna, num exercício de compatibilidade entre os objetivos estampados na Lei Fundamental. Interpretar conforme à Constituição é motivar a decisão de tal forma que seu conteúdo esteja alinhado com os ditames constitucionais.

Explica Luís Roberto Barroso<sup>118</sup> que as especificidades da norma constitucional levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver e sistematizar elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional<sup>119</sup>. Segundo o jurista, são verdadeiros pressupostos lógicos, metodológicos e finalísticos à aplicação das normas constitucionais, quais sejam: a) o da supremacia da Constituição; b) o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público; c) o da interpretação conforme à Constituição; d) o da unidade; e) o da razoabilidade; e f) o da efetividade.

---

<sup>115</sup> DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

<sup>116</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 181.

<sup>117</sup> Acerca da diferença entre princípios e regras, conferir ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8.º ed. São Paulo: Malheiros, 2008. NEVES, Marcelo. *Entre hidra e hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

<sup>118</sup> BARROSO, Luis Roberto Barroso. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo do direito constitucional*. Disponível em < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf) >. Acessado em 29/07/2014.

<sup>119</sup> No mesmo sentido, CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 195.

É através deste exercício que se busca o preenchimento dos conceitos vagos, numa análise com base na Constituição. Somente uma decisão fundada na interpretação constitucional é capaz de legitimar a integração do conceito vago para que ele possa, de fato, se tornar uma norma jurídica legítima. Ademais, não se pode olvidar que a integração da norma jurídica estampada em um conceito vago deve ser retirada da fundamentação do julgado, e não de seu dispositivo. É na motivação que se encontrará o preenchimento da norma, assim como sua justificação.

E este é novo papel da jurisdição constitucional. Uma jurisdição criativa, integrativa e participativa. Não se trata mais de um expectador; agora a jurisdição é também um dos atores da criação do direito. Não cabe mais a esta altura da história falar em concepção clássica da interpretação; foi-se o tempo em que o juiz era incumbido de descobrir qual foi a vontade concreta da lei (legislador) – uma conclusão equivocada da análise do princípio da tripartição dos poderes<sup>120</sup>.

Criticando a teoria clássica, Rodrigo Klippel e Antonio Adonias Bastos<sup>121</sup> afirmam que o conceito de jurisdição não mais é compatível com o contexto histórico hodierno. Não se pode mais conceber o juiz “boca de lei” do Estado Liberal, um autômato que se restringia ao exercício de uma atividade mecânica de subsumir o fato ao direito. Defendem os autores, portanto, o poder criativo do juiz, já que, no atual contexto, o magistrado preenche conceitos jurídicos indeterminados; cláusulas gerais; pondera a incidência de princípios, não se restringido a uma operação silogística como se estivesse montando peças de um quebra cabeça.

Enquanto anteriormente a atividade do magistrado era no sentido de se esforçar ao máximo para encaixar o caso a uma norma em abstrato, agora pode ele passear por diversas normas jurídicas, inclusive pelos precedentes, a fim de dar ao caso um julgamento justo, sempre, é claro, de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Não se está a afirmar que o silogismo tenha perdido a sua utilidade, longe disso, apenas não é mais o único recurso de que dispõe o julgador na elaboração de sua decisão. Ademais, como já visto, nem sempre a subsunção será

---

<sup>120</sup> NOJIRI, Sergio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: RT, 2008, p. 124.

<sup>121</sup> KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. *Manual de processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 33.

possível, já que as normas cada vez mais se utilizam de conceitos vagos que não prescindem da atuação do julgador.

A norma jurídica é fruto da interpretação, que, por sua vez, é a atribuição de significado a um enunciado. Riccardo Guastini<sup>122</sup> conceitua-a como sendo todo enunciado interpretante que constitua o sentido ou significado, atribuído por qualquer pessoa, a qualquer enunciado interpretado do discurso das fontes. O importante, segundo Humberto Ávila<sup>123</sup>, é que não existe correspondência entre dispositivo e norma. Pode ocorrer de haver norma sem dispositivo e dispositivo sem norma. Por exemplo, um princípio jurídico não positivado é uma norma, embora não exista dispositivo que o regule. Pode ocorrer também o contrário, como, por exemplo, no enunciado da Constituição de 1988 que prevê “sob a proteção de Deus”; neste caso não há qualquer norma a ser extraída. Portanto, não se pode confundir norma com texto<sup>124</sup>.

Disso infere-se que, ao julgar, o magistrado está a formular uma norma jurídica, já que atribui significado a situações fáticas e textos normativos constantes na lei. Ou seja, no final das contas, quem diz o direito é o juiz<sup>125-126-127</sup>. E o diz de sua forma, com todo subjetivismo

<sup>122</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23.

<sup>123</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30.

<sup>124</sup> Entendendo ser de fundamental importância esta diferenciação para a manipulação dos conceitos de precedentes judiciais e súmula vinculante, Lenio Luiz Streck e Georges Abboud alertam, entretanto, que “o pensamento jurídico dominante é refratário ao acesso hermenêutico ao direito, acreditando que a função do jurista é a de descobrir um sentido que está velado na vontade da lei”. STRECK, Lenio Luis; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 55-56.

<sup>125</sup> Segundo Peter Harbele esclarece que: “A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados [...] O conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (Wer die Norm ‘lebt’, interpretiert sie auch (mit). [...] Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando, nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (Vorinterpreten)”. Mas ao final conclui o autor: “Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). HERBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997, p. 12-14. Rafael Barreto, traçando comentários à sociedade aberta de intérpretes constitucionais, justifica esta nova fase vivida no Brasil da seguinte forma: “Partindo dessa premissa, de que a Constituição é mais a sociedade como ela é, pode-se afirmar que a Constituição é uma realidade viva e vivida cotidianamente por todos aqueles que têm sua realidade pretensamente conformada por ela. De fato, talvez a Constituição nunca tenha sido tão vivida pelo povo brasileiro como no período tal. Em todos os cantos e em todos os tons se escuta falar sobre a Constituição e se percebe a Constituição sendo vivida empiricamente por muitos. Por exemplo, poucos são os que, hoje, ainda desconhecem que são consumidores e desfrutam de proteção constitucional em virtude dessa qualificação ou

espalhado pelas linhas de sua decisão. Os motivos para esta mudança de concepção da atividade judicante, da declaração para a criação, são bem explicados na clássica obra “Juizes Legisladores” do professor Mauro Cappelletti<sup>128</sup>, na qual aponta como movimento que provoca esta mudança a revolta contra o formalismo, o qual defendia a aplicação da lógica pura e mecânica no processo, encobrindo qualquer demonstração de voluntarismo, discricionariedade ou escolha do magistrado.

Esta é a nova conjuntura da jurisdição, a de criadora do direito, não única<sup>129</sup>, é verdade, mas com um papel fundamental. A decisão judicial, portanto, cria a norma jurídica individualizada para o caso concreto. Em sua elaboração, o magistrado analisa as peculiaridades do caso em questão, traçando conexões com os mais diversos ramos do direito, a fim de dar ao caso o melhor julgamento possível.

Agora eles, os juizes, são livres para interpretar, criar e contribuir para o direito. As decisões não mais se limitam a declarar uma vontade pretérita, como num jogo de memória, buscando analisar a conjuntura histórica do momento em que a lei foi criada, a intenção dos legisladores, qual a solução que eles queriam atingir. Não se quer dizer com isso que o julgador deve abstrair a história. Como afirma Humberto Theodoro Júnior<sup>130</sup>, para uma

---

que, ilustrativamente, a gestante goza de estabilidade no emprego e que, em regra, não pode ser demitida durante o período de gravidez”. BARRETO, Rafael. “Decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal e a sociedade aberta de intérpretes constitucionais: a necessidade de democratização do debate constitucional”. In: *Reforma do Judiciário*. Fredie Didier Jr, Edvaldo Brito e Saulo José Casali Bahia [organizadores]. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 219.

<sup>126</sup> Carlos Romero analisando a tese de Peter Harbele conclui que: “[...] a tese central que defende é a de que não é possível estabelecer-se um elenco fechado de intérprete da constituição, porquanto no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos”. PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. *A decisão constitucional vinculante*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 108.

<sup>127</sup> A Análise da influência no Brasil do pensamento de Peter Häberle é feita pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, em recente artigo publicado em espanhol: MENDES, Gilmar Ferreira. *La construcción de un derecho común iberoamericano. Consideraciones en homenaje a la doctrina de Peter Häberle y su influencia en Brasil*. Disponível em <[http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=465:mendes-gilmar-ferreira--la-construccion-de-un-derecho-comun-iberoamericano-consideraciones-en-homenaje-a-la-doctrina-de-peter-haerberle-y-su-influencia-en-brasil-revista-de-derecho-constitucional-europeo-internet-v-1-p-65-87-2009&id=18:publicacoes-no-exterior&Itemid=74](http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=465:mendes-gilmar-ferreira--la-construccion-de-un-derecho-comun-iberoamericano-consideraciones-en-homenaje-a-la-doctrina-de-peter-haerberle-y-su-influencia-en-brasil-revista-de-derecho-constitucional-europeo-internet-v-1-p-65-87-2009&id=18:publicacoes-no-exterior&Itemid=74)>. Acesso em 02/08/2014.

<sup>128</sup> CAPPETELLI, Mauro. *Juizes legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 31-32.

<sup>129</sup> Dirley da Cunha Jr., tratando da sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Peter Harbele, afirma que se exige “uma mudança na metologia jurídica tradicional para propor que no processo de interpretação constitucional sejam inseridos todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, tendo em vista que todos estão envolvidos na interpretação e realização da Constituição”. CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 228.

<sup>130</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Interpretação e aplicação de normas jurídicas”. In: *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 379-380.

interpretação adequada é necessário buscar-se a razão pela qual a lei foi editada, para, diante dos interesses tutelados, compreender quais os fins ou objetivos se pretendeu alcançar. Isso não é descobrir a vontade do legislador, e sim considerar a finalidade da lei em razão das circunstâncias em quais se encontrava o país, o povo, a nação, à época de sua promulgação. Os julgamentos, hoje, refletem o exaurimento de uma cealuma posta em todos os seus mínimos detalhes, porque, agora, o juiz cria a norma para o caso, e não identifica uma resposta passada para o caso apresentado.

Cabe ao magistrado, assim, formular em sua decisão uma norma jurídica completa, haja ou não dispositivo que sustente a norma por ele criada. Não há mais necessidade de se embasar somente em textos legislativos explícitos, já que o discurso das fontes é muito mais amplo do que isso. Pode o julgador percorrer por todo o fértil campo da hermenêutica, a fim de dar a melhor e individualizada solução para o caso.

Hodiernamente, contudo, o que se extrai da norma jurídica individualizada extrapola os efeitos do caso concreto, por mais contraditória essa informação possa parecer. Inobstante estar presente em um processo cujos efeitos são, em regra, *inter partes*, irradiam efeitos para outros julgados<sup>131</sup>. Claro que o comando sentencial continuará a vincular somente as partes, salvo quando se tratar de processo coletivo. Mas não é disso que se trata, está-se a falar aqui da norma jurídica fundamental que se extrai do precedente, a *ratio decidendi* que servirá como norma jurídica balizadora tanto para outros julgamentos quanto, e até mesmo, para o legislador, o que será estudado mais especificamente a seguir.

## 2.2. CONCEITOS BÁSICOS

Para se adentrar mias profundamente no tema da teoria dos precedentes, é necessário se estabelecer alguns conceitos e suas distinções. É muito comum no cotidiano dos fóruns os operadores do direito confundirem os conceitos de precedentes, jurisprudência e súmula, sendo que, na maioria das vezes, tais conceitos são tidos como sinônimos, o que não é verdade.

---

<sup>131</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria geral da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 285-287.

Tais conceitos são lógico-jurídicos. Explica Fredie Didier Jr.<sup>132</sup> que os conceitos jurídicos fundamentais, também chamados de lógico-jurídicos, jurídicos próprios ou categoriais, são aqueles construídos pela Filosofia do Direito, com a pretensão de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra, tendo pretensão universal e com o escopo de auxiliar os operadores do Direito para a compreensão de qualquer ordenamento jurídico determinado. Valdir Ferreira de Oliveira Júnior<sup>133</sup> afirma que tais conceitos são obtidos *a priori*, enquanto os conceitos jurídico-positivos são *a posteriori*, os primeiros seriam, portanto, invariáveis, enquanto os segundos sofrem as variações próprias das mutações formais e informais o direito legislado.

Estes conceitos lógico-jurídicos têm uma dupla função<sup>134</sup>: servem de base à elaboração dos conceitos jurídico-positivos e auxiliam o operador do Direito na tarefa de compreender, interpretar e aplicar o ordenamento jurídico, tendo, sobretudo, função heurística: permitem e facilitam o conhecimento do Direito.

É neste contexto que se enquadram os conceitos de precedentes, jurisprudência e súmula. São conceitos lógico-jurídicos pertencentes à teoria geral do processo<sup>135</sup> que não possuem sentido variado de acordo com o ordenamento jurídico em que são analisados; são conceitos que possuem o mesmo sentido, seja em qual ordenamento jurídico for. A noção de precedente, por exemplo, é a mesma no *common law* e no *civil law*, mas seus efeitos são diversos, o que ocorre em virtude do direito positivo. É nessa perspectiva, então, que se pretende estabelecer a definição e distinção entre esses conceitos.

O termo precedente, etimologicamente, vem da palavra preceder, anterior. Assim, qualquer fato que preceda a outro é um precedente. Por exemplo, utilizando a medicina, uma pessoa que possui uma doença, até então classificada pelos médicos como incurável, surpreendentemente se recupera da enfermidade porque, por algum motivo, conseguiu criar anticorpos que combateram a moléstia. Tal recuperação gera um precedente, ainda que não

---

<sup>132</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 42.

<sup>133</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. “Existe uma teoria geral do processo?”. *Teoria do processo: panorama doutrinário*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Brandão [coordenadores]. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 962.

<sup>134</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 49.

<sup>135</sup> Acerca da importância do estudo da teoria geral do direito processual ARENAL, Maria Amparo Renedo. “Conveniencia Del estudio de La teoria general Del derecho procesual: su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo”. *Teoria do processo: panorama doutrinário*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Brandão [coordenadores]. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 623-652.

consiga se delinear bem como aconteceu, mas como fato que é, gera um precedente na medicina.

Desta forma, é possível haver precedentes nos mais diversos campos da vida: na escola, no trabalho, na residência, na engenharia e no direito, dentre outros. Mas como dito alhures, o precedente é um fato<sup>136</sup> que antecedeu a outro fato, o que leva conclusão que todo precedente é um fato, mas que nem todo fato é um precedente. Isto porque o precedente é um fato do passado qualificado<sup>137</sup>, no sentido de irradiar efeitos para o futuro. Utilizando-se do mesmo exemplo acima no campo médico, a cura de uma doença que já possui uma cura, como a cefaleia (dor de cabeça), não é mais enquadrada como precedente, apesar de continuar sendo um fato a cada dia em que uma pessoa toma um analgésico e faz cessar dor. Isto porque esse fato já não mais irradia efeitos para o futuro, pois se tornou consequência natural do tratamento médico.

Dessa análise, há de se averiguar, para o direito, qual o fato que gera precedente. Para este fim é necessário se ter em mente que, na área jurídica, assim como no campo da vida, existem diversos fatos, alguns com relevância para o direito e outros sem. Quando, entretanto, o fato ganha relevância jurídica, estar-se-á diante de um fato jurídico. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>138</sup> afirmam que a caracterização de um fato como jurídico se dá pela produção de efeitos jurídicos. Logo, o que o distingue de um fato não jurídico não é a origem, mas sim a produção de efeitos na órbita do direito.

Essa é a noção de fato jurídico, em sentido lato, já que, como dizia Orlando Gomes<sup>139</sup>, fato jurídico seria todo acontecimento, dependente, ou não, da vontade humana a que o Direito atribui efeitos. Este conceito comporta a seguinte divisão, como explica Fredie Didier Jr.<sup>140</sup>: fato jurídico estrito senso (fatos jurídicos não humanos); ato jurídico estrito senso (ato

---

<sup>136</sup> Marcos Bernardes de Mello simplifica a questão dos fatos da seguinte forma: “A vida é uma sucessão de fatos. Desde o nascimento até a morte, com todos os atos que integram a vida, desde a estrela cadente que risca o céu ao vai-vem da onda do mar, tudo o que nos cerca, física ou psiquicamente, são fatos”. MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.8.

<sup>137</sup> Marinoni afirma que todo precedente é uma decisão, mas nem toda decisão é um precedente, uma vez que para se formar o precedente a decisão tem que estar revestida de algumas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 215.

<sup>138</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 377.

<sup>139</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 237.

<sup>140</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 260-261.



humano em que a vontade é relevante); e ato-fato jurídico (ato humano em que a vontade é irrelevante).

Pois bem, voltando à questão posta, cumpre verificar qual fato para o direito é um precedente. Dentre todos os fatos processuais, um ganha especial relevo no que tange ao tema. Trata-se da decisão judicial. Explicam Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira<sup>141</sup> que uma das grandes vantagens de se enquadrar a decisão judicial como ato-fato jurídico – o que não impede também de ser, ao mesmo tempo, um ato jurídico estrito senso – está na sua relação com a eficácia dos precedentes.

A decisão anterior capaz de produzir efeitos no futuro é um ato-fato jurídico, pois, neste aspecto, foi prolatada sem a intenção da produção de efeitos, mas este decorre independentemente da atividade volitiva do julgador<sup>142</sup>.

É esta decisão anterior (ato-fato) que se enquadra como precedente<sup>143</sup>, desde que seja capaz de produzir efeitos para o futuro (leia-se: sobre julgamentos futuros que a levarão em consideração na prolação de uma nova decisão).

Assim, precedente, para o direito, é a decisão anterior que serve de parâmetro para a prolação de uma decisão futura, tenha ele efeito vinculante ou meramente interpretativo. Francisco Rosito<sup>144</sup> conceitua-o como toda e qualquer decisão anterior com relevância, que projete efeitos jurídicos para o futuro, condicionando o comportamento de distintos sujeitos em casos similares, o que denota seu caráter normativo<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> DIDIER JR., Fredie; e NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 49.

<sup>142</sup> Marinoni afirma que “o precedente é um dado autônomo, independente da experiência ou do raciocínio que o fez surgir”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 104.

<sup>143</sup> Lenio Luiz Streck e Georges Abboud informam que a expressão precedente foi utilizada pela primeira vez no ano de 1557. STRECK, Lenio Luis; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 40

<sup>144</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 92.

<sup>145</sup> Evaristo Aragão Santos, seguindo a mesma ideia do conceito de precedente, faz, entretanto, distinção entre precedente em sentido amplo (“[...] uma decisão que, independentemente de força vinculativa formal, tem potencial para influenciar na solução de casos futuros. Toda decisão que tenha esse potencial pode ser considerada, de maneira ampla, como precedente judicial”) e precedente em sentido estrito (“[...] considera-se precedente em sentido estrito a decisão de eficácia vinculante para solução de casos posteriores e, dessa perspectiva, teria eficácia semelhante a de uma norma jurídica”). SANTOS, Evaristo Aragão. “Em torno do conceito e formação do precedente judicial”. In: *Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier [coordenadora]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 143-145.

Desta conceituação infere-se que, para se ter um precedente, basta uma única decisão, desde que seus efeitos transcendam o caso julgado. Não é necessária a sua reiteração. Uma única decisão pode servir de precedente para um futuro caso e é esta a maior distinção em relação à jurisprudência.

Segundo Fábio Victor da Fonte Monnerat<sup>146</sup>, jurisprudência é o conjunto de decisões reiteradas acerca de uma mesma matéria, proferidas por um determinado tribunal. Georges Abboud destaca que há outras acepções<sup>147</sup> da palavra jurisprudência, dentre elas a que serve para designar a Ciência do Direito. Todavia, no que tange ao presente escrito, ater-se-á à jurisprudência no sentido de conjunto de decisões acerca de uma mesma matéria. A questão parece fácil, mas não o é. Isto porque é muito comum a confusão entre precedente e jurisprudência.

Diferentemente do precedente, para se configurar a jurisprudência é necessário um conjunto de decisões acerca de uma mesma matéria, ao passo em que uma única decisão pode configurar precedente. Este também é o entendimento de Michele Taruffo<sup>148</sup>, para quem a diferença não é somente semântica, mas sim de cunho quantitativo. Seria precipitado, contudo, pensar que o termo conjunto está no sentido de mais de uma decisão, ou seja, a partir de duas decisões. Tal termo aqui é no sentido de existência de algumas decisões – número este indeterminado – acerca de uma determinada matéria, independentemente de qual sentido haja sido dado à questão. Não importa se a favor ou contra uma determinada tese jurídica: o conjunto de tais decisões forma a jurisprudência acerca daquela matéria. Não importa também se uníssona ou não, do que se infere que nem toda jurisprudência é mansa e pacífica, como pode parecer a alguns mais desatentos.

---

<sup>146</sup> MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. “A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento”. In: *Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier [coordenadora]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 345.

<sup>147</sup> Acerca das acepções da palavra jurisprudência, conferir ABBOUD, Georges. “Precedente *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes”. In: *Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier [coordenadora]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 494-499.

<sup>148</sup> O professor italiano ensina que: “*Vi è anzitutto una distinzione di carattere —per così dire— quantitativo. Quando si parla del precedente si fa solitamente riferimento ad una decisione relativa ad un caso particolare, mentre quando si parla della giurisprudenza si fa solitamente riferimento ad una pluralità, spesso assai ampia, di decisioni relative a vari e diversi casi concreti. La differenza non è solo di tipo semantico*”. (Há, antes de tudo uma distinção quantitativa, por assim dizer. Quando se fala de precedente geralmente se refere a decisão de um caso particular, mas quando se fala de jurisprudência, faz-se referência a uma pluralidade de casos diferentes. A diferença não é apenas semântica.). TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>>. Acesso em 11/08/2014.

Decerto, falar em jurisprudência não significa dizer que o conjunto de decisões acerca de uma matéria é uníssono. Um mesmo Tribunal, inclusive, pode ter jurisprudências opostas advindas de Turmas Julgadoras diferentes, assim, pode acontecer de uma Turma caminhar num sentido e outra Turma ir noutra sentido. A jurisprudência é o produto do debate acerca da matéria, podendo conter teses opostas ou convergentes entre as unidades que compõem o conjunto. Neste ponto, Miguel Reale<sup>149</sup> divide a jurisprudência em sentido lato (conjunto de decisões independentemente do sentido que tais decisões dão a uma matéria) e em sentido estrito (conjunto de decisões uniformes acerca da matéria).

É exatamente nesta acepção estrita do termo jurisprudência que ela mais se confunde com a ideia de precedente. Não é uma questão somente quantitativa. A jurisprudência pode ser formada a partir de um precedente<sup>150</sup>, que por sua vez não necessariamente advém de um tribunal, podendo surgir até mesmo de uma decisão monocrática. Noutra quadra, pode haver jurisprudência dominante contrária a um precedente.

A jurisprudência espelha a posição de um determinado órgão acerca de uma determinada matéria, podendo ser este órgão um tribunal, uma turma, uma câmara; enquanto que o precedente configura a posição de um determinado julgado acerca de uma tese jurídica firmada sobre um caso concreto. Não que a jurisprudência não se forme com base em casos concretos, mas quando ela se forma, depois de reiteradas decisões no mesmo sentido, normalmente se desprende do caso concreto e mais se assemelha a uma norma em abstrato. Já o precedente se prende ao caso julgado; a tese jurídica nele estabelecida não vale de nada para efeitos de precedente acaso distanciada do caso analisado.

A jurisprudência, ainda e normalmente, se forma com base no dispositivo do julgado. É a procedência ou não da tese jurídica que, em regra, forma a jurisprudência. Noutra quadra, o precedente se extrai, como se verá a seguir, da motivação da decisão, dos fundamentos do julgado, da *ratio decidendi* (razões de decidir) – o que não quer dizer que o dispositivo é desconsiderado, mas é visto no contexto do julgado.

---

<sup>149</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1667.

<sup>150</sup> Segundo Luiz Felipe Volpe Camargo, a jurisprudência é o “conjunto de precedentes sobre uma mesma questão jurídica, numa mesma direção”. Diferentemente, no presente trabalho adota-se a jurisprudência como o conjunto de decisões, que não necessariamente são todas precedentes. CAMARGO, Luiz Felipe Volpe. “A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro”. In: *Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier [coordenadora]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 557.

As diferenciações, entretanto, não possuem o condão de afastar pontos de convergência entre estes dois conceitos. Ambos servem à interpretação de julgados posteriores, assim como ambos podem possuir eficácia vinculante, como, por exemplo, na hipótese do art. 557, § 1.º-A, do CPC<sup>151</sup>, que afirma que o relator negará seguimento ao recurso que esteja em confronto com jurisprudência dominante o STF ou STJ.

Da exposição conclui-se que há diferenças e similitudes entre precedentes e jurisprudências, mas se tratam de conceitos diversos que não podem se confundir, sob pena de se tornar ineficaz qualquer teoria dos precedentes. Não é a reiteração que configura o precedente, mas sim o caráter transcendental do julgado que irradia efeitos para o futuro.

Outro conceito que também é confundido com as ideias de precedente e jurisprudência é o conceito de súmula. Esclarece Marcelo Alves Dias de Souza<sup>152</sup> que o termo súmula é o conjunto de jurisprudência dominante de um dado tribunal, abrangendo diversos ramos do direito, organizado por verbetes numerados sem compromisso com a temática dos assuntos, os quais deveriam ser denominados de enunciados.

Inicialmente, segundo Marinoni<sup>153</sup>, as súmulas servem para identificar e precisar o entendimento de um dado tribunal acerca de uma questão jurídica. É o extrato da jurisprudência dominante de um dado tribunal. Representa o entendimento manso e pacífico advindo da jurisprudência daquele tribunal.

Com tal representatividade de que se reveste, a súmula tende a dotar de certeza o direito<sup>154</sup> aplicado por um dado tribunal, na medida em que, por meio dela, se identifica de forma clara e precisa a jurisprudência firme e cristalizada – mas não imutável – deste tribunal. A ideia é a de não deixar dúvidas acerca do posicionamento acerca de determinada matéria e, justamente por isso, tem de ser redigida com precisão, sem a utilização de termos vagos e imprecisos<sup>155</sup>. De sua leitura não podem surgir dúvidas.

---

<sup>151</sup> § 1o-A 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.

<sup>152</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 253.

<sup>153</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 216.

<sup>154</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 254.

<sup>155</sup> Acerca da técnica da redação de súmulas, leia-se DIDIER JR., Fredie. *Editorial 49*. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>>. Acesso em 10/08/2014. Criticando a posição do professor baiano STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma teoria dos precedentes?*. Direitos fundamentais e Justiça. Revista do Programa de pós graduação Mestrado e Doutorado da

As súmulas também podem ter efeitos interpretativos ou vinculantes, sendo que estas devem ter seus enunciados produzidos de acordo com o art. 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil.

A súmula, então, não é precedente e não pode com ele se confundir, já que se trata do extrato da jurisprudência dominante de um dado tribunal, de modo que as mesmas diferenciações concernentes aos conceitos de jurisprudência e precedente se aplicam aqui. Ademais, observa Marinoni<sup>156</sup> importante questão quando afirma que, na elaboração das súmulas comuns, as não vinculantes, não há participação das partes litigantes, ao passo que o precedente, embora se relacione com pessoas que não participaram do processo, tem a sua legitimidade condicionada à tramitação de um processo em que se garantiu a adequada participação das partes em contraditório, o que dá substância ao precedente.

De seu turno, Francisco Rosito<sup>157</sup> diz que, tecnicamente, a súmula é um “enunciado sintético, geral e abstrato, capaz de expressar a *ratio decidendi* comum às reiteradas decisões sobre determinada matéria”. A súmula não se prende ao caso concreto, é o extrato de um conjunto de decisões no mesmo sentido (jurisprudência), enquanto que a *ratio decidendi*, para ser entendida e aplicada, necessita da análise do caso concreto, não podendo, por isso, serem confundidos os conceitos.

Como observa Leonard Ziesemer Shimitz<sup>158</sup>, atualmente e mais do que nunca, se tem feito uso de meras transcrições de ementas de julgados como se precedentes fossem, querendo passar a impressão de que a solução do caso concreto estivesse ali estampada, em dez ou quinze linhas de escrita que resumem a celeuma e sua conclusão. Esta prática reiterada estimula a elaboração de ementas e súmulas com a pretensão de servirem de respostas automáticas e pré-programadas a casos futuros.

---

PUCRS, n.º 5, 2008. Disponível em <[http://www.dfi.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/5\\_Doutrina\\_7.pdf](http://www.dfi.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/5_Doutrina_7.pdf)>. Acesso em 10/08/2014.

<sup>156</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 217

<sup>157</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 95.

<sup>158</sup> SHIMITZ, Leonard Ziesemer. *Compreendendo os precedentes no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões*. Revista de Processo, São Paulo, n. 226, dezembro/2013, p. 353.

Quem trata do tema com bastante elucidação é Juraci Mourão Lopes Filho<sup>159</sup>, para o qual o precedente é uma resposta isolada a um caso concreto, que pode ser utilizado para casos futuros diante da similitude hermenêutica. Já a jurisprudência, justamente por significar a reiteração de uma resposta hermenêutica em várias situações, não necessita de similaridade entre os casos. Por fim, tem-se que a súmula se restringe aos precisos limites hermenêuticos dessa mesma jurisprudência, como uma regra simplificada e objetiva que estratifica a jurisprudência. Portanto, súmula não é precedente<sup>160</sup>, embora estejam atreladas a um mesmo ambiente de aplicação; não são elas sinônimos.

Postas, então, tais diferenciações conceituais, resta apurar o que no precedente, de fato, transcende ao caso concreto para irradiar efeitos em julgamentos futuros, seja auxiliando na interpretação, seja vinculando estes julgamentos. Para tal fim, Bustamante faz a seguinte indagação: “o que deve contar como precedente judicial, para fins de sua aplicação no raciocínio jurídico?”<sup>161</sup>.

Explica o mesmo autor que precedentes judiciais são como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação, sendo trabalho do aplicador do direito extrair o elemento vinculante do precedente, utilizado como paradigma o que se denomina *ratio decidendi* para os ingleses ou *holding* para os americanos. Trata-se, segundo Cruz e Tucci<sup>162</sup>, da essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto.

A *ratio decidendi* é a norma jurídica extraída do precedente. É a parte da decisão que transcende o caso julgado, irradiando efeitos para o julgamento de casos futuros. Sua definição não se faz através de ato voluntário, ou seja, não é o próprio precedente quem define ser ou não ser a *ratio decidendi*, e sim os aplicadores que utilizarão aquela decisão como precedente. Tal norma é extraída da fundamentação da decisão<sup>163</sup>. É nela que se encontra a norma jurídica geral que servirá para os casos futuros.

---

<sup>159</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 127.

<sup>160</sup> STRECK, Lenio Luis; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 52.

<sup>161</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

<sup>162</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”. In: *Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier [coordenadora]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 123.

<sup>163</sup> ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do Direito no Sistema Processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 80. MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial”. In: *A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado*

Encontrar, entretanto, tal essência, não é uma tarefa fácil<sup>164</sup>. Eugene Wambaugh afirma ser a *ratio decidendi* a proposição ou regra sem a qual o caso seria julgado de forma diversa, sendo, portanto, uma proposição necessária para a decisão. Assim, segundo Marinoni<sup>165</sup>, basta que se verifique se o tribunal, para chegar à conclusão do caso em análise, teve que aplicar determinada regra jurídica: caso uma hipotética mudança no conteúdo dessa premissa ou regra implicar uma mudança de decisão, ela era necessária e tem-se, portanto, a *ratio decidendi*. Esta teoria é criticada, sobretudo, quando por mais de um caminho se puder chegar à mesma conclusão, ou seja, se a mudança hipotética de um fundamento mantivesse o outro fundamento, levando-se em consideração a mesma conclusão.

Já a teoria de Oliphant, conforme exposto por Bustamante<sup>166</sup>, propõe um empirismo radical em que a *ratio decidendi* seria a resposta aos estímulos dos fatos do caso concreto. A simples combinação de estímulo/resposta (=fatos/decisão) representaria a *ratio decidendi* do caso<sup>167</sup>. Essa teoria, entretanto, se mostra insuficiente, pois afasta a possibilidade de o precedente judicial ser considerado norma geral e abstrata, já que demonstra apenas a experiência judicial quanto às respostas a determinados fatos.

A teoria de Arthur L. Goodhart afirma que, para a determinação da *ratio decidendi*, é necessária a verificação de dois pontos de uma decisão: a) os fatos considerados pelo juiz como fundamentais (fatos materiais); e b) a decisão sobre estes fatos<sup>168</sup>.

---

em *Direito Processual Civil da UFPR*. Luiz Guilherme Marinoni (organizador.). Salvador: JusPodivm, 2012, p. 132. Em sentido contrário entendendo que a *ratio decidendi* se extrai dos elementos da decisão: relatório, fundamentação e dispositivo; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 222; MACÊDO, Lucas Buriel. *Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais*. Revista de Processo – REPRO, São Paulo, ano 39, vol. 234, agosto/2014, p. 312.

<sup>164</sup> Exemplo de apuração da *ratio decidendi* é trazida por Mateus Costa Pereira, que em artigo analisa o julgamento do REsp 1307150/DF buscando identificar a *ratio decidendi* do caso no qual o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (IBAMA) se insurgiu contra julgado que reconheceu como portador de deficiência a pessoa com doença renal crônica. PEREIRA, Mateus Costa. *Radiografia de uma decisão judicial: rumo à valorização dos precedentes*. Revista de Processo, São Paulo, ano 38, n. 224, outubro/2013, p. 359-368.

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 224.

<sup>166</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 260.

<sup>167</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 127.

<sup>168</sup> Explica o autor: *Having, as a first step, determined all the facts of the case as seen by the judge, it is then necessary to. Discover which of these facts he has found material for his judgment. This is far more difficult than the first step, for the judge may fail to label his facts. It is only the strong judge, one who is clear in his own mind as to the grounds for his decision, who invariably says, "on facts A and B and on them alone I reach conclusion X." Too often the cautious judge will include in his opinion facts which are not essential to his judgment, leaving it for future generations to determine whether or not these facts constitute a part of the ratiodecidenidi. The following guides may, however, be followed in distinguishing between material and immaterial facts. (1) As was*

Robert Cross<sup>169</sup>, por outro lado, afirma que a *ratio decidendi* seria qualquer regra de direito (raciocínio jurídico) tratada pelo juiz como passo necessário para se chegar à conclusão<sup>170</sup>. Aprimorando tal teoria, Donald Neil MacCormick restringe o conceito da *ratio decidendi* ao sentido de que seria a proposição suficiente para se chegar a uma determinada conclusão, mas não necessária, no sentido de obrigatória<sup>171</sup>.

Refletindo sobre o tema da definição da *ratio decidendi*, Melvin Aron Eisenberg<sup>172</sup> descreve os seguintes métodos: minimalista, centrado no resultado e o da proclamação. Segundo o método minimalista, a norma do precedente seria o mínimo possível: tão somente a parte anunciada na fundamentação do tribunal, sendo todo o resto *obiter dictum*. Em sentido contrário, o método centrado no resultado dispõe que a norma é a proposição jurídica obtida a partir dos fatos substanciais descritos no precedente. De seu turno, o terceiro método, criado pelo próprio Eisenberg, busca abranger os dois outros, estabelecendo que norma do precedente é a resolução da disputa pelo tribunal; a prestação jurisdicional do direito.

Concluindo, Bustamante<sup>173</sup> afirma que, inobstante todas essas teorias, entre elas há uma ideia comum, qual seja, o pressuposto de que o juiz está vinculado aos que lhe antecederam e que faz lei para os que lhes sucedem, demonstrando, assim, a autoridade que os juízes detêm para criar o direito. Lucas Buril de Macêdo demonstra a complexidade do tema, afirmado a dificuldade de opção de um forma exclusiva de determinação da norma do precedente, e sintetiza esta questão de múltiplos métodos para se achar a *ratio decidendi*, nos seguintes termos:

---

*stated above in discussing the principle of a case in which there is no opinion, the facts of person, time, place, kind, and amount are presumably immaterial. This is true to an even greater extent when there is an opinion, for if these facts are held to be material particular emphasis will naturally be placed upon them. (2) All facts which the court specifically states are immaterial must be considered so.* GOODHART, Arthur L. *Determining the case ratio decidendi of a case.* Yale Law Journal, vol. XL, n.º 2, dezembro/1930, p. 173-174.

<sup>169</sup> “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury” (a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implícita tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada, ou uma parte de sua instrução para o júri). CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law.* 4.ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 72.

<sup>170</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional.* Curitiba: Juruá, 2012, p. 106-107.

<sup>171</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial.* São Paulo: Noeses, 2012, p. 261.

<sup>172</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law.* Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 54-55

<sup>173</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial.* São Paulo: Noeses, 2012, p. 261-263.



Com efeito, extrair a norma de um precedente judicial dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso. Não é possível, portanto, estabelecer um método de definição da *ratio decidendi* (norma do precedente) como superior ou correto *a priori*, sua compreensão deve ser guiada à luz das circunstâncias do caso concreto e pela dimensão argumentativa do direito. O método de definição da *ratio* torna-se menos importante, crescendo em relevância o controle racional da decisão que interpreta o precedente e concretiza sua norma, em perfeito paralelo à problemática da definição da norma legal<sup>174</sup>.

Mas, se em um precedente pode ser destacada sua face vinculante, o que seria a outra parte, a não vinculante? Trata-se da *obiter dictum*. Em sua grande maioria, os autores<sup>175</sup> a classificam utilizando-se de um método excludente: todos os pontos que não são *ratio decidendi* são *obiter dicta*. São questões não necessárias ou suficientes para se chegar à conclusão; são decisões de passagem que levam em consideração fatos imateriais, prescindíveis, portanto, à resolução do caso. É a parcela não obrigatória do precedente<sup>176</sup>.

A importância desta distinção<sup>177</sup> entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* está no fato de que, caso fossem a mesma coisa, ter-se-ia uma produção de norma jurídica em excesso e não relacionadas aos fatos da demanda, o que tornaria impraticável a aplicação dos precedentes.

Explicando o tema, Marinoni<sup>178</sup> afirma que algumas questões são indiscutivelmente desnecessárias ao alcance da decisão e são, certamente, *obiter dicta*. Rupert Cross<sup>179</sup> alude a questões independentes e questões dependentes para justificar a qualificação de um dado ponto controvertido como *obiter dictum*. Quando existem duas questões, mas o acolhimento de uma delas basta para dar ganho de causa à parte e, além disso, a abordagem da segunda não

<sup>174</sup> MACÊDO, Lucas Buriel. *Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais*. Revista de Processo – REPRO, São Paulo, ano 39, vol. 234, agosto/2014, p. 316.

<sup>175</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria geral da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 383. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2011, p. 233. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 112. Classificando como insuficiente este critério para se definir a *obiter dictum* WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, *Precedentes e evolução do direito*. In Direito Jurisprudencial. Tereza Arruda Alvim Wambier (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 49

<sup>176</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. 4.<sup>a</sup> ed. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 41.

<sup>177</sup> MACÊDO, Lucas Buriel. *Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais*. Revista de Processo – REPRO, São Paulo, ano 39, vol. 234, agosto/2014, p. 304.

<sup>178</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2011, p. 233. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 237.

<sup>179</sup> CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. 4.<sup>a</sup> ed. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 78-79.

depende da aceitação da primeira, há questões independentes. Na hipótese em que apenas a segunda questão pode ser apreciada se acolhida a primeira, há ponto controvertidos dependentes.

Para Cross, quando há questões independentes, aquela que não foi acolhida e não interfere no acolhimento da outra é *obter dictum*. Já quando há dependência, o julgamento da primeira questão é necessário ao julgamento do segundo ponto controvertido e, por isso, é *ratio decidendi*.

Não se quer dizer aqui que a *obter dictum* é imprestável, longe disso. Apenas não se trata de uma proposição suficiente para se chegar à conclusão do caso, mas que possui nítido caráter persuasivo. Neste sentido Cruz e Tucci<sup>180</sup> afirma que a *obter dictum* seria a passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia, não se prestando a precedente vinculante em caso análogo, mas podendo ser referido como argumento de persuasão<sup>181</sup>.

### 2.3. SEGURANÇA JURÍDICA

Falar de precedentes também é falar em segurança jurídica. Os dois conceitos mantêm laços estreitos, consoante se verá a seguir.

Em muitos dispositivos, a CF de 1988 traz o termo segurança, a exemplo do preâmbulo<sup>182</sup>, do *caput*<sup>183</sup> do art. 5.º (direitos fundamentais) e do *caput*<sup>184</sup> do art. 6.º (direitos sociais). Não esclarecem, contudo, a qual segurança se refere o termo, se à segurança pública, jurídica,

---

<sup>180</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 177.

<sup>181</sup> No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 237.

<sup>182</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>183</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>184</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

financeira, dentre outras. Avaliando esta questão, Humberto Ávila<sup>185</sup> difere segurança jurídica da segurança não-jurídica, concluindo que a esta se refere à ideia vulgar de confiança, ao passo em que a aquela só existe quando se ultrapassa a dimensão psicológica individual para a dimensão axiológica social – mas não referente ao comportamento do indivíduo, e sim como um “fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como seu objeto ou seu instrumento”.

Esmiuçando, ainda mais, o conceito de segurança jurídica, o autor classifica suas facetas como fato, valor e norma-princípio. Advoga o professor sulista que, como fato<sup>186</sup>, a segurança jurídica é a possibilidade de o jurisdicionado prever as consequências jurídicas advindas de um determinado fato ou comportamento, como, por exemplo, na realização de um negócio que se ampara em decisões judiciais que o validam. Como valor<sup>187</sup>, a segurança jurídica é um juízo axiológico de ideal político, ideal de justiça ou de uma política de Direito – que entende ser positivo se guardar segurança jurídica no sistema. Já como norma-princípio<sup>188</sup>, representaria uma prescrição normativa que estabelece o que é permitido ou proibido no sistema jurídico – seria, portanto, uma concepção juspositivista argumentativa, isto é, pós-positivista; um comando normativo que estabelecesse critérios para sua aplicação e sanções para o seu desrespeito.

Para Francisco Rosito<sup>189</sup>, a segurança jurídica é a base do Direito como ciência, aduzindo ainda que, no Direito positivo brasileiro, se extrai sua força normativa do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, segundo o qual os governantes e governados se submetem à norma jurídica, permitindo-se ao cidadão calcular antecipadamente o que acontecerá no futuro quanto à aplicação do direito. Explica, ainda, que a segurança jurídica pode ser analisada em duas dimensões. A objetiva, que se refere aos mecanismos procedimentais para assegurar tal segurança, como a irretroatividade das decisões, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, dentre outras; e a dimensão subjetiva, que se

---

<sup>185</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 111.

<sup>186</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 14.

<sup>187</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 114-115.

<sup>188</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 115-128.

<sup>189</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 139-152.

refere às relações mantidas entre os cidadãos reciprocamente considerados e entre os cidadãos e o poder público. Nesta última acepção, segundo o autor, está a se tratar do princípio da confiança e das expectativas legítimas.

Ingo Wolfgang<sup>190</sup> considera que a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, na medida em que lhe torna viável – mediante a garantia de certa estabilidade das relações jurídicas e da ordem jurídica –, a elaboração e concretização de projetos de vida. Também é uma necessidade do ser humano para a gestão de forma autônoma e responsável, sendo, por esse motivo que, desde os primórdios do Estado de Direito, os princípios da segurança jurídica e da confiança foram considerados como seus elementos constitutivos.

Afirma o autor<sup>191</sup> que, “desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana”, acrescentando que o princípio da dignidade não é suficientemente respeitado e garantido pelo estado se este permitir a existência de instabilidade jurídica em um grau tal que seus cidadãos “não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas”. Também para Amílcar Araújo Carneiro Júnior<sup>192</sup>, a segurança jurídica está visceralmente ligada à dignidade da pessoa humana, princípio reitor do Estado de Direito.

De seu turno, Almiro do Couto e Silva<sup>193</sup>, compartilhando do entendimento de que a segurança jurídica é um valor constitucional, qualificado como subprincípio do princípio

---

<sup>190</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf> >. Acesso em: 14/08/2014.

<sup>191</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf> >. Acesso em: 14/08/2014.

<sup>192</sup> CARNEIRO JR., Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 328.

<sup>193</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de

maior do Estado de Direito, enxerga uma maior e inicial vinculação da segurança jurídica com o princípio da legalidade, identificando que, para a sua correta interpretação e aplicação, tem-se que partir da ideia de que a segurança jurídica possui o mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade. Conforme o autor<sup>194</sup>, “segurança jurídica e legalidade são, sabidamente, os dois pilares de sustentação do Estado de Direito”.

Nesse contexto, e tendo em vista que a Constituição Federal refere-se à segurança como valor fundamental, arrolando-a no caput<sup>195</sup> do artigo 5.º como direito inviolável, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade, Marinoni<sup>196</sup> assegura que “a segurança jurídica assume as figuras de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental”. Seguindo esta linha de raciocínio, o autor<sup>197</sup> diz que a segurança jurídica é indispensável para a caracterização de um Estado que pretenda ser qualificado como um Estado de Direito, bem como se trata de um subprincípio que pode ser retirado do princípio fundamental e estruturante deste Estado, assumindo assim a qualificação de um princípio e de um direito fundamental.

Ocorre que, conforme aponta Rosito<sup>198</sup>, hodiernamente há uma crise<sup>199</sup> da segurança jurídica e de igualdade na aplicação do direito, mas que não é causada somente pelo Poder Judiciário. Segundo o autor, há diversos fatores que influenciam esta crise, dentre outros: a) o grande número de leis produzidas pelo Poder Legislativo; b) a grande quantidade de normas jurídicas que são expressas em linguagem prolixas e complexas; e c) a atuação exagerada da função atípica do Poder Executivo através da promulgação de medidas provisórias.

---

Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14/08/2014.

<sup>194</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n.º 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14/08/2014.

<sup>195</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>196</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “Os precedentes na dimensão da segurança jurídica”. In: *A força dos precedentes: estudos do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Luis Guilherme Marinoni [organizador]. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 559.

<sup>197</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 121-122.

<sup>198</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 53-57.

<sup>199</sup> Acerca do tema, Mancuso trata do déficit da confiabilidade social no serviço judiciário estatal. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 313-325.

Este problema, contudo, ainda não foi enfrentado como devido. Decerto, a falta de segurança jurídica ainda não chegou ao epicentro das discussões, assim como a desigualdade das decisões emanadas do Judiciário que, corriqueiramente, são díspares. Conclui Rosito<sup>200</sup> que a grande questão, na atualidade, é encontrar mecanismos adequados para que se tenha uma prestação jurisdicional célere, efetiva, adequada e que proporcione segurança e igualdade na aplicação do direito. Corroborando deste entendimento, Marinoni<sup>201</sup> aduz que “a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito”.

Mas como fazer isso? Como proceder para que a segurança jurídica deixe de ser uma utopia e a igualdade de fato exista? Por que são tão importantes estes conceitos para a estruturação do sistema? Como dimensioná-los sem transformar a prestação jurisdicional num trabalho mecânico? Quais as vantagens? Quais as desvantagens? Essas são algumas indagações que se pretende responder através da relação entre estes temas e os precedentes judiciais.

Segundo Celso de Albuquerque Silva<sup>202</sup>, os elementos imprescindíveis à concretização da segurança jurídica são: estabilidade, previsibilidade, calculabilidade e uniformidade. O jurisdicionado deve enxergar no pronunciamento judicial o entendimento do Judiciário, e não o entendimento de um dado Tribunal, assim como, a partir disso, tem o direito de prever quais as consequências que seus atos irão gerar. Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>203</sup> chega a afirmar que, se o processo se mostra de todo imprevisível e se demora a ser proferido, o seu resultado passa a ser um prêmio de consolação e não se terá aplicado a vontade concreta da lei.

A previsibilidade, segundo Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior<sup>204</sup>, constitui-se na certeza do direito, na medida em que seu desrespeito passa a impressão de que há várias leis regendo a mesma conduta. Mas não pode ser esta a impressão que o jurisdicionado tem do sistema.

---

<sup>200</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 53-57.

<sup>201</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “Os precedentes na dimensão da segurança jurídica”. In: *A força dos precedentes: estudos do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Luis Guilherme Marinoni [organizador]. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 561.

<sup>202</sup> SILVA, Celso deAlbuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lummen Juris, 2011, p. 10.

<sup>203</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 4.ª ed., p. 135.

<sup>204</sup> ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do Direito no Sistema Processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p.110-111.

Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>205</sup> afirma que o sistema foi concebido justamente com o objetivo de ser racional, no intuito de gerar segurança para o jurisdicionado, evitando surpresas e arbitrariedades.

O professor baiano Antonio Adonias A. Bastos<sup>206</sup> trata do tema sob a ótica do acesso à justiça. Afirma ele que a estabilidade das decisões contribui para o acesso à justiça e o desenvolvimento econômico, já que ao se poder prever as respostas do Poder Judiciário é propiciada uma calculabilidade das consequências dos atos praticados pelos integrantes do grupo social, evitando o ajuizamento de demandas com pretensões contrárias às de conhecimento das partes. Ainda assim, se surgir o conflito, haverá confiança depositada na solução anteriormente prevista e esperada.

Essa previsibilidade difere de acordo com o sistema adotado. Marinoni<sup>207</sup> explica que para a família do *civil law* a previsibilidade advém do conhecimento das leis a serem adotadas, ao passo que na *common law* esta previsibilidade se encontra na ciência das decisões emanadas do Judiciário. Acrescenta, ainda, que o direito legislado, ao contrário de constituir um pressuposto da segurança jurídica, é um obstáculo, pois não liga a previsibilidade e a confiança a quem define o que é direito, ou seja, o Legislativo produz e o Judiciário o define.

Noutra quadra, explica Merryman e Pérez-Perdomo<sup>208</sup> que um dos dogmas da *civil law* é a certeza do direito, tanto que era no interesse da certeza do direito que os juízes eram proibidos de produzir o direito, devendo a legislação ser clara, completa e coerente neste desiderato. Daí, concluem os autores que a certeza do direito, para a *common law*, é um argumento a favor dos precedentes judiciais, ao passo que para a *civil law* é um argumento contra o *stare decisis*. Para isso os autores apontam três diferenças: a) na *common law*, a certeza do direito é discutida em termos mais funcionais, e não como um dogma; as pessoas deveriam conhecer seus direitos e as consequências de suas ações, a fim de calcular as repercussões de seus atos; b) na *common law*, a certeza é obtida pela atribuição de força de lei às decisões judiciais, ao passo em que na *civil law* isto é proibido; c) certeza é ligada à rigidez, mas na *common law*

---

<sup>205</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”. In: *Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier [coordenadora]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

<sup>206</sup> BASTOS, Antonio Adonias A. *A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 227, janeiro/2014, p. 309.

<sup>207</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 124-130.

<sup>208</sup> MERRYMAN, Jonh Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 81-82

certeza e flexibilidade caminham juntos, pois é muito mais fácil flexibilizar decisões judiciais do que modificar a legislação vigente.

Para se ter um direito previsível, não é possível que o jurisdicionado fique à sorte do julgador do caso. É muito comum nos escritórios de advocacia que o advogado advirta seu cliente acerca da possibilidade de perda da demanda em razão de qual magistrado ficará responsável pelo julgamento do caso. Esta informação, entretanto, não é bem compreendida pelo cliente que tem uma visão mais simplista do direito, uma visão dicotômica entre o “é” ou “não é”, entre o “certo” e o “errado”.

Não é compreendido pelo jurisdicionado que um caso igual ao seu teve um resultado diferente, em virtude de o julgador tratar-se de outro magistrado. Neste momento, começam as desconfianças para com o juiz, para com o Judiciário e, até mesmo, para com o advogado. No entender do cliente, o Judiciário é visto então como uma questão de sorte ou azar, seu resultado sempre será imprevisível e seu alento é rezar para alcançar a graça de que o magistrado julgador seja a favor de sua tese. Trata-se do que Eduardo Cambi<sup>209</sup> definiu como “jurisprudência lotérica”, que ocorre quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes<sup>210</sup>. Dando outro nome ao mesmo problema, Sidnei Agostinho Beneti<sup>211</sup> denomina-o de “dispersão jurisprudencial”, apontando sua ocorrência em razão do julgamento individualista das macrolides (lides de massa), que gera incompreensões do

---

<sup>209</sup> CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. RT 78/108-128. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2001, p. 111.

<sup>210</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso, tratando do mesmo tema à época da Emenda Constitucional 45/2004, também rebate a questão lotérica dizendo: “Com efeito, a divergência entre parcelas de um mesmo Tribunal, acerca de uma mesma *questio juris*, acarreta situações de profunda injustiça (que podem ficar irreversíveis ao sobrevir o trânsito em julgado), o que é paradoxal que aconteça ao final intervenção do Poder justamente encarregado de... distribuir justice. Dizer que a organização dos Tribunais em órgão fracionários (Câmaras, Turmas, Seções) é que propicia ou torna inevitável tal divergência é uma meia-verdade porque o próprio ordenamento disponibiliza remédios e expedientes capazes de prevenir o dissenso pronunciado ou superar aquele já estruturado: a uniformização de jurisprudência (CPC, arts. 476 a 479), a assunção de competência (CPC, art. 555, § 1.º); os embargos de divergência (CPC, art. 546), arguição incidental de inconstitucionalidade (CPC, art. 481, parágrafo único). Outro fator que concorre para o tratamento antiisonômico aos jurisdicionados é o da resistência ao trato processual coletivo dos conflitos envolvendo número muito grande de sujeitos e que, justamente por isso, não podem ser resolvidas em termos de um único litisconsórcio (que seria multitudinário e incidiria na restrição do art. 46m par. ún., CPC), nem se resolveria, satisfatoriamente, com a separação dos litigantes em grupos.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Súmula vinculante e a EC n. 45/2004”. In: *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr. Octavio Campos Fischer e Wilian Santos Ferreira (organizadores). São Paulo: RT, 2005, p. 691.

<sup>211</sup> BENETI, Sidnei Agostinho. *Assunção de competência e fast-track recursal*. Revista de Processo, São Paulo, ano 34, n. 171, p. 11, maio 2009.



sistema e incentiva a litigância de má-fé, dada a possibilidade de sustentação das mais variadas teses jurídicas em juízo em cada caso.

Nas palavras de Marinoni<sup>212</sup>, “a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial”. Em recente julgamento, o STJ registrou certa preocupação da Corte em manter o respeito à previsibilidade e coerência da atuação do Poder Judiciário:

Por conseguinte, a adequação da jurisprudência deste Superior Tribunal, sobretudo das Turmas componentes da Terceira Seção, é um imperativo de coerência, notadamente por já haver entendimento consolidado por meio de súmula oriunda da Corte Superior. [...] Com efeito, por força do princípio da segurança jurídica, intrinsecamente relacionado à noção de Estado Democrático de Direito, impõe-se ao poder público, incluindo o Poder Judiciário, comportamento dotado de previsibilidade e coerência, prestigiando-se a boa-fé e protegendo-se a confiança das pessoas nas instituições<sup>213</sup>.

Nesse contexto, observa Augusto César Moreira Lima<sup>214</sup> que a previsibilidade ajuda as partes na medida em que estas estariam em melhores condições de prever o resultado de um julgamento, o que seria muito importante, inclusive, para se avaliar a viabilidade, ou não, do ingresso de uma demanda, reduzindo, inclusive, os números de lides e otimizando a eficiência do processo.

É por isso que se enxerga na aplicação dos precedentes uma alternativa para minimizar os efeitos da insegurança jurídica. Paula Pessoa Pereira<sup>215</sup> afirma que é necessário conferir coerência ao Poder Judiciário, trazendo segurança jurídica e igualdade através da estabilidade das decisões judiciais, no intuito de preservar o Estado Constitucional.

Um sistema que se baseia em precedentes não quer dizer que o sistema não é falho. Pelo contrário, o sistema possui diversas falhas e continuará a ter juízes que destoam do

---

<sup>212</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “Os precedentes na dimensão da segurança jurídica”. In: *A força dos precedentes: estudos do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Luis Guilherme Marinoni [organizador]. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 561.

<sup>213</sup> Trecho do voto do AgRg no REsp 1256973/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 26/11/2013

<sup>214</sup> LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no direito*. São Paulo: LTr, 2001, p. 89.

<sup>215</sup> PEREIRA, Paula Pessoa. “O Estado de Direito e a necessidade de respeito aos precedentes judiciais”. In: *A força dos precedentes: estudos do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Luis Guilherme Marinoni [organizador]. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 150.

entendimento de determinado Tribunal. O que o sistema de precedentes traz não é a segurança jurídica e igualdade utópica e cem por cento eficiente; sua contribuição são os mecanismos para que se preserve a segurança jurídica e a igualdade. O respeito aos precedentes é o respeito à coerência. É manter o sistema alinhado, aparando as arestas que surgirem para afinar o discurso de uma entidade e não de um integrante desta.

Eduardo Cambi e Renê Francisco Hellman<sup>216</sup> falam em igualdade perante às decisões judiciais. Dizem os autores que o intérprete, para promover a igualdade, deve encontrar na norma critérios, implícitos ou explícitos, que autorizem as distinções e equiparações. A interpretação de fatos e normas jurídicas não pode estar completamente eivada de subjetivismo, sob pena de se fomentar o julgamento conforme a consciência do juiz. É preciso ter em mente que a decisão jurisdicional é produto do sistema judicial, cuja unidade deve ser mantida, e não como atribuída à atuação isolada de um juiz.

A previsibilidade do direito cria a confiança do jurisdicionado, pois aquela depende desta. Algo somente pode ser previsível se nele se confia, conforme aponta Marinoni<sup>217</sup>. Como o Estado tem o dever de garantir a segurança-jurídica, tem também o dever de tutelar e proteger a confiança do cidadão em relação a suas ações, e em relação às reações de terceiros diante dos seus atos.

Como pressuposto da previsibilidade, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>218</sup>, o direito tem de ser estável. Só é previsível aquilo no qual se acredita irá acontecer, e esta crença advém da estabilidade do direito. Um sistema instável nunca será previsível, pois a instabilidade está diretamente ligada à insegurança.

Porém, falar em previsibilidade e estabilidade não deve conduzir à conclusão de um direito estático e imodificável. A previsibilidade pode caminhar junto com a mudança de jurisprudência sem com isto afetar a segurança jurídica. Não é sempre que a mudança da jurisprudência quebra a confiança do jurisdicionado, tal frustração somente ocorre quando não são respeitados os procedimentos adequados para que esta mudança, apesar de alterar

---

<sup>216</sup> CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. *Jurisprudência – a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e à segurança jurídica*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 231, março/2014, p. 356.

<sup>217</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 137.

<sup>218</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, ano 34, n. 172, p. 129, jun. 2009.

posicionamento anterior e, portanto, estável e previsto, continue a tutelar a confiança do cidadão.

Humberto Ávila<sup>219</sup> trata o tema afirmando, inicialmente, que tanto quanto maior a vinculatividade da decisão maior deve ser a proteção da confiança. Para o autor deve haver uma conjugação dos critérios que fortalecem a base da confiança de determinada decisão, como por exemplo: antiguidade da decisão, quantidade de decisões acerca de determinado tema, vinculatividade da decisão, Tribunal que a proferiu, dentre outros. Além de analisar a base da confiança, é necessário que o jurisdicionado demonstre a efetiva confiança na decisão que fundamentou sua conduta, não de forma presumida, mas de maneira a demonstrar que efetivamente agiu de acordo com o entendimento anterior, ou seja, a confiança tem de ter sido colocada em prática. Ainda há de se averiguar a desvantagem obtida pela modificação da decisão, pois não é qualquer frustração que tutela a proteção da confiança; o cidadão efetivamente tem que ter sido prejudicado pela modificação.

Continua o professor afirmando que equilibrar a modificação da jurisprudência com proteção da confiança não pode se realizar através de uma operação padrão. Existem diversas nuances que devem ser analisadas. A solução não é pacífica e variará caso a caso, através da modulação de efeitos da decisão, o que é feito através de regras de transição insertas na própria decisão.

Consequência da segurança jurídica, da estabilidade do sistema e de sua respectiva previsibilidade, a igualdade se alcança naturalmente, consoante entende Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>220</sup>. Vai além a processualista, chegando a afirmar que a vinculatividade dos precedentes tem como justificativa a igualdade. Acerca do tema, Marinoni<sup>221</sup> critica a igualdade aplicada no processo brasileiro, dizendo que a doutrina costuma analisá-la numa faceta interna do processo (paridade de armas e igualdade no tratamento), tanto que, frequentemente, está ligada ao princípio do contraditório, no qual as partes devem ter igualdade de condições de agir e reagir com o fito de influenciar a decisão.

---

<sup>219</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 489-505.

<sup>220</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, ano 34, n. 172, p. 129, jun. 2009.

<sup>221</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 142.

Ocorre que esta igualdade endoprocessual não se reflete para fora do processo quando não há respeito aos precedentes. Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>222</sup> expõe que a máxima de que todos são iguais perante a lei não pode se restringir à produção legislativa, tem que ir além, tem de se estender também à norma julgada, ou seja, à lei submetida à interpretação e aplicação pelos órgãos judiciários nos casos concretos.

Tratar casos iguais de maneira diferente não guarda nenhuma igualdade. Já que aos jurisdicionados são garantidas as mesmas leis (igualdade de submissão), a estes também deve ser garantida a mesma interpretação desta.

Na verdade, a segurança jurídica e a igualdade em parte se confundem, pois esta deriva daquela, assim como aquela deriva desta. Não que se tratem dos mesmos conceitos, mas ambas justificam a aplicação dos precedentes. Ambas possuem o mesmo objetivo: a coerência do sistema através de uma ordem jurídica estável e igualitária. Cruz e Tucci<sup>223</sup> afirma que a jurisprudência consolidada garante a igualdade dos cidadãos perante a distribuição de justiça, porque situações assemelhadas são tratadas da mesmíssima forma, e a democracia participativa exige a paridade de trato entre os membros da comunhão social. Concluindo, o mesmo autor aponta que, dentre os objetivos político-jurídicos, a aplicação dos precedentes atinge a igualdade de tratamento, preserva a certeza do direito e torna mais previsível o desfecho do processo.

#### 2.4. TÉCNICA DE APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

A aplicação da teoria dos precedentes necessita de pelo menos dois casos, um anterior (precedente) e um atual (caso em julgamento). Esta conclusão é intuitiva<sup>224</sup>, pois para se aplicar a *ratio decidendi* de um caso tido como precedente a um caso sob julgamento é necessário comparar ambos, analisando-se as suas circunstâncias fáticas.

A atividade de comparar é algo natural à teoria dos precedentes, não é forçado, flui da própria aplicação do *stare decisis*. Como afirma Mario G. Losano<sup>225</sup>, diante de um caso concreto, o

---

<sup>222</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 130.

<sup>223</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p.

<sup>224</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2011, p. 159.

<sup>225</sup> LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 335.

juiz deve, inicialmente, perguntar-se como foram decididos anteriormente casos análogos. Daí já começa a comparação. O magistrado, imerso na teoria de respeito aos precedentes, antes de iniciar o julgamento do caso, deve certificar-se de decisões anteriormente proferidas em casos semelhantes ao que está julgando. Nesta busca, sua atividade consiste em comparar casos anteriores com o caso em análise<sup>226</sup>.

Como explica José Rogério Cruz e Tucci<sup>227</sup>, trata-se do método de “raciocinar caso a caso”. Lembra o autor que o juiz, ao examinar o mérito da questão que lhe é submetida, parte de um processo mental indutivo e empírico, cotejando o caso a ser julgado com a *ratio decidendi* de casos já solucionados, raciocinando-se, pois, do particular para o geral. Assim, o processo hermenêutico utilizado tem por escopo estabelecer se, efetivamente, os casos são análogos e, por via de consequência, se deve aplicar a *ratio decidendi* do precedente, ou não.

Ao manejar esta teoria, busca-se no precedente a regulação de um caso anterior semelhante ao que se está em julgamento. A procura, então, é por um julgado que tenha apreciado fatos semelhantes aos que se apresentam para julgamento, objetivando extrair daquele a regra, de forma objetiva e precisa, que foi empregada para resolver o problema apresentado. Busca-se uma descrição objetiva e não um fim a ser atingido. O precedente serve para demonstrar de forma precisa e clara, e não de forma ideal, como se deve julgar um determinado conjunto de fatos.

O *distinguishing* é técnica da qual se vale a teoria dos precedentes, a fim de, confrontando causas, verificar se o caso em apreço é, ou não, diferente do precedente invocado. Caso a diferença exista, é porque os casos são diferentes, operando-se aí o *distinguishing*; caso sejam semelhantes a ponto de permitir a aplicação da *ratio decidendi* do caso precedente, é porque o *distinguishing* não se operou e a regra inserta no precedente deve regular também o caso em julgamento.

---

<sup>226</sup> Andréia Costa Vieira explica que, somente na Inglaterra do século XIX, ficou estabelecido o respeito absoluto aos precedentes, o que era feito se utilizando, sobretudo, dos *law reports*. Todavia, a seleção dos casos constantes nestes relatórios nunca seguiu, e ainda não segue, uma forma objetiva. VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 118.

<sup>227</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 181-182.

Fala-se em caso semelhante, e não igual. Isto porque, conforme esclarece Robert Alexy<sup>228</sup>, não existem dois casos exatamente iguais, todos os casos, quando confrontados, apresentam diferenças, de maneira que a questão é aferir qual a relevância desta diferença para efeitos de diferenciação entre eles<sup>229</sup>. Para o autor<sup>230</sup>, o uso dos precedentes passa por duas regras: a) quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; b) quem quiser se afastar de um precedente assume a carga da argumentação.

Leciona Luiz Guilherme Marinoni<sup>231</sup> que diferenças fáticas entre casos nem sempre são suficientes para diferenciá-los. Não basta o juiz apontar fatos diferentes ao confrontar causas, é necessário que esta divergência seja substancial a ponto de justificar a diferenciação<sup>232</sup>. Por isso, como afirma o paraibano Jaldemiro<sup>233</sup> Rodrigues de Ataíde Júnior, não se faz necessária uma submissão “cega” aos precedentes, já que as cortes podem estender ou restringir sua incidência.

Isto não significa dizer que o precedente não tem validade como tal, tampouco significa sua revogação, mas tão somente a afirmação de que aquele precedente não se aplica ao caso em

<sup>228</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268.

<sup>229</sup> No mesmo sentido ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 302.

<sup>230</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 270.

<sup>231</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 327.

<sup>232</sup> Esta também é a posição de Neil Duxbury, para quem a maioria dos tribunais irá distinguir os casos sem maiores dificuldades ou controvérsias; contudo, a tarefa nem sempre será fácil. Não é correto pensar que os tribunais fazem diferenciação entre casos somente através da diferenciação de fatos materiais entre eles. É necessário, também, que os tribunais façam uma distinção material entre os casos, e não somente de fatos. Devem eles justificar substancialmente a diferença entre os casos, de forma a fornecer razões suficientemente convincentes para a recusa em aplicar um determinado precedente. É preciso ter cuidado ainda com a distinção baseada em fatos materialmente irrelevantes, o que levaria a um equívoco. (*Most courts will distinguish cases fairly routinely and without controversy. The task will not always be straightforward because, as we saw in the previous chapter, the discursiveness of common-law judgments can make the identification of rationes difficult. Nor would it be correct to think that a court distinguishes cases merely by drawing attention to factual differences between them: courts are not only drawing a distinction but also arguing that the distinction is material, that it provides a justification for not following the precedent. Not just any old difference provides such a justification: the distinction must be such that it provides a sufficiently convincing reason for declining to follow a previous decision. Since it is for judges themselves to identify significant differences – to determine, as it were, their own criteria of relevance – is it not easy for them to distinguish away the authority of any precedent? Sometimes it will be easy, no doubt, but not usually so; for distinguishing appropriately is as much a judicial norm as is the doctrine of stare decisis itself. The judge who tries to distinguish cases on the basis of materially irrelevant facts is likely to be easily found out. Lawyers and other judges who have reason to scrutinize his effort will probably have no trouble showing it to be the initiative of someone who is careless or dishonest, and so his reputation might be damaged and his decision appealed. That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them.*). DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 114

<sup>233</sup> ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do Direito no Sistema Processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 90.

análise. Francisco Rosito<sup>234</sup> afirma que a técnica de distinção não é propriamente de superação dos precedentes, já que não é a proposição jurídica, mas sim a demonstração de que os motivos determinantes do precedente não se aplicam ao caso em apreço.

Ocorre que é muito comum baralhar o *distinguishing* como método e o *distinguishing* como resultado. A técnica de confronto de casos, como se viu, é intrínseca à operacionalização da teoria dos precedentes: entretanto, tal técnica não pode ser confundida com um dos possíveis resultados advindos desta comparação.

Nesse sentido, ao se deparar com um precedente, deve o magistrado compará-lo ao caso em apreço, aplicando assim a técnica de confronto de casos (*distinguishing* método<sup>235</sup>). Desta aplicação alguns resultados são possíveis, dentre os quais a de que os casos não se assemelham e, portanto, o precedente é distinto do caso sob julgamento (*distinguishing* resultado).

Pode ocorrer, por exemplo, que, ao se confrontarem os casos, conclua-se que eles são semelhantes, mas que o precedente encontra-se obsoleto ou errado, de maneira que se faz necessário superá-lo (*overruling* ou *overriding*), sendo este um dos possíveis resultados também. Mas não é porque o precedente será superado que se deixou de comparar os casos.

O *distinguishing*, então, pode ser utilizado ora como meio de aplicação dos precedentes, ora como resultado. Inobstante guardarem a mesma nomenclatura, é importante que o operador do direito tenha ciência de que, ao comparar casos, estará ele utilizando a técnica de distinção, embora o resultado obtido não necessariamente seja diferenciação dos casos, mas também a sua aproximação.

---

<sup>234</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 300.

<sup>235</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria geral da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 394.

### 3. SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Dentre os pontos positivos de um sistema jurídico baseado no respeito aos precedentes inclui-se a estabilidade do sistema, pois dá ao cidadão senso de confiança, na medida em que implica a consolidação, no presente e para o futuro, de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas<sup>236</sup>.

Por outro lado, uma das maiores críticas a este sistema consiste na sua rigidez, representada como um obstáculo ao desenvolvimento do direito, porque, supostamente, compromete a sua mobilidade no tempo. Maurício Ramires<sup>237</sup> chega a dizer que, na utilização dos precedentes vinculantes, o aplicador do direito fica ao mesmo tempo desonerado e impedido de pensar a respeito da justificação do direito, que lhe são previamente dadas, bastando realizar juízos de adequação.

Na verdade, como afirmam Lenio Luis Streck e George Abboud<sup>238</sup> quanto à aplicação da teoria dos precedentes no direito nacional, a sua utilização não engessa o direito, dinamiza-o<sup>239</sup>, uma vez que, para se aplicar corretamente o precedente, é necessário levar em conta todo o ordenamento jurídico a sua volta, bem como toda valoração e fundamentação que o embasaram, de maneira que, em sua aplicação, sempre será possível um ajuste jurisprudencial. Trata-se, na verdade, de um mito<sup>240</sup> difundido pelos que desconhecem o sistema de precedentes.

Observa Nelson Nery Júnior que a dinâmica da vida e dos fatos sociais indica possibilidade de a jurisprudência ser alterada. Os tribunais devem acompanhar a evolução da sociedade em todos os seus âmbitos: econômicos, sociais, culturais, políticos, religiosos, tecnológicos,

---

<sup>236</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 298.

<sup>237</sup> RAMIRES, Maurício. *A aplicação de precedentes no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 55.

<sup>238</sup> Os autores ainda fazem uma diferenciação entre o *stare decisis* e a súmula vinculante, dizendo que naquele não há uma vinculação inexorável, ao passo que nesta há. STRECK, Lenio Luis; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 46.

<sup>239</sup> Edward D. Re, traduzido pela ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellem Gracie Northfleet, afirma que: “A doutrina do *stare decisis* consequentemente não exige obediência cega as decisões passadas. Ela permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo. Antes de mais nada é necessário que o tribunal determine se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável. Em seguida, deve decidir em que extensão o princípio será aplicado”. RE, Edward D. *Stare decisis*. Revista de Informação Legislativa. ano 31, n.º 122, maio/julho de 1994, p. 285.

<sup>240</sup> Acerca deste mito, ler OLIVEIRA, Pedro Miranda; ANDERLE, Rene José. *O sistema de precedente no CPC projetado: engessamento do direito?* Revista de Processo - REPRO. v. 232, junho/2014, p. 315-316.



climáticos, etc. “Não se poderia admitir o engessamento da jurisprudência dos tribunais em nome da segurança jurídica, pois a dose desse remédio, por ser excessiva, mataria o doente: *summum ius, summa iniuria*”<sup>241</sup>. Daí porque os tribunais podem e devem alterar sua jurisprudência quando necessário.

Não se pode negar, contudo, que de fato há um risco<sup>242</sup> de enrijecimento do direito, que pode ser causado devido ao uso conservador<sup>243</sup> da aplicação do precedente (*stare decisis*), o que reduziria a aplicação do direito a uma atividade mecânica<sup>244</sup>. Tal risco é inerente ao direito, e não somente à teoria dos precedentes, uma vez que uma norma jurídica expressa em um texto legal está sujeita à perpetuação até que outra a revogue ou a modifique. O problema não está na natureza das normas, mas sim na concepção da tarefa de aplicação do direito, seja da norma legal, seja da norma jurisprudencial<sup>245</sup>. Este também é o entendimento do professor inglês Michael Zonder quando diz: *it is not the system but the judges that create the balance between flexibility and stability*<sup>246</sup>.

<sup>241</sup> NERY JR., Nelson. “Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior”. In: *Eficácia ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 95.

<sup>242</sup> ROSITO Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 165.

<sup>243</sup> Cruz e Tucci analisa a questão afirmando que, segundo consta, a primeira vez que a *House of Lords* exerceu essa prerrogativa (*overruling*) foi em 1966 através do *Practice Statement of Judicial Precedent*, permitindo rever orientação emitida no passado quando parecesse correto. Esse *practice statement* assinalou, com certeza, marcante mudança de rumo na teoria do *stare decisis*, embora a aplicação prática dessa nova concepção sempre fosse muito reduzida, sendo o primeiro caso de *overruling* em 1968. Segundo o autor, era evidente que aquela anterior postura de intransigente rigidez colocava a magistratura inglesa em difícil posição diante da evolução natural do direito, revelando procedente uma antiga e famosa afirmação formulada na primeira metade do século XX, no sentido de que: “juiz inglês é um escravo do passado e um déspota do futuro”. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p.159-160.

<sup>244</sup> Exemplo de pensamento conservador e inadequado da utilização dos precedentes é demonstrado por Igor Raatz quando escreve capítulo de artigo com o título a “falácia da superação de precedente obrigatório”, e afirma: “Dito de outro modo, criado o precedente, ele passa a carregar uma presunção de verdade e correção quase que absoluta, de modo que somente o seu próprio criador poderia contestá-lo. Os julgadores hierarquicamente inferiores limitar-se-iam a declarar a “vontade” do precedente. É a onipotência do Tribunal Superior. Como o precedente não pode estar errado – e mesmo que estivesse não caberia ao juiz inferior dizê-lo – a sua ‘aplicação’, quando o caso é semelhante, nunca estará errada. O juiz lava as mãos. Não é mais a boca da lei, mas, sim, uma figura mais refinda e totalmente autonomizada do legislador. Sua função resume-se a declarar a ‘vontade’ do precedente”. RAATZ, Igor. *Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira?* Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 7, vol. XI, janeiro a junho de 2013, p. . Disponível em < [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=17&cad=rja&uact=8&ved=0CD8QFjAGOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.e-publicacoes.uerj.br%2Findex.php%2F Fredp%2F article%2F download%2F7998%2F5783&ei=6-zpU\\_7RCuut8gGtK4DgCA&usg=AFQjCNEkuTTx26CtnkiqkklXrGFPXO-pMA&bvm=bv.72676100.d.b2U](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=17&cad=rja&uact=8&ved=0CD8QFjAGOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.e-publicacoes.uerj.br%2Findex.php%2F Fredp%2F article%2F download%2F7998%2F5783&ei=6-zpU_7RCuut8gGtK4DgCA&usg=AFQjCNEkuTTx26CtnkiqkklXrGFPXO-pMA&bvm=bv.72676100.d.b2U) > . Acesso em 12/08/2014.

<sup>245</sup> ROSITO Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 166.

<sup>246</sup> Traduzindo: Não é o sistema, mas os juizes que criam o equilíbrio adequado entre flexibilidade e estabilidade. ZONDER, Michael. *The law-making process*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 303.

O professor da Universidade de Pequim, Zhang Qi<sup>247</sup>, afirma que um sistema de precedentes aplica a lei com concretude e flexibilidade, pois possibilita uma readaptação contínua da lei codificada, através da aplicação de normas legais de forma concreta. Para isso, existem duas razões. Em primeiro lugar, os tribunais anunciam os precedentes com fundamentos que refletem o entendimento geral da comunidade, já que, diferentemente dos legisladores, os juízes possuem barreiras que os impedem de considerar todos os aspectos das circunstâncias relevantes – porque são chamados a estabelecer uma norma jurídica individualizada, e não abstrata. As cortes dão decisões em casos concretos, de modo que o problema da inflexibilidade se tornaria latente. Em segundo lugar, o precedente pode ser cancelado em determinadas situações, o que, aliado ao fato de que a *ratio decidendi* não está limitada a nenhum conjunto de palavras, dá flexibilidade ao sistema.

Sendo assim, por si só, a utilização da teoria dos precedentes não implica a imutabilidade do direito – o enrijecimento é apenas aparente –, assim como a existência de decisões contraditórias acerca de uma mesma questão de direito não implica sua evolução, mas sim confusão. É preciso ponderar estas medidas.

Para solucionar mencionado problema – que, como dito, é apenas aparente –, a teoria do *stare decisis* dispõe de técnicas de superação de precedentes (*overruling e overriding*), o que possibilita a sua devida mobilidade e atualização do direito, observando Patrícia Perrone Campos Mello<sup>248</sup> que a utilização de uma ou outra técnica dependerá do caso em exame e de considerações acerca das razões de segurança.

Segundo Melvin Aron Eisenberg<sup>249</sup> o primeiro princípio que se deve observar acerca do *overruling* é que o precedente deve ser modificado se substancialmente não cumpre os padrões de congruência social e consistência sistêmica; bem como se os valores que sustentam o padrão de estabilidade e o princípio da *stare decisis* (proteção da confiança

---

<sup>247</sup> QI, Zhang. *O sistema de precedentes e a justiça das decisões judiciais na China*. Revista de Processo - REPRO. v. 224, outubro/2013, p. 372.

<sup>248</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 234.

<sup>249</sup> *The first principle that governs overruling is as follows: A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of stare decisis - the valuer of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support - would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling. Call this the basic overruling principle.* EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 105.

justificada, evitando a surpresa injusta) não seriam melhores preservados pela manutenção do precedente que se cogita modificar.

Um precedente deixa de ter congruência social e consistência sistêmica quando se torna controverso, ensejando distinções inconsistentes e críticas doutrinárias, assim como se torna incongruente e inconsistente quando uma nova concepção geral do direito, uma nova tecnologia, uma mudança nos valores sociais ou uma substancial alteração no mundo dos fatos impõem sua superação.

A incongruência social é uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e as expectativas dos cidadãos, de maneira que a manutenção de um precedente injusto pode até garantir a estabilidade do sistema, mas afeta a segurança jurídica do cidadão que passa a enxergar o Poder Judiciário com descrédito, não identificando nele o reconhecimento das expectativas da sociedade. Para o leigo, a previsibilidade do sistema está diretamente ligada a um equilíbrio e compatibilidade entre as normas jurídicas e as normas da vida real.

Já a inconsistência sistêmica é a desarmonia entre as diversas normas que habitam o sistema. Quando entre elas há contradições, incompatibilidades, desajustes, a norma perde a sua consistência, deixando o cidadão sem saber ao certo em qual regramento confiar.

Melvin Aron Eisenberg<sup>250</sup> trata do tema ao trabalhar do que denomina *jagged doctrines* (doutrinas irregulares), na qual o autor afirma que a existência de precedentes controversos ou irregulares é a primeira condição que possibilita o *overruling*, tendo em vista que, ao apresentar incongruências sociais, o precedente acaba por sofrer distinções inconsistentes e, por via de consequência, causa inconsistência sistêmica no ordenamento jurídico e incompatibilidade entre precedentes. Por outro lado, é necessário avaliar qual o impacto que a mudança de jurisprudência causará, uma vez que, para se cogitar a superação do precedente, se faz mister levar em consideração a proteção da confiança do jurisdicionado, evitando, assim, que ele seja surpreendido por uma mudança inesperada e radical.

No intuito de sistematizar os casos em que faltam congruência social e consistência sistêmica, o presente estudo se propõe a elencar as hipóteses de superação de precedentes de maneira

---

<sup>250</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 105.

mais clara, mais factível, tornando-as mais facilmente identificáveis no caso concreto, utilizando-se da classificação apresentada por Patrícia Perrone Campos Mello<sup>251</sup> e acrescida de mais uma categoria. Sistemáticamente, a divisão aqui proposta é a seguinte: a) precedentes contraditórios; a.1) precedentes obscuros; a.2) precedentes inoperáveis; a.3) precedentes inconsistentes; b) precedentes obsoletos; b.1) em razão de mutação social; b.2) em razão de mutação jurídica; c) precedentes errados; e d) precedentes em tempos de exceção.

A primeira hipótese trata dos precedentes contraditórios, os quais são subdivididos em precedentes obscuros, inoperáveis e inconsistentes. Os precedentes obscuros são aqueles que em que a *ratio decidendi* não fica clara, que da sua leitura não se extrai uma regra precisa a ser seguida.

Como o precedente é uma decisão judicial, deve ele preencher todos os requisitos de congruência interna<sup>252</sup> de uma decisão: a) certeza, certificando a existência de um direito ou até mesmo a inviabilidade de analisá-lo, a fim de construir uma norma jurídica concreta, precisa e clara, tentando, ao máximo, evitar brechas que comportem interpretações quanto à existência do direito a favor de uma parte ou outra; b) liquidez, estabelecendo a obrigação a ser cumprida com a certificação da existência da obrigação, bem como a quem se deve, quem deve e o que se deve; c) clareza e coerência, utilizando linguagem clara e direta, sendo escrita de maneira a guardar coerência durante todo seu texto e a fim de determinar uma conclusão, uma vinculação lógica entre a narração, a fundamentação e o dispositivo.

Também há os precedentes inoperáveis, representados por aqueles que revelam uma regra inoperável, de difícil execução, pois atribui ao jurisdicionado um ônus que ele não pode suportar. São precedentes que condicionam a sua aplicação à demonstração de provas impossíveis ou de difícil disponibilização.

Por exemplo, era pacífico o entendimento de que, para se requerer benefício da previdência social de pensão por morte, o dependente necessitava de início de prova material. Disso passou-se a exigir dos companheiros que desejassem pleitear pensão por morte de seus falecidos a apresentação de início de prova material. Ocorre que a união estável é fenômeno

---

<sup>251</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 237-250.

<sup>252</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 327-339.

informal que dispensa qualquer tipo de registro, é fato constatado no meio social e não necessariamente formalizado. Por isso, tal precedente se mostrava inoperável, uma vez que a união estável, em muitos casos, não possuía qualquer tipo de prova material. Diante da inoperabilidade destes precedentes, a Turma Nacional de Uniformização de jurisprudência reviu seu entendimento e expediu a súmula 63, que assim determina: “a comprovação de união estável para efeito de concessão de pensão por morte prescinde de início de prova material”.

Já os precedentes inconsistentes são aqueles que guardam distinções inconsistentes com outros precedentes. São julgados que, inobstante serem semelhantes, sofreram distinções forçadas como meio de evitar a aplicação de um determinado precedente. Esclarece Luiz Guilherme Marinoni<sup>253</sup> que a frequente utilização do *distinguishing* em um precedente pode revelar a perda de autoridade deste julgado, o seu enfraquecimento como precedente vinculante, o que se denomina de *very distinguishing*. Este fenômeno não é comum, mas, como afirma Marcelo Alves Dias Souza<sup>254</sup>, um precedente pode ser alvo de constantes distinções como única forma de afastar esse precedente, considerado como injusto e incorreto por determinado tribunal, mas que em tese deveria manter-se.

Assim, a existência de distinções inconsistentes em casos em que, *a priori*, haveria precedente semelhante a ser aplicado, acaba por demonstrar a sua fraqueza e necessidade de alteração. A existência de precedentes inconsistentes quebra a confiança justificada do cidadão, que passa a ter dúvidas em qual dos precedentes deve pautar suas ações, pois mais de um julgado orienta casos semelhantes.

A segunda categoria compreende os precedentes obsoletos. São aqueles que perderam seu poder de representar os anseios da sociedade, devido a mudanças sociais ou jurídicas. Essa perda de sentido dos precedentes é dividida em duas razões: a primeira atribui seu enfraquecimento às mutações sociais, aí inclusas as mudanças política, cultural e tecnológica; a segunda, às mutações jurídicas, que englobam a modificação e criação de novas normas.

---

<sup>253</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 328.

<sup>254</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 144-145. Neste sentido também LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no direito*. São Paulo: LTr, 2001, p. 66-67.

Para melhor entendimento desta segunda categoria, em relação às mutações sociais, é necessária sua exemplificação. Há muito, o preconceito com a união de pessoas do mesmo sexo permeava a sociedade brasileira, mas esta foi mudando sua forma de pensar e os casais homoafetivos foram se revelando e seu número crescendo cada vez mais. Não que o preconceito tenha acabado, mas, de fato, é muito menor que outrora. Diversos foram os julgados que negavam reconhecimento jurídico à união entre pessoas do mesmo sexo, sob a justificativa de que o art. 1.723<sup>255</sup> do Código Civil vedava tal possibilidade.

Em 2011, entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277, cuja relatoria coube ao Min. Ayres Britto, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, dando interpretação conforme à Constituição ao aludido dispositivo do Código Civil. Oportuna a transcrição de trecho do aditamento ao voto do ministro relator feito pelo Min. Luiz Fux, o qual demonstra, de forma clara, a percepção de mutação social do conceito de família:

Tanto quanto pude pesquisar, o homossexualismo é um traço da personalidade. O homossexualismo não é uma crença, o homossexualismo não é uma ideologia e muito menos uma opção de vida, na medida em que nós sabemos da existência atual e pretérita de todas as formas de violência simbólica e violência física contra os homossexuais. Mas, se a homossexualidade é um traço da personalidade, isto significa dizer que ela caracteriza a humanidade de uma determinada pessoa. A homossexualidade não é crime. Então por que ser homossexual? E por que o homossexual não pode constituir uma família? O homossexual, em regra, não pode constituir uma família por força de duas questões que são abominadas pela nossa Constituição: a intolerância e o preconceito. A Constituição Federal brasileira, que é de uma beleza plástica ímpar, destaca no seu preâmbulo, como ideário da nossa nação, como promessa constitucional, que o Brasil, sob a inspiração de Deus, se propôs a erigir uma sociedade plural, uma sociedade justa, uma sociedade sem preconceitos, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana. E para enfeixar esse conjunto de cláusulas pétreas, o artigo 5º dispõe que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e nada mais faz do que especificar aquilo que consta em todas as declarações fundamentais dos direitos do homem - na Declaração da ONU, no nosso Pacto de São José da Costa Rica, na Declaração da África e de Madagascar, na Declaração dos Povos Muçulmanos -, todos os homens, seres humanos, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Volta-se, então, à pergunta: se é assim - e assim o é -, por que os homossexuais não podem formar uma união homoafetiva equiparável a uma família? E o que é uma família? O que é uma família, no Brasil, quando nós sabemos que a Constituição Federal só consagrou a união estável porque 50% das famílias brasileiras são

---

<sup>255</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

espontâneas? Nesses lares, nessas casas desse percentual do povo brasileiro, nunca passou um juiz, nunca passou um padre, mas naquela casa há amor, há unidade, há identidade, há propósito de edificação de projetos de vida. Naquela casa, muito embora não tenha passado nenhum padre e nenhum juiz, naquela casa há uma família. E o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem. Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; há família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família. E qual é a pretensão? A pretensão é que se confira juridicidade a essa união homoafetiva para que eles possam sair do segredo, para que possam sair do sigilo, para que possam vencer o ódio e a intolerância em nome da lei. E o que se pretende, *mutatis mutandis*, é a equiparação à união estável, que exatamente foi consagrada em razão dessa realidade das famílias espontâneas. E a união homoafetiva é uma realidade social - o eminente Procurador-Geral da República ontem trouxe, e também tivemos essa informação de que há mais de sessenta mil uniões homoafetivas no Brasil -, de sorte que, pelo menos sob esses ângulos ainda embrionários, nada se justifica que não se possa equiparar a união homoafetiva à união estável. Muito embora pudéssemos ficar apenas no ângulo jusfilosófico, que já seria extremamente convincente, como é esse enxerto de alguns princípios pétreos da Constituição Federal, a realidade é que inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor dessa equalização da união homoafetiva em relação à união estável.

De outro lado, os precedentes obsoletos em razão de mutações jurídicas são aqueles que perderam a sua força devido a uma mutação de normas, seja pela modificação de determinada lei, seja pela criação de uma nova. Como exemplo, tem-se o caso da súmula vinculante n.º 09, editada em 2008.

A Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984), na redação original de seu artigo 127, estabelecia que o condenado que fosse punido por falta grave perderia o direito ao tempo remido, em virtude de trabalho ou estudo, começando a contagem de novo período a partir da data da infração. Ocorre que muito se contestou sobre a recepção ou não de tal dispositivo pela Constituição de 1988, debate este que chegou ao Supremo Tribunal Federal e que acarretou na edição da súmula vinculante n.º 09, que assim prescreve: “o disposto no artigo 127 da lei nº 7.210/1984 (lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”.

Ocorre que, em 2011, três anos após a edição da súmula supracitada, a Lei 12.433 alterou a redação do art. 127 da Lei de Execuções Penais, para fazer constar, agora, o seguinte: “Em

caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

Ressalte-se, contudo, que o precedente representado pela súmula vinculante n.º 9 ainda não foi superado; todavia, é de fácil constatação o seu enfraquecimento, uma vez que o artigo de lei no qual pautava o seu entendimento foi modificado para dizer, justamente, o contrário do que a súmula pretendeu afirmar. A súmula vinculante, então, se tornou obsoleta em razão de uma mutação jurídica, neste caso, de uma modificação da Lei de Execuções Penais, demandando, portanto, que o precedente nela representado seja superado para se adequar à nova realidade normativa que trata sobre a remissão de pena<sup>256</sup>.

A terceira categoria trata dos denominados precedentes errados, que consistem naqueles precedentes que, desde sua origem, são inconsistentes ou incongruentes. O precedente nasce fadado ao fracasso, pois não exprime a realidade social e jurídica pela qual passa a sociedade, seja porque afronta a outro precedente de maior vinculatividade, seja porque traz conceitos não condizentes com o atual desenvolvimento social.

Por fim, a última categoria de hipóteses de superação dos precedentes engloba aqueles gerados em tempo de exceção<sup>257</sup>, tempos marcados por um medo extremo que orientam o cerceamento de direitos civis e fomentam a arbitrariedade do poder público, tudo em prol de manter a segurança, de manter o cidadão a salvo dos abalos causados pela guerra ou pelo terrorismo. Ocorre que, inobstante as circunstâncias em que tais precedentes são criados, eles integram o sistema de precedentes e, por isso, em tese, teriam eficácia vinculante, segundo o *stare decisis*.

Analisando tal questão, Harlan Grant Cohen<sup>258</sup> apresenta quatro casos de precedentes criados nestas situações e chega à conclusão de que, devido às lições históricas, tais precedentes não poderiam ter vinculatividade. Não que se mostram imprestáveis, mas sua serventia deveria ser, basicamente, a de um precedente persuasivo. Porém, independentemente dos efeitos que tais precedentes gerem (vinculativo ou persuasivo), fato é que são precedentes que podem ser

---

<sup>256</sup> Citando outros exemplos de precedentes obsoletos, SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 180-186

<sup>257</sup> Como exemplo clássico de tempo de exceção, a ditadura instaurada em 1964, no Brasil.

<sup>258</sup> COHEN, Harlan Grant. "Undead" *Wartime Cases: Stare Decisis and the Lessons of History*. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1551415](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551415)>. Acesso em 10/08/2014.



seguidos, desencadeando uma jurisprudência criada em tempos extraordinários. Tanto isto é verdade que o próprio professor<sup>259</sup> denomina tais precedentes como *unlead* (mortos-vivos), cabendo às lições da história decidir o que fazer com eles: superá-los, mantê-los ou esquecê-los.

A par da classificação citada, cumpre observar que as hipóteses de superação dos precedentes não são estanques, não ocorrem de maneira isolada. Pode acontecer de um mesmo precedente demandar sua superação amparada em mais de uma hipótese. Por exemplo, um precedente criado em tempos de exceção, pode, ao mesmo tempo, não mais corresponder às mutações sociais pelas quais passou a sociedade; assim como um precedente que originariamente nasceu errado está, por consequência, incompatível como a realidade social, política, cultural, tecnológica ou jurídica vigente.

Vistas as hipóteses de superação, resta apurar quais as técnicas utilizadas para proceder a tal modificação, o que se fará a seguir.

### 3.1. TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

A classificação acerca das técnicas de superação dos precedentes não é uníssona<sup>260</sup>, por isso, adotar-se-á como critério de classificação a estrita modificação da *ratio decidendi* de um determinado precedente. Neste sentido, pode-se falar em duas técnicas de superação (*overturning*): *overruling*, e *overriding*. Ao exame delas.

#### 3.1.1. *Overruling*

<sup>259</sup> COHEN, Harlan Grant. *"Undead" Wartime Cases: Stare Decisis and the Lessons of History*. Disponível em < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1551415](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551415) >. Acesso em 10/08/2014.

<sup>260</sup> Por exemplo, Thomas da Rosa de Bustamante defende que o *distinguishing* e o *overruling* são funcionalmente equivalentes, pois servem de meios alternativos para a mesma finalidade, o abandono da regra adscrita (de origem jurisprudência) que aponta para uma determinada solução ao problema jurídico enfrentado. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388. Já Marinoni trata o *distinguishing* como técnica de aplicação do precedente, e não como técnica de superação. Para o autor, o trabalho de aplicação do precedente exige a aplicação desta técnica que, pode, ou não, levar à superação do precedente por meio das técnicas de superação. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 326-330. Patrícia Perrone Campos Mello elenca, ainda, como técnica o *prospective overruling*, o que não será analisado por este trabalho devido ao entendimento de que se trata de uma modulação dos efeitos do próprio *overruling*. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 236.

O *overruling* é a forma mais radical de superação de precedentes e ocorre quando o tribunal modifica a forma de resolver um determinado caso que, anteriormente, era regulado por um precedente. É nas palavras de Caio Márcio Guterres Taranto<sup>261</sup> a anulação da *ratio decidendi* de um caso anterior mediante a prolação, em caso posterior, de decisão exatamente oposta à proferida no antecessor.

Para Francisco Rosito<sup>262</sup>, o *overruling* consiste na revogação do precedente, caracterizado por um juízo negativo sobre sua *ratio decidendi*. Nestes casos, o precedente deixa de ser encarado como norma reguladora da questão posta em juízo, apresentando-se um novo resultado para a questão através de um “discurso de justificação em que resulta infirmada a própria validade da regra antes visualizada como correta<sup>263</sup>”.

Nem sempre, entretanto, a ideia de mudança de jurisprudência foi bem aceita no âmbito da *common law*. A primeira vez<sup>264</sup>, por exemplo, em que a *House of Lords* exerceu este poder foi em 1966, por meio do *practice statement*<sup>265</sup>, ato através do qual Lord Gardner afirmou que:

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating formal decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears to be right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.

This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House<sup>266</sup>.

<sup>261</sup> TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 291.

<sup>262</sup> ROSITO Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 304.

<sup>263</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388.

<sup>264</sup> Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira afirmam que, diferentemente do que diversos setores da doutrina imaginam, na *common law*, mesmo nos séculos XIX e XX, não há inexorável vinculação aos precedentes. ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 229, março/2014, p. 438.

<sup>265</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 113-114.

Contudo, sua utilização não pode ser indiscriminada. É necessário utilizar critérios e limites no seu manejo, a fim de evitar que a alteração de precedente perturbe a base da confiança criada. Não é por outra razão que a sistematização das hipóteses de cabimento deste instituto é de suma importância, pois estabelece reais situações que o legitimam.

Mas não somente a enumeração de tais hipóteses é importante. É preciso traçar limites e diretrizes à sua aplicação. Para tanto, J. W. Harris<sup>267</sup> apresenta o que chama de princípios constringentes (*constraining principles*) para a aplicação da técnica do *overruling*.

Antes, porém, o autor destaca dois questionamentos a serem respondidos para que o poder de modificar a jurisprudência (*overruling*) seja invocado, ponderando cuidadosamente as necessidades de estabilidade e mudança: a) haverá melhoria da regra estampada no precedente atual (*present law improved*)?; b) quais argumentos devem ser levados em consideração para se avaliar esta melhoria na formulação da nova regra (*measuring improvement*)?

Para que o *overruling* ocorra, o magistrado deve formular um novo julgado que incremente a regra adstrita ao precedente. Não basta concluir que o direito previsto no precedente anterior deve ser alterado; é necessário que o julgador do caso em análise seja capaz de formular uma proposição que, ao substituir a anterior, melhore a regra constante no precedente.

Ademais, devem-se ponderar os argumentos que são levados em conta para este melhoramento da regra. São três: justiça, certeza e coerência. Para Thomas da Rosa de Bustamante<sup>268</sup>, tais argumentos devem ser ponderados com o fito de justificar a conclusão de

---

<sup>266</sup> Estes lordes consideraram o uso do precedente como um fundamento indispensável para decidir o que é a lei e sua aplicação a casos individuais. Ele fornece pelo menos algum grau de certeza de que os particulares podem confiar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado das normas jurídicas. No entanto, reconhecem que a adesão rígida demais ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado da lei. Eles propõem, portanto, modificar o precedente e, durante o tratamento de decisões formais desta casa como normalmente vinculativa, se afastar de uma decisão anterior, quando parece ser de direito fazê-lo. Nesse âmbito, devem ter em mente o perigo de perturbar retrospectivamente a base sobre a qual os contratos, liquidação de bens e arranjos fiscais foram celebrados e também a necessidade especial de segurança quanto à lei penal. Este anúncio não tem a intenção de afetar o uso do precedente em outros lugares do que nesta Casa. Disponível em <<http://ojls.oxfordjournals.org/content/10/2/135.extract>>. Acesso em 11/04/2013.

<sup>267</sup> HARRIS, J. W. *Towards principles of overruling — when should a final Court of Appeal second guess?* In: Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 10. Disponível em <<http://ojls.oxfordjournals.org/content/10/2/135.full.pdf>>. Acesso em 11/04/2013.

<sup>268</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 401.

que a revogação da norma contida no precedente irá contribuir para o desenvolvimento do direito, que é o principal parâmetro a ser seguido na análise de manter ou revogar uma norma posta em xeque no caso concreto.

O autor mineiro pontua que todas essas regras constritivas podem ser resumidas em um único princípio: o princípio do *stare decisis*. Como tal princípio impõe aderência aos precedentes judiciais, a modificação de jurisprudência deve ser entendida como uma exceção à regra, o que significa dizer que o primeiro critério de utilização do *overruling* é seu uso esporádico.

Feita esta análise, passa-se ao estudo dos princípios constringentes (*constraining principles*) do *overruling*, observando que tais princípios, em verdade, são diretivas a serem adotadas *prima facie* na utilização do *overruling*, não configurando, assim, critérios absolutos para sua aplicação.

O primeiro princípio constringente<sup>269</sup> (*constraining principle*) é o da ausência de novas razões (*no new reasons*) ou do caráter definitivo das decisões (*finality*). Para que um precedente seja modificado, devem haver novas razões que justifiquem a sua alteração, uma vez que, para a teoria dos precedentes vinculantes, é necessária a existência de decisões definitivas que não permitam o seu rompimento, a não ser que novas razões justifiquem sua revisão. Funciona como uma regra-geral de que a corte não deve revogar seus precedentes meramente equivocados, sendo fundamental que haja novas razões para justificar a mudança.

Acerca deste princípio, Thomas da Rosa de Bustamante<sup>270</sup> diz que uma decisão pode ser considerada incorreta devido a razões estruturais ou porque tais razões são intrinsecamente incorretas. A primeira hipótese ocorre quando alguma razão relevante não foi considerada no julgamento, ao passo que a segunda ocorre quando, embora todas as razões tenham sido levantadas no julgamento do precedente, estas não foram ponderadas de maneira correta.

O segundo princípio é o da confiança justificada (*justified reliance*). O próprio *practice statement* de 1966 afirma o perigo de se perturbar retrospectivamente a confiança criada em

---

<sup>269</sup> HARRIS, J. W. *Towards principles of overruling — when should a final Court of Appeal second guess?* In: Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 10. Disponível em <<http://ojls.oxfordjournals.org/content/10/2/135.full.pdf>>. Acesso em 11/04/2013.

<sup>270</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 398-399.

torno do precedente em vias de ser revogado. Como defende Humberto Ávila<sup>271</sup>, a mudança de jurisprudência provoca um *déficit* de confiabilidade e calculabilidade no ordenamento jurídico, pois gera surpresa e frustração que abalam os ideais de estabilidade e credibilidade próprios do *stare decisis*. Por isso, deve ser medido o grau de confiança depositado no precedente, o que variará de acordo com diversos fatores a serem analisados pormenorizadamente em item próprio deste trabalho.

O terceiro princípio é o do respeito ao legislador (*comity with the legislatur*), e é representado pela reafirmação do precedente pelo legislador. Significa dizer que a corte não deve revogar precedentes quando o legislador atua entendendo que aquele precedente é válido e, por isso, ao trabalhar com o mesmo tema estampado no precedente opta por não reformá-lo, mantendo-o intacto ou reafirmando-o. Trata-se de uma cortesia do Judiciário para com o Legislativo, pois se entende que o legislador avalizou aquele precedente como correto e acertado.

O quarto princípio é o da vinculação ao caso concreto (*mootnes*). Tal princípio tem por escopo evitar discussões e revisões feitas em tese, debates meramente acadêmicos, sem que um caso concreto demande a análise acerca da modificação de um determinado precedente. Para se operar o *overruling* importa que haja uma demanda real; ainda que seja forte o indício de que determinada norma será alterada, isto somente será possível quando chegar à corte um caso concreto que possibilite a alteração do precedente.

Agregado aos princípios limitadores do *overruling*, há de se avaliar uma comum<sup>272</sup> classificação acerca deste instituto. Trata-se do *expressed overruling* e *implied overruling*. O primeiro é de fácil constatação e ocorre quando a corte revoga expressamente um precedente, dizendo que ele não mais regula a situação em questão. Já o *implied overruling* ocorre quando a corte elabora uma decisão que, sem qualquer alusão ao posicionamento jurisprudencial assentado, segue uma direção diferente à regra constante no precedente<sup>273</sup>, como quem dissesse implicitamente que o precedente não mais regula aqueles fatos discutidos no caso concreto.

---

<sup>271</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 471.

<sup>272</sup> Por exemplo, SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 234-335.

<sup>273</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 180.

Contudo, como afirma Thomas da Rosa de Bustamante<sup>274</sup>, merecem repúdio as revogações implícitas e mascaradas de precedentes. Um dos pilares do *stare decisis* é a certeza proporcionada ao jurisdicionado, sendo este um dos fatores que mais contribuem para a formulação da base da confiança. Deixar o jurisdicionado em dúvida acerca de como pautar suas ações não é o objetivo de uma teoria baseada no respeito aos precedentes. Ao contrário, a solidificação da confiança ocorre quando o jurisdicionado acredita na base da confiança, o que mescla confiabilidade e cognoscibilidade do Direito que, por sua vez, é obtida através da publicidade dada aos julgamentos<sup>275</sup>. O jurisdicionado, em regra, é leigo. Se exigir que ele identifique a mensagem implícita de que o um julgamento revogou um precedente é exigir demais daquele de quem se deseja a confiança.

Explica José Rogério Cruz e Tucci<sup>276</sup> que o abandono do precedente exige uma carga de argumentação<sup>277</sup> que supõe não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito, mas também a justificação complementar. Mas não só isso, além de explícita, a revogação deve ser devidamente fundamentada, motivada. Esclarece Daniel Mitidiero<sup>278</sup> que a decisão judicial abre espaço para a promoção da unidade do direito a partir do trabalho desenvolvido por juízes e tribunais, de maneira que é necessária a formulação de um discurso jurídico capaz de assegurar a correta identificação e aplicação dos precedentes judiciais.

Esta carga de argumentação tem completa relação com o princípio da inércia argumentativa, muito bem tratado por Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.<sup>279</sup> quando defende que este princípio impõe duas vertentes de atuação: (a) uma que exige forte ônus argumentativo àquele que

---

<sup>274</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 389.

<sup>275</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 403.

<sup>276</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 180-181.

<sup>277</sup> Neil Duxbury defende que o juiz que quiser se afastar de um precedente é responsável por si mesmo, de maneira que o afastamento de um precedente não pode ocorrer de forma arbitrária, é necessário que os juízes expressem publicamente suas razões, de maneira a convencer que as razões da superação do precedente são especialmente graves ou fortes. (*The basic answer, we have seen, is that judges who wish to depart from precedents are expected to account for themselves: 'the overruling of precedents cannot simply be regarded as arbitrary; judges have, and publish, their reasons' – indeed, judges quite often insist that, if a precedent is to be overruled, the reason for so doing must be especially serious or strong.*). DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 117.

<sup>278</sup> MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial”. In *A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Luiz Guilherme Marinoni (organizador.). Salvador: JusPodivm, 2012, p. 132.

<sup>279</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro*. Revista de Processo, ano 39, vol. 229, março/2014, p.379.

litiga em posição contrária à estampada no precedente, bem como ao magistrado que deseja se afastar da *ratio decidendi* de um precedente, ao decidir caso posterior semelhante; ao passo em que (b) a outra mitiga o ônus argumentativo daquele que advoga na linha do precedente, que reafirma seu entendimento e o aplica a caso semelhante posterior. Este também é o pensamento de Chaim Perelman quando diz:

Cada uma das partes invocará as regras e os precedentes que lhe são favoráveis, procurando mostrar por que os invocados pelo adversário não são aplicáveis ao caso concreto, que é o objeto da lide: vê-se como a apreciação das similitudes e das diferenças é essencial na maioria dos litígios. Observemos, a propósito disso, que o fato de seguir uma jurisprudência constante é suficiente para motivar uma sentença, ao passo que a reforma de uma jurisprudência estabelecida deve ser seriamente motivada. Pois, por causa do grande crédito atribuído à regra de justiça, que ordena o tratamento igual para casos essencialmente semelhantes, são necessárias razões imperiosas para motivar uma reforma de jurisprudência. De fato, mesmo que não sejam obrigadas à regra do *stare decisis*, no direito continental, as instâncias inferiores hesitam em contradizer as instâncias superiores, que poderiam cassar-lhes a sentença, a menos que possam argumentar de modo suficientemente convincente em favor de uma mudança de jurisprudência. Esta é, aliás, a razão pela qual cada uma das partes tem interesse em mostrar ao juiz que a solução que propõe afasta-se o menos possível da jurisprudência tradicional. Ou, caso se afaste, que se insere numa linha de evolução indicada por arestos anteriores. Mas, a cada vez, será necessário mostrar que a solução que se propõe é a mais justa, a mais razoável, que corresponde melhor aos interesses da sociedade.<sup>280</sup>

A confiança é algo demorado a se conquistar. Ninguém confia em quem não se conhece. A confiança não é imposta, é conquistada e, para tal mister, imprescindível é conhecer aquele em quem se deseja confiar. Para que o jurisdicionado confie no Poder Judiciário é necessário que ele o entenda, de forma clara, precisa e em linguagem acessível, o que somente será obtido através da fundamentação da decisão judicial.

Pode-se, então, fazer um paralelo entre o *implied overruling* e as decisões *per incuriam*. Esta ocorre quando o magistrado, no julgamento de uma causa, ignora um precedente obrigatório ou uma lei relacionada ao caso, desde que fique demonstrado que, caso o julgador tivesse conhecimento do precedente ou da lei ignorados, chegaria ele a um resultado diverso daquele alcançado<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 219.

<sup>281</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 393.

Chega-se a tal conclusão pela seguinte razão. Se no *implied overruling* a corte profere uma decisão que modifica um precedente, mas não deixa isto claro, duas são as possibilidades: a) a corte não observou a existência de um precedente acerca do tema; b) a corte percebeu a existência do precedente, mas resolveu revogá-lo, sem, contudo, expressar esta intenção. Ocorre que, enxergar este foro íntimo da corte é algo impossível; por isso, uma decisão que pratica o *implied overruling* sempre poderá ser considerada uma decisão *per incuriam*, já que não fez menção ao precedente e, como este foi modificado implicitamente, significa dizer que, caso fosse observado, o resultado seria do julgamento seria outro.

Ademais, outra questão importante é que as decisões *per incuriam* não constituem precedentes a serem seguidos, justamente porque proferidas na ignorância de um precedente<sup>282</sup>. Disso infere-se então que, sendo a decisão de *implied overruling* uma decisão *per incuriam*, aquela não configurará um precedente a ser seguido e, por consequência, o precedente que se pretendia revogar implicitamente continuará vigente e com força vinculante.

### 3.1.2. *Overriding*<sup>283</sup>

Outra técnica de superação dos precedentes é o *overriding* que, diferentemente do *overruling*, não revoga o precedente, mas tão somente limita ou restringe sua incidência em razão de uma regra que lhe é posterior<sup>284</sup>, o que ocorre diante da necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente firmado<sup>285</sup>. Segundo Celso de Albuquerque Silva<sup>286</sup>, nessa hipótese, o tribunal lida com um tipo de situação que não estava envolvida nos precedentes que estabeleceram a doutrina anterior e, assim, conclui que, dado o desenvolvimento ulterior do ordenamento jurídico que justificava a tese anterior, a situação sob análise deve ser separada para um tratamento diferenciado sob a nova regra.

---

<sup>282</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 147.

<sup>283</sup> Francisco Rosito utiliza outra nomenclatura, *modifyng* da espécie *narrowing*. ROSITO Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 303-304.

<sup>284</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 235.

<sup>285</sup> ROSITO Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 303.

<sup>286</sup> SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 216.



Segundo Luiz Guilherme Marinoni <sup>287</sup>, a distinção que se faz para se deixar de aplicar o precedente em virtude do novo entendimento é compatível com as razões que estiveram à base da decisão que deu origem ao precedente. Continua o professor paranaense dizendo que a distinção feita no *overriding* supõe que o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução. Não há uma ruptura com o entendimento anterior; no *overriding*, o tribunal reconhece o acerto do precedente, mas, diante de novos fatores, reduz sua incidência, criando uma verdadeira exceção à sua aplicação.

Como exemplo desta técnica tem-se o entendimento acerca do poder investigatório do Ministério Público em inquérito criminal, abordado no HC 82.865-GO/2003<sup>288</sup>, de relatoria do ex-ministro Nelson Jobim, que tramitou no Supremo Tribunal Federal. Neste caso, o impetrante pedia a revogação de sua prisão com base em pacífico entendimento de que o Ministério Público não possui legitimidade para atuar como polícia judiciária, determinando a instauração de sindicância para averiguar a prática de ilícitos penais.

Ocorre que este caso versava sobre a prática de crimes contra um menor, dentre os quais atentado violento ao pudor; submeter menor a constrangimento; e fornecer bebida alcoólica. Diante de tal circunstância (crime contra menor), o Supremo Tribunal Federal aplicou a técnica do *overriding*, para excepcionar a incidência do entendimento pacífico quanto à ilegitimidade do Ministério Público quando se tratasse de crime praticado contra menor, sob a justificativa de que a atuação do *parquet*, neste caso, é regulada por lei especial (Estatuto da Criança e do Adolescente - art. 201, inciso VII, da Lei 8.069/1990).

Assim, a Suprema Corte manteve o entendimento de que ao Ministério Público não cabe instaurar inquérito criminal, salvo quando se tratar de crime praticado contra menor. Criou-se, então, uma exceção ao posicionamento anterior, devido a um fato peculiar, mantendo-se o regramento geral intacto.

Como se trata, entretanto, de técnica de superação de precedentes, devem ser adotadas as mesmas cautelas do *overruling*. Afinal, a criação de uma exceção ou a redução de incidência de um precedente não deixa de representar a sua modificação e, por isso, não deixa de

---

<sup>287</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 347.

<sup>288</sup> Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79171> >. Acesso em 07/04/2013.

perturbar aquilo que, em tese, não deveria ser perturbado: a estabilidade do sistema. Assim, as mesmas anotações e observações concernentes ao *overruling* se aplicam ao *overriding*.

### 3.2. TÉCNICA DE SINALIZAÇÃO

Apresentada como técnica de superação de precedente, o *signaling* é, entretanto, segundo Melvin Aron Eisenberg<sup>289</sup>, técnica pela qual o juiz segue um precedente, mas avisa que este não é mais confiável. Com o uso desta técnica, o tribunal inicia a caminhada para a modificação de um precedente que acredita deva ser preservado devido à confiança justificada nele depositada. Acende-se um alerta para o jurisdicionado no intuito de avisá-lo que, em breve, o tribunal modificará seu entendimento acerca de determinada questão.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>290</sup> afirma que, nesta hipótese, o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir; entretanto, em virtude da segurança jurídica e da proteção da confiança, deixa de revogá-lo, fornecendo uma clara mensagem de que em um futuro não tão distante será revogado. Como explica Daniel Mitidiero<sup>291</sup>: “*pela sinalização, a Corte não distingue o caso nem revoga o precedente no todo ou em parte, mas manifesta sua preocupação com a justiça da solução nele expressa*”.

Bruno Garcia Redondo<sup>292</sup> afirma que o *signaling* é o meio-termo entre o *distinguishing* e o *overruling*, já que, por meio dessa técnica, o tribunal nem revoga o precedente e nem faz uma distinção adequada. Na verdade, a distinção aqui é inconsistente, ou seja, forçada, na medida em que o caso é exatamente igual ao precedente, mas em vez de revogar o precedente, promove-se um forçado *distinguishing*, e, ao mesmo tempo, sinaliza-se a mudança de entendimento.

---

<sup>289</sup> *Signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts the profession on notice that the precedent is no longer reliable. By the use of this technique, a court paves the way for overruling a doctrine it believes would otherwise have to be preserved because of justified reliance.* EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 123.

<sup>290</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 335.

<sup>291</sup> MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial”. In *A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Luiz Guilherme Marinoni (organizador.). Salvador: JusPodivm, 2012 p. 137.

<sup>292</sup> REDONDO, Bruno Garcia. *Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação*. Revista de Processo – REPRO, ano 38, vol. 217, março/2013, p. 407.

Tal técnica tem como objetivo preparar o espírito do jurisdicionado que, ciente desta situação, não mais depositará confiança naquele precedente, caso contrário, estará assumindo o risco de fazê-lo. Disso conclui-se que o *signaling* é técnica que precede a modificação da jurisprudência e, por isso, com esta não se confunde. Sinalizar é alertar, e não modificar.

Não que seja um passo necessário à modificação de um precedente, embora seja altamente recomendável, pois abala a confiança justificada que se tem nele, causando descrédito do jurisdicionado perante aquele precedente.

Cumpra observar que este aviso não é um ato formal de alerta. Pode ocorrer de forma explícita ou de forma indireta. Segundo Andrew J. Wistrich<sup>293</sup> a sinalização explícita ocorre quando o tribunal aplica a regra antiga no caso sob julgamento, mas descreve a nova regra e afirma que ela será aplicada aos casos subsequentes. Já na sinalização indireta, a corte não afirma expressamente que está pensando em modificar seu entendimento; o que ocorre, em verdade, são sinais de que o posicionamento vigente está sendo questionado e rediscutido. São sinais de que o que se entendia por pacífico está sendo reavaliado e pode, quem sabe, ser ou não modificado. O *signaling* não é uma promessa de modificação, mas sim uma demonstração de que esta modificação, talvez, ocorra.

Mas já que o *signaling* não modifica a jurisprudência, qual a sua real importância e função para o sistema de precedentes? A doutrina<sup>294</sup> aponta, sobretudo, duas atribuições importantes a este instituto. O primeiro deles é que o *signaling* facilita a modulação de efeitos de um futuro *overruling*, pois demarca com precisão a quebra da confiança justificada que era depositada no precedente. Ao mesmo tempo em que a aplicação desta técnica quebra a confiança justificada, ela a protege. Isto porque o *signaling* representa a preservação do precedente, ainda que seja sinalizada a sua rediscussão ou até contestada a sua correção. Sinalizar, assim, é proteger aquele que confiou no precedente, mas alertar aqueles que ainda não exerceram esta confiança para que não mais confiem no precedente em que a sinalização ocorreu.

---

<sup>293</sup> “‘Explicit signaling’ occurs when a court applies the old rule in the case before it, but describes the new rule and states its intention to apply the new rule in future cases”. WISTRICH, Andrew J. *The evolving temporality of lawmaking*. Connecticut Law Review, vol. 44, fevereiro/2012, p. 769.

<sup>294</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 341-342.

Outra atribuição do *signaling* é fomentar a discussão doutrinária acerca do tema sinalizado. Diante de uma sinalização que contesta um precedente, é natural que a doutrina comece a debater acerca do acerto desta sinalização, é normal que artigos, ensaios e monografias sejam produzidos avaliando os dois lados da situação, a manutenção do precedente ou a sua modificação. O *signaling* incentiva o debate, a fim de que seja melhor avaliado o acerto ou não da modificação de determinada jurisprudência.

É o que defendem Dierle Nunes, Helen Almeida e Marcos Rezende<sup>295</sup>, em artigo no qual se demonstra o papel da doutrina na formação do direito jurisprudencial. Criticando o momento atual pelo qual passa a doutrina, afirmam os autores que a hipertrofia da jurisprudência em que os julgados, ou seus trechos descontextualizados, se tornam os principais fundamentos das novas decisões despreza a função da doutrina. Para eles, não está havendo contribuição, como deveria, da doutrina na aplicação do direito, o que se deve, sobretudo a duas razões: a) a doutrina não está cumprindo a sua função de criar teorias, conceitos, entendimentos, significados sobre as normas e institutos jurídicos, não servindo, assim, de auxílio aos sujeitos do processo no caso concreto; b) os juízes, de forma consciente ou inconsciente, não utilizam a doutrina como contribuição para a formação das decisões, por entenderem que esta colaboração é inexpressiva ou de pouca utilidade.

Mas não pode ser essa a posição ocupada pela doutrina<sup>296</sup>. Ela fomenta, incentiva, agrega e motiva os debates. Sua pesquisa faz girar a roda da evolução, numa busca incessante por novidade e melhoria. A doutrina é, e continuará sendo, a responsável pelo desenvolvimento do direito. Nesse sentido, não é necessariamente o suporte que qualifica uma obra como doutrina. Tanto faz se um escrito está em artigo, livro, internet ou, até mesmo, num voto monocrático. É a forma como se escreve que deve ter a característica de doutrina, através de uma escrita aguçada e não meramente reprodutiva de julgamentos anteriores. Uma escrita crítica e criativa para poder manter o curso do direito sempre avante.

---

<sup>295</sup> NUNES, Dierle; ALMEIDA, Helen; REZENDE, Marcos. *A contribuição da doutrina na (con)formação do direito jurisprudencial: uma provocação essencial*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 232, junho/2014, p. 345.

<sup>296</sup> Em interessantíssimo artigo sobre a utilização da doutrina nas decisões judiciais, o professor baiano Edilton Meireles faz um panorama do direito comparado, demonstrando, por exemplo, a proibição de citar doutrina nas decisões italianas – o que acarreta diversos plágios – e a etiqueta inglesa de não citar autores vivos. MEIRELES, Edilton. *A citação da doutrina nas decisões judiciais no direito comparado*. Disponível em <<http://ediltonmeireles.com/?cat=27>> Acesso em 12/08/2014.

Interessante exemplificação do *signaling* é trazida pelo professor baiano Fredie Didier Jr., em seu editorial de n.º 69<sup>297</sup>, referente ao julgamento do Recurso Especial 1.026.234/DF, que tramitou no STJ sob a relatoria de Teori Albino Zavascki: neste julgamento<sup>298</sup>, o ministro relator entendeu que a aplicação da súmula 343<sup>299</sup> do STF não deveria ser aplicada ao caso concreto, pois, dentre as interpretações controvertidas que vigiam à época do julgamento da decisão que se pretendia rescindir, uma delas era atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, legítimo defensor e protetor do direito infraconstitucional, de maneira que qualquer outra interpretação em conflito com a deste Tribunal não deveria ser considerada. Contudo, tal acórdão foi alvo de embargos de divergência que decidiu pela aplicação da súmula 343 do STF. Apesar do resultado desta decisão, o julgamento sinalizou uma rediscussão acerca da súmula 343, alertando aos jurisdicionados que nela creditavam total confiança que ficassem atentos à rediscussão da matéria. Atribuiu-se, então, uma certa incredulidade ao precedente representado por esta súmula.

Cabe aqui uma ponderação. O *signaling*, como visto, é caracterizado por sinais dados aos jurisdicionados pela corte, no intuito de abalar a confiança depositada em um determinado precedente. Isto pode ocorrer, por exemplo, através da *obiter dicta* como lembra Andrew J. Wistrich<sup>300</sup> para quem a parcela não obrigatória pode servir tanto para esclarecer um assunto complicado ou sinalizar a direção futura da lei, isto é, para qual rumo o entendimento expresso no precedente deve seguir.

Contudo, estes não são os únicos sinais que permitem advertir o cidadão de que deve ser depositada com cautela a confiança em um precedente. Há outros meios para tal fim, como a edição de lei contrária a um precedente ou até mesmo a existência de críticas doutrinárias sérias e de juristas respeitados na comunidade jurídica<sup>301</sup>. Assim, a técnica da sinalização é

---

<sup>297</sup> DIDIER JR., Fredie. Editorial 69. Disponível em: < <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-69/> >. Acesso em 10/08/2014.

<sup>298</sup> Disponível em < [https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=3997630&num\\_registro=200800227411&data=20080611&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=3997630&num_registro=200800227411&data=20080611&tipo=5&formato=PDF) >. Acesso em 10/08/2014.

<sup>299</sup> Súmula 343, STF: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

<sup>300</sup> “Dicta can help future courts by clarifying a complicated subject or signaling the future direction of the law”. WISTRICH, Andrew J. *The evolving temporality of lawmaking*. Connecticut Law Review, vol. 44, fevereiro/2012, p. 768.

<sup>301</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 492.

feita pelos tribunais, mas não é o único meio de dar sinais ao cidadão acerca da possibilidade de revogação de um precedente.

#### 4. EFEITOS DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

É lugar comum<sup>302</sup>, na análise do tema, a afirmação de que a modificação de precedentes possui eficácia retrospectiva e, excepcionalmente, prospectiva. Nesse sentido, cumpre registrar, desde logo, que falar em efeitos da superação de precedentes é, necessariamente, falar de controle de constitucionalidade<sup>303</sup>. Isto porque, é no âmbito do controle de constitucionalidade que se encontram os maiores estudos acerca dos efeitos da superação de entendimentos, sobretudo no direito norte americano (*common law*), maior influenciador no Brasil do controle difuso de constitucionalidade<sup>304</sup>.

A declaração de inconstitucionalidade, assim como a superação de precedentes, embora não signifiquem a mesma coisa, atingem o mesmo alvo, já que abalam uma estrutura presumidamente, e respectivamente, constitucional e confiável; uma estrutura sólida. Por isso que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são os mesmo estudados pela superação dos precedentes; a diferença é que aquela modifica (declara inconstitucional) a lei, enquanto que a alteração de jurisprudência modifica um precedente, um entendimento anterior.

Foi o direito americano que criou o controle difuso/incidental de inconstitucionalidade<sup>305</sup> por meio do *judicial review of legislation*, estampado no clássico *leading case* de 1803<sup>306</sup>,

<sup>302</sup> Exemplos de autores que assim entendem: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 460. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 420. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 329. MARIANO, Cyrana Monteiro. *Controle de constitucionalidade e ação rescisória em material tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 29.

<sup>303</sup> Hermes Zaneti Jr. trata da imprescindibilidade da relação entre processo e Constituição em sua tese de doutorado. ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo : a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10183/4525>>. Acesso em 15/08/2014.

<sup>304</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 507.

<sup>305</sup> Mauro Cappelletti trabalha muito bem esta evolução histórica, afirmando que antes de ter sido posto em prática o *judicial review of legislation* nos Estados Unidos da América, nada parecido tinha sido visto. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 46.

<sup>306</sup> “No final de 1801, antes do término de seu mandato, o Presidente norte-americano John Adams apontou William Marbury para um cargo no judiciário federal norte-americano. O novo Presidente, Thomas Jefferson, do partido rival, assumiu antes que William Marbury tomasse posse e recusou a sua nomeação ao cargo de juiz federal. Inconformado, Marbury demandou James Madison, secretário de Estado de Thomas Jefferson, na Suprema Corte, a fim de que o Judiciário ordenasse Jefferson a nomeá-lo magistrado federal. James Madison simplesmente não contestou o pedido, ignorando que a matéria estivesse pendente no Judiciário. O Presidente da

*Marbury v. Madison*<sup>307</sup>. Neste julgamento, o *Chief Justice* John Marshall deu vida<sup>308</sup> ao artigo VI, cláusula 2ª, da Constituição dos Estados Unidos da América, que estabelecia o princípio da supremacia da constituição e dizia:

---

Suprema Corte, John Marshall, que havia sido secretário de Estado de John Adams, foi colocado em situação difícil, pois, se determinasse que Marbury fosse empossado, não teria como implementar o comando e a Suprema Corte ficaria desmoralizada; por outro lado, o mesmo Tribunal ficaria desmoralizado se desse razão a Jefferson, que tinha ignorado a demanda. Diante deste impasse, John Marshall, após criticar Jefferson e a política de seu partido, considerou inconstitucional (nulo) o Ato Judiciário de 1799, que fundamentava a pretensão de Marbury. Em outras palavras, Marshall deu razão a Marbury, mas considerou que seu pedido estava calcado em regra inconstitucional. Com isto, não enfrentou o Presidente Thomas Jefferson, salvou a Suprema Corte do descrédito e deu início ao controle de constitucionalidade nos Estados Unidos”. CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento”. In *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr [coordenador] Salvador: JusPodivm, 2008, p. 145.

<sup>307</sup> Georges Abboud e Rafael Tomas de Oliveira entendem que o principal antecedente para a criação do *judicial review* é o caso *Bonham* (*Bonham's case – The College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham*), no qual atuou o Sir. Edward Coke. Para os autores: “Antes de se examinar o que foi decidido no caso *Bonham*, é imprescindível examinar seu antecedente histórico que é a doutrina *Jenkins* (*Jenkins Doctrine*). Tanto o caso *Jenkins* quanto o *Bonham* são oriundos de conflitos judiciais envolvendo o Colégio de Médicos da Inglaterra, instituição criada pelo *Lord Cancellor Card Wolsey*, em 1518, sob o reinado de Enrique VIII. O Colégio de Médicos era a instituição responsável pela concessão de licença para a prática da medicina. Em 1540, foi promulgada pelo Parlamento inglês a lei (*Act of Parliament*) que concedeu amplos poderes para o Colégio. A partir dela, o Colégio de Médicos, além de admitir e expulsar sócios, passou a poder apenar com prisão os infratores que praticassem medicina sem licença ou fizessem mau uso dela, mantendo-os presos durante o tempo que considerasse oportuno. O Colégio de Médicos era uma instituição que não possuía vínculo com nenhuma Universidade e durante o século XVI utilizou de seus generosos poderes, conferidos pelo *Act of Parliament* de 1540, para perseguir diversos médicos. Um desses médicos foi Roger *Jenkins*, que havia recusado se submeter à autoridade do Colégio, o qual, imediatamente, determinou sua prisão. Em seguida, *Jenkins* impetrou *habeas corpus*, a fim de obter sua liberdade provisional para o tribunal (*Common Pleas*). O mérito do *habeas corpus* foi julgado pelo *Chief Justice Popham* que decidiu a favor do Colégio de Médicos, afirmando que ele teria competência suficiente para decretar a prisão dos infratores, afirmando, ainda, que os tribunais não poderiam decidir sobre a liberdade dos infratores, mas tão somente apreciar as formalidades da decisão do Colégio dos Médicos. O Colégio de Médicos negou o pedido. Em seguida, Thomas *Bonham* quando convocado, apresentou respostas que foram consideradas impertinentes pelo Colégio e exerceu a medicina por algum tempo, sem a devida autorização para tanto. A atitude de *Bonham* lhe rendeu multas impostas pelo Colégio de Médicos. Além das multas, após comparecer perante o presidente do Colégio (Henry Atkins), *Bonham* contestou a autoridade do Colégio e afirmou que essa instituição não teria poder contra os universitários graduados em medicina. Em seguida, *Bonham* foi preso por desacato em *Newgate*. Após a prisão, em menos de uma semana, o advogado de *Bonham* conseguiu obter *habeas corpus* no tribunal (*Common Pleas*), presidido agora pelo chefe de justiça, *Edward Coke*. Entretanto, a concessão desses *habeas corpus* contrariava o que havia sido estabelecido na *Jenkins Doctrine*. O Colégio de Médicos, após consultar comitê seletivo de juizes e por estar plenamente confiante no precedente *Jenkins*, resolveu levar o assunto para os tribunais do *common law*. A lide travada entre *Bonham* e o Colégio de Médicos foi instaurada no tribunal (*Common Pleas*) com a presidência de *Coke*. Nesse processo, *Bonham* reclamava cem libras a título de danos particulares em razão de *false imprisonment* por parte do Colégio de Médicos. Ocorre que texto da Lei de 1540 era claro em estabelecer possibilidade de o Colégio de Médicos apenar quem exercesse medicina sem licença (prática ilícita) ou fizesse mau uso dela (*malpraxis*). A lei também outorgava ao Colégio a possibilidade de realizar prisões. Por sua vez, *Bonham* defendia seu ponto de vista com fundamento no espírito da lei. Afirmava que a lei tinha a intenção de prevenir práticas médicas incorretas, que seriam as realizadas por impostores. Todavia, ele era médico formado na Universidade de Cambridge e, por possuir título universitário estaria isento da jurisdição e fiscalização do Colégio de Médicos. Paralelamente ao julgamento no tribunal do *common law*, o caso foi decidido pelo tribunal do *King's Bench* no dia 03.02.1609. *Bonham* foi condenado por prática ilícita de medicina e condenado a pagar sessenta libras. Por não ter essa quantia, foi decretada sua prisão. Após um ano, o caso foi decidido a favor de Thomas *Bonham* pelo tribunal (*Common Pleas*). A votação foi por maioria, três votos favoráveis e dois contra. Sendo assim, foi modificada a *Jenkins Doctrine*. Esse ponto é importante para evidenciar a flexibilidade interpretativa inerente ao *common law*.” ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 229, março/2014, p. 436-438.



*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.*<sup>309</sup>

Em tal tipo de controle, os atos ou omissões do poder público têm sua constitucionalidade controlada no curso de uma demanda judicial concreta, por qualquer juiz ou tribunal<sup>310</sup>. Assim, a alegação de inconstitucionalidade de qualquer conduta estatal pode ser aventada, incidentalmente, num processo, por qualquer das partes envolvidas nesta controvérsia, independentemente do órgão ou grau de jurisdição a que pertença o juízo competente para julgar o caso em tela. Como bem alerta o magistrado baiano Dirley da Cunha Jr., a celeuma acerca da constitucionalidade de um ato ou omissão é questão prejudicial no processo, isto é, deve ser apreciada anteriormente à própria resolução do conflito, podendo, inclusive, vincular o resultado deste. Trata-se de um antecedente lógico.

O entendimento clássico, quanto aos seus efeitos, é de que a decisão que entende por inconstitucional um ato é retroativa. E isto se deve, sobretudo, ao princípio da nulidade da lei inconstitucional, defendido pela doutrina norte americana, a qual, desde o caso *Marbury v. Madison*, considera nulo o ato contrário a Constituição<sup>311</sup>. Há entendimento de que a lei inconstitucional, pelo simples fato de sê-la, não pode admitir a produção de efeitos, sob pena de legitimar a assertiva de que uma lei contrária à Constituição superou-a. No Brasil, por influência direta dos Estados Unidos, sempre prevaleceu este entendimento da retroação sem reservas dos efeitos decorrentes da nulidade<sup>312</sup>, representado pelo brocardo *quod nulum est, nullum effectum producit*.

Pecava, entretanto, o direito norte-americano por somente prever o controle de constitucionalidade pela via difusa/incidental. O direito austríaco enxergava defeitos nesta

---

<sup>308</sup> Luís Roberto Barroso entende que o *judicial review*, apesar da previsão normativa, foi uma construção da corte. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 51.

<sup>309</sup> Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados. Merriam-Webster's Dictionary of law. 1996, p. 626.

<sup>310</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 310.

<sup>311</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 319.

<sup>312</sup> MARIANO, Cynara Monteiro. *Controle de constitucionalidade e ação rescisória em matéria tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 27.

modalidade: como explica Hans Kelsen<sup>313</sup>, a possibilidade de todo e qualquer juiz controlar a constitucionalidade fazia com que entendimentos diversos fossem desenvolvidos, muitos deles em conflito entre si. Outro fator objeto de crítica era que a declaração de inconstitucionalidade incidental não expurgava a lei do sistema, apenas não a aplicava naquele caso concreto, sequer as decisões da corte mais alta (*Oberster Gerichtshof*) vinculava as demais. Diante da constatação de tais problemas, foi incorporado à Constituição Austríaca de 1920 um controle concentrado de constitucionalidade, o que seria feito pela Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), à qual foi atribuída a análise da constitucionalidade das leis, conferindo-lhe o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional não somente no caso concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros.

Para Hans Kelsen<sup>314</sup>, não poderia haver validade em uma lei que não atendesse à Constituição, pois a validade da lei seria a própria Constituição. Por isso, diferentemente dos americanos, os austríacos, em seu controle de constitucionalidade concentrado, atribuíram efeito *ex nunc* à declaração. Segundo Mauro Cappelletti<sup>315</sup>, a justificativa era a de que, até que a lei fosse tida por inconstitucional, o que ocorria com a publicação da decisão, não poderia ela ser tida como tal, já que se tratava de um ato praticado pelo legislativo, o qual também estava autorizado a interpretar a Constituição, ainda que estivesse sujeito ao controle de constitucionalidade. Assim, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade eram *ex nunc* podendo, inclusive, ser adiados por até um ano, prazo este que tinha por escopo permitir ao legislativo substituir a lei impugnada por uma nova lei, desta vez, constitucional.

Havia apenas uma exceção para este efeito padrão: o caso concreto que originou esta declaração de inconstitucionalidade. Teoricamente, o caso concreto que serve de base para a discussão da inconstitucionalidade de uma lei é anterior à anulação desta lei. Por isso, segundo a regra geral, não deveria ser beneficiada pela decisão; mas, em verdade, ocorre justamente o contrário, pois o caso que originou a anulação da lei se beneficia desta decisão, configurando, assim, um efeito *ex tunc* a excepcionar o regramento geral.

---

<sup>313</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 304-305.

<sup>314</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. 7.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 300.

<sup>315</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 120-122.

A diferença de resultados observada nos dois sistemas reside na divergência quanto à nulidade ou à anulação da norma inconstitucional<sup>316-317</sup>. No sistema americano, a lei inconstitucional – na medida em que contrária a uma norma superior – é considerada absolutamente nula e, por isso, ineficaz, de forma que o juiz, nesta hipótese, não anula a lei, simplesmente declara uma nulidade que sempre existiu. Já no sistema austríaco, há a anulação da lei inconstitucional, de forma que, até o momento em que esta seja decretada, a lei é válida e eficaz.

Em Portugal, onde é adotado o sistema misto, a matéria é regulada pelo art. 282<sup>318</sup> da Constituição do país, que estabelece a nulidade da lei declarada inconstitucional. Por meio desta norma, a Carta Magna portuguesa estabelece quatro regras: a) a regra geral é o efeito *ex tunc*; b) se a inconstitucionalidade advém de uma lei anterior à Constituição, a declaração de inconstitucionalidade somente produzirá efeitos após a entrada em vigor da norma fundamental; c) é proibida a retroação dos efeitos decorrente da declaração de inconstitucionalidade aos casos transitados em julgados; d) mediante fundamentação adequada e baseada na segurança jurídica e no interesse público, pode a declaração de inconstitucionalidade ter seus efeitos modulados.

Todavia, como alerta Kildare Gonçalves Carvalho<sup>319</sup>, nos Estados Unidos da América, desde o caso *Linkletter v. Walker*<sup>320</sup>, de 1965, vem se entendendo que cabe ao Poder Judiciário, em

<sup>316</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 115-116.

<sup>317</sup> Antonio Carlos Ferreira de Souza Júnior adverte “[...] que o problema não está em estabelecer *a priori* qual a sanção que deve ser aplicada para norma eivada do vício da inconstitucionalidade, visto que não discordamos da posição dominante no direito brasileiro, onde a regra geral para o caso da inconstitucionalidade da norma é a sanção de nulidade (= desconstituição da eficácia produzida pela norma inválida perante o sistema) com efeitos *ex tunc*, mas sim a equiparação entre lei nula e lei inexistente, comumente utilizada pelos adeptos da teoria da nulidade da nulidade do ato normativo inconstitucional”. SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos Ferreira de Souza. “A decisão de inconstitucionalidade: um diálogo entre Pontes de Miranda e Marcelo Neves”. In: *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Roberto P. Campos Gouveia Filho [coordenadores]. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 149.

<sup>318</sup> Artigo 282.º Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última. 3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em 06/08/2014.

<sup>319</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 452.

<sup>320</sup> Este caso é bem explicado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, em seu voto-vista do Habeas Corpus 82.959, que assim escreveu: “Nos próprios Estados Unidos, a decisão tomada em *Mapp versus*

cada caso, a valoração da situação concreta para decidir acerca da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade “à consideração de que a Constituição nem proíbe nem reclama efeito retroativo da desconstituição do ato inconstitucional”. A partir de então, possibilitou-se ao julgador atribuir efeitos *ex nunc* - ou prospectivos - à decisão.

Thomas da Rosa Bustamante atribui ao realismo jurídico esta nova fase. Diz o autor:

O rigor da teoria da Suprema Corte sobre a nulidade *ipso iure*, necessariamente com efeitos *ex tunc*, foi, porém, gradualmente substituído por um pragmatismo que dominou o cenário no Constitucionalismo norte-americano do século XX e fundamentou, sobre o edifício do Realismo Jurídico, a tese de que o Judiciário tem amplos poderes para determinar o momento a partir do qual devem surtir efeito as decisões ab-rogatórias do *case law*<sup>321</sup>.

No mesmo sentido, Pamela J. Stephens<sup>322</sup> também defende que a doutrina da não retroatividade é datada da década de sessenta com a corte Warren<sup>323</sup>, já que pela primeira vez a corte reconheceu um poder geral de aplicar suas decisões prospectivamente<sup>324</sup>. Até então,

---

Ohio, 367 U.S. 643 (1961), posteriormente confirmada em *Linkletter versus Walker*, 381 U.S. 618 (1965), a propósito da busca e apreensão realizada na residência da Sra. Dollree Mapp, acusada de portar material pornográfico, em evidente violação às leis de Ohio, traduz uma significativa mudança da orientação até então esposada pela Corte Suprema. A condenação de Dollree Mapp foi obtida com base em evidências obtidas pela polícia quando adentraram sua residência, em 1957, apesar de não disporem de mandado judicial de busca e apreensão. A Suprema Corte, contrariando o julgamento da 1.ª Instância, declarou que a ‘regra de exclusão’ (baseada na Quarta Emenda da Constituição), que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilegais nas Cortes federais, deveria ser estendida também às Cortes estaduais. A decisão provocou muita controvérsia, mas os proponentes da ‘regra de exclusão’ afirmavam constituir esta a única forma de assegurar que provas obtidas ilegalmente não fossem utilizadas. A decisão de Mapp v. Ohio superou o precedente *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), tornando a regra obrigatória aos Estados, e àqueles acusados, cujas investigações e processos não tinham atendido a estes princípios, era conferido o direito de habeas corpus. Em 1965, a Suprema Corte americana julgou o caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, no qual um condenado por arrombamento na Corte de Louisiana requereu o direito de habeas corpus, com fundamento na decisão do caso Mapp v. Ohio. A Suprema Corte decidiu contrariamente à aplicação retroativa da norma, naqueles casos que tiveram o julgamento final antes da decisão proferida em Mapp.”

<sup>321</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, P. 416.

<sup>322</sup> STEPHENS, Pamela J. *A nova doutrina da retroatividade: igualdade, confiança e stare decisis*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 13.

<sup>323</sup> Trata-se da era em que a corte americana foi presidida pelo juiz da ala liberal Earl Warren, iniciando-se em 1953 e findando-se em 1969. Durante este período, a Suprema Corte Americana defendeu uma nova maneira de tratar a jurisdição constitucional: agindo com base em presunções acerca do funcionamento do processo político democrático, a Corte determina qual espécie de padrão de controle será apropriado para o caso em suas mãos. Foi Warren que presidiu julgamentos históricos que até hoje servem de referência, tal como o caso da *Brown v. Board of Education*, de 1954, na qual foi reputada inconstitucional a segregação racial predominante nas escolas públicas no Sul dos Estados Unidos. MORO, Sergio Fernando. *A Corte Exemplar: considerações sobre a Corte de Warren*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001, p. 359-341.

<sup>324</sup> John Hart Ely afirma que o modo de agir da Corte Warren foi precedido pela famosa nota de rodapé número quatro do caso *United States vs. Carolene Products Co.* datado de 1938. Nela, o voto do juiz Stone, embora reconhecesse a presunção de constitucionalidade de todo e qualquer ato advindo do legislativo, defendeu que, em determinadas hipóteses, ela poderia ser afastada. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 100-101

imperava a doutrina da retroatividade, que pode ser muito bem explicada pelo pensamento de Ronald Dworkin<sup>325</sup>, o qual defendia que, mesmo nos casos difíceis, cabia ao juiz desvendar quais eram os direitos das partes, e não de “inventar novos direitos retroativamente”. Para o autor americano, não existia um novo direito que se aplicasse ao passado, mas sim um direito do passado que ainda não havia sido revelado, desvendado, descoberto.

As decisões judiciais deveriam ser revogadas não porque não exprimiam a melhor interpretação, ou porque as circunstâncias sociais haviam modificado, ou porque não estavam atualizadas com uma determinada tecnologia. Não era nada disso. À época, esta mudança ocorria com a certeza de que o pensamento anteriormente exposto no precedente não expressava a melhor interpretação e que, agora sim, com o novo entendimento estar-se-ia revelando o verdadeiro sentido da norma. É como se o entendimento anterior estivesse errado, equivocado e o novo estivesse correto.

Explica Eduardo Appio<sup>326</sup> que este era o modelo de Blackstone<sup>327</sup>, que utilizava a teoria declaratória, não permitindo a ideia de que os juízes criavam o direito<sup>328</sup>. Para ele, o direito

<sup>325</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

<sup>326</sup> APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 73-76.

<sup>327</sup> Steven W. Allen avaliando a história da retroatividade afirma que: “*The concept of the retroactive operation of court decisions derives from the fundamental principle of Anglo-American jurisprudence that courts have ‘jurisdiction only to declare the law [and] not an authority to make it.’ The principal is sometimes called the ‘declaratory theory of adjudication,’ or simply the ‘Blackstonian view’ from lord Blackstone’s statements that judges are ‘not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one,’ and that when courts are called upon to overturn an existing precedent, they ‘do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation.’ In fact, this principle was established well before Blackstone. Lord Coke, more than a century earlier, wrote that ‘[i]t is the function of a judge not to make, but to declare the law, according to the golden mete-wand of the law and not by the crooked cord of discretion.’” (O conceito da operação retroativa das decisões dos tribunais deriva do princípio fundamental da jurisprudência anglo-americana, no qual os tribunais têm “competência apenas para declarar a lei e não a autoridade para fazê-la.” As vezes ele é chamado de “teoria declaratória de julgamento,” ou simplesmente a “visão Blackstoniana” das declarações do Lord Blackstone, na qual os juízes são “não delegados pronunciar uma nova lei, mas sim para manter e expor a antiga,” e que, quando os tribunais são chamados a derrubar um precedente existente, eles “não pretendem fazer uma nova lei, mas sim para vindicar o seu real significado.” Na verdade, este princípio foi estabelecido bem antes Blackstone. Lord Coke, mais de um século antes, escreveu que “é a função do juiz não criar, mas sim declarar a lei, descobrindo seu real sentido”). ALLEN, Steven W. *Toward a unified theory of retroactivity*. New York Law School Law Review, vol. 54, 10/2009, p. 107.*

<sup>328</sup> Analisando as vantagens e desvantagens deste modelo, Lyn S. Entezroth afirma que: “*There are significant advantages to this Blackstone model. For example, the Blackstone model provided a straightforward and simple rule: judicial decisions apply retroactively. Also, the concept that judges do not create law seems in accord with the principles of stare decisis and the evolution of common law, that is, that judges are bound by precedent in crafting their decisions. As Justice Thurgood Marshall noted, adherence to precedent and the slow building of judicial doctrine permits society to presume that bedrock principles are founded in the law rather than in the proclivities of individuals, and thereby contributes to the integrity of our constitutional system of government, both in appearance and in fact. [...] Nonetheless, the Blackstone model of legal interpretation and change has shortcomings. In particular, the Blackstone model seems to show little regard for the parties’ expectations,*

era constante, atemporal; a atual decisão era sempre a justa; decisões inconsistentes anteriores são, e sempre serão, incorretas. Não havia espaço para se questionar retroatividade ou prospectividade, já que a “old law” and “new law” are necessarily the same (a “lei velha” e a “nova lei” são necessariamente as mesmas)<sup>329</sup>.

Em oposição à teoria declaratória, surge a teoria positivista do precedente aduzindo que os precedentes representam regras gerais autoritárias. Contudo, como explica Neil Duxbury<sup>330</sup>, por esta teoria o precedente não estaria apto a produzir efeitos vinculantes, uma vez que eles não seriam descritos como leis, mas sim como evidências da maneira com que o juiz interpretou a lei. Ademais, só teria cabimento tal entendimento se houvesse uma sanção prevista a ser aplicada ao juiz que ignorasse um precedente.

A teoria declaratória, por seu turno, também não ficou imune às críticas<sup>331</sup> e, por volta da década de cinquenta, é admitida a criação de direitos derivados da Constituição. Mas, ainda

---

*which can create serious practical problems when the court unexpectedly changes society's understanding of the law. On a more fundamental level, Blackstone's idea that judges discover rather than create the law may not satisfactorily reflect the complete function of the courts. Indeed, a number of modern scholars and jurists reject the idea that judges simply discover the law and have no role in the creation of law.”* (Há significativas vantagens para este modelo de Blackstone. Por exemplo, trata-se de uma regra direta e simples: as decisões judiciais são aplicadas retroativamente. Além disso, o conceito de que o juiz não cria a lei parece de acordo com os princípios do *stare decisis* e da evolução do direito comum, isto é, que os juízes estão vinculados aos precedentes na elaboração de suas decisões. Como o juiz Thurgood Marshal observou, a adesão ao precedente e construção lenta da doutrina judicial permite a sociedade presumir que o princípio fundamental é fundado na lei e não nas inclinações individuais, contribuindo assim para a integridade do nosso sistema constitucional de governo, tanto na aparência quanto na realidade. [...] No entanto, este modelo tem deficiências, pois parece mostrar pouca consideração com as expectativas das partes, que podem criar sérios problemas práticos quando o tribunal muda inesperadamente um entendimento consolidado. Em um nível mais fundamental, a ideia de Blackstone de que o juiz não cria o direito pode não refletir de forma satisfatória a função completa dos tribunais. Na verdade, uma série de estudiosos modernos e juristas rejeitam a ideia de que os juízes simplesmente descobrem o direito e não têm nenhum papel criativo.) ENTEZROTH, Lyn S. *Reflections on fifteen years of the Teague v. Lane retroactivity paradigm: a study of the persistence, the pervasiveness, and the perversity of the court's doctrine*. New Mexico Law Review. Vol 35, 2005, p. 164.

<sup>329</sup> *Instead, the Blackstonian model takes law as a timeless constant, always (optimistically) assuming the correctness of the current decision. Prior inconsistent decisions are and always were incorrect. The consequence of this idea of law as an apotheosized immutable is that the concept of retroactivity has no place; "old law" and "new law" are necessarily the same.* ROOSEVELT III, Kermit. *Little theory is a dangerous thing: the myth of adjudicative retroactivity*. Connecticut Law Review, vol. 31, 1999, p. 1082.

<sup>330</sup> *“For the classical legal positivist, however, the idea that precedents bind future decision makers is intelligible only if there is a stipulated doctrine or sanction which will be prima facie applicable to those decision-makers when they ignore precedents. Without such a doctrine or sanction, it is unclear how one decision can be said to require another [...] Precedents, therefore, are best described not as law but as evidence of how judges have interpreted the law”.* DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 16-17.

<sup>331</sup> Aline Hadad Ladeira e Alexandre Melo Franco Bahia explicam que os críticos diziam que esta teoria sozinha também não justificava o efeito vinculante do precedente, pelo contrário, poderia culminar em abstenção de responsabilidade dos julgadores, além de colocar em xeque os precedentes como um direito retrospectivo e antidemocrático. LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *O precedente judicial em paralelo*

aqui, na hipótese de revogação de precedentes, os efeitos eram retroativos, sob a justificativa de que o caso deve ser regulado pela lei vigente à época da decisão.

É neste ambiente que a Corte Warren encerra esta retroatividade indiscriminada, quando afirma, em apertada síntese, que os litigantes teriam direito a serem julgados por suas condutas de acordo com as regras previstas à época em que elas foram praticadas, e não quando do julgamento. Assim, as pessoas poderiam pautar seus atos com aquilo que podem prever, que podem mensurar. Não ficariam ao sabor do futuro.

A não-retroatividade passa a representar a segurança jurídica, a não surpresa e a preservação das condutas, até então, tidas como corretas. Na linguagem popular, esta modalidade de efeitos pode ser representada pelo seguinte brocardo: “uma lei para o futuro é impessoal, mas uma lei para o passado é pessoal”. Isto quer dizer que o quanto se projeta para o futuro não tem alvo certo, atingirá a todos indistintamente, já a retroação ao passado terá alvos selecionados, que agiram sem saber que poderiam ser afetados por um futuro e desconhecido efeito.

Para se ter uma ideia do quão instável é esta questão, Misabel Abreu Machado Derzi<sup>332</sup> enumera quatro fases da jurisprudência norte-americana. no que diz respeito a esses efeitos. e capazes de representar a tormenta pela qual o assunto passa ao longo da história. Numa primeira fase, prevalecia a regra clássica da retroatividade das decisões que declarassem a inconstitucionalidade ou modificasse jurisprudências. Em seguida, na segunda fase<sup>333</sup>,

---

*a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico.* Revista de Processo – REPRO, São Paulo, ano 39, vol. 234, agosto/2014.

<sup>332</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar.* São Paulo: Noeses, 2009, p. 505-521.

<sup>333</sup> Esta segunda fase é muito bem desenhada por Bradley Scott Shannon, no qual demonstra as idas e vindas da Suprema Corte Americana acerca dos efeitos de suas decisões. Em seu artigo ele dedica um capítulo chamado *a summary of Supreme Court retroactivity/prospectivity doctrine*, no qual o autor relata a evolução dos efeitos prospectivos nos Estados Unidos através da análise de sete importantes julgamentos: (i) *Linkletter v. Walker* (1965). Tratava-se de habeas corpus em que se analisava se a decisão anterior tomada no caso *Mapp v. Ohio* deveria servir de justificativa para relativizar a coisa julgada de uma decisão consolidada anteriormente a *Mapp*. A questão jurídica em debate era a utilização de provas obtidas ilícitamente através busca e apreensão de documentos feitas na residência dos réus sem mandado judicial. Em *Mapp v. Ohio* ficou decidido que não seria correta a utilização de tais provas. Decidindo o caso *Linkletter v. Walker* o tribunal entendeu que a regra de *Mapp v. Ohio* não se aplicaria aos casos que já tivessem transitado em julgado antes desta decisão.), (ii) *Chevron Oil Co. v. Huson* (Este é o caso de referência de efeitos prospectivos no direito civil e no qual ficou decidido que o precedente da Suprema Corte *Rodrigue v. Aetna Casualty & Surety Co.* não se aplicaria ao caso de *Huson*, pois somente teria efeitos prospectivos O caso *Chevron Oil Co. v. Huson* ocorreu anteriormente ao *Rodrigue*, sendo que este impôs limitação imposta pelo prazo de um ano sobre ações de danos pessoais, mas como o julgamento foi posterior a configuração do fato no caso *Chevron Oil Co. v. Huson* esta limitação não se aplicou a este.); (iii)

iniciada timidamente por volta de 1932, uma nova etapa surge e é denominada de *prospective overruling*, criada para atenuar os efeitos da superação de um precedente anteriormente firmado, sendo os efeitos gerados *ex nunc* ou para o futuro. Em uma terceira fase, ocorrida a partir de 1993, há uma retomada da primeira fase, de forma a manter a plena retroatividade dos efeitos. E por último, a quarta fase, que está se desenvolvendo no momento e é capitaneada por alguns Estados, os quais, contrariamente à atual tendência da Suprema Corte, atribuem efeitos prospectivos, valendo-se, sobretudo, da proteção da confiança<sup>334</sup>.

Já no Brasil, observa Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior<sup>335</sup>, a Constituição Federal de 1988 não tratou expressamente da questão referente aos efeitos, apenas referindo-se à natureza declaratória da ação de inconstitucionalidade, num declarado sinal do acolhimento da teoria norte-americana. Lembra, ainda, Luis Roberto Barroso que não há qualquer regra explícita autorizando os órgãos do Poder Judiciário a deixar de dar efeito retroativo ao reconhecimento de inconstitucionalidade<sup>336</sup>.

---

*United States v Johnson, Griffith v Kentucky* (1987. No caso *United States v. Johnson* a Suprema Corte mudou o pensamento acerca da retroatividade e concluiu que a análise acerca da retroatividade deveria ser diferente entre condenações transitadas em julgado e entre condenações não transitadas em julgado ao tempo da nova decisão. Já no caso *Griffith v Kentucky*, a Corte decidiu que a nova que uma nova interpretação aplicável a casos criminais, deve ter efeitos retroativos em qualquer caso pendentes de recurso ou não transitados em julgado, ainda que o novo entendimento constitua uma clara ruptura com o passado.); (iv) *Teague v. Lane* (1989. Neste caso, questionou-se à Suprema Corte se a composição justa do júri (fair cross-section) também se aplicava ao petit jury, mas esta questão não se resolveu devido a divergências dos membros, tendo prevalecido a sugestão do juiz Harlan que no julgamento de habeas corpus, aplica-se o direito vigente à época em que a condenação transitou em julgado.); (v) *American Trucking Associations, Inc. v. Smith* (1990. Referiu-se a devolução dos valores pagos a um pedágio no Estado do Arkansas, cuja lei que o implementou foi declarada inconstitucional. Ficou decidido que não ocorreria a invalidade da cobrança ocorrida antes da declaração de inconstitucionalidade ocorrida no caso *Sheiner.*); *James B Beam Distilling Co. v Georgia* (1991. Neste caso houveram cinco opiniões distintas acerca dos efeitos da decisão. Trata-se de saber se a decisão tomada no caso *Bacchus Imports, Ltd. v. Dias* que declarou a inconstitucionalidade de um determinado imposto (*excise tax*) do Estado do Havaí sobre a importação de álcool, deveria ser aplicado a uma lei quase idêntica do Estado da Georgia, o qual alegou que deveria ser dado efeitos prospectivos como no caso *Chevron Oil Co. v Huson*. Contudo, a Suprema Corte entendeu que deveria fazer retroagir os efeitos, sob a justificativa de que os princípios da igualdade e do *stare decisis* prevalecem sobre qualquer pretensão baseada na análise do caso *Chevron Oil Co. v Huson.*); *Harper v. Virginia Department of Taxation* (1993. Neste caso foi considerada a aplicação retroativa da decisão de *Davis v. Michigan Department of Treasury*, sob a justificativa de que a aplicação da interpretação de direito federal às partes do processo exige que seja dado efeito retroativo a esta decisão). SHANNON, Bradley Scott. *The retroactive and prospective application of judicial decisions*. Harvard Journal of Law & Public Policy, 2003, p. 816-832.

<sup>334</sup> Segundo Bradley Scoot Shannon, já em 1995, houve novo julgamento em que os efeitos prospectivos vieram a baila no caso *Reynoldsville Casket Co. v. Hyde*, em que se queria dar efeitos retroativos a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Ohio julgada no caso *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.*, objetivo este que não foi atingido. SHANNON, Bradley Scott. *The retroactive and prospective application of judicial decisions*. Harvard Journal of Law & Public Policy, 2003, p. 832-833.

<sup>335</sup> ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedents dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 185.

<sup>336</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*. Disponível em



Como anotado, o direito processual civil brasileiro ainda é tímido para modular efeitos em superação de precedentes, embora tenha feito esta modulação, cada vez mais frequentemente, em casos de controle de constitucionalidade. O exemplo mais emblemático de tal modulação, em razão da brilhante fundamentação do voto do Ministro Gilmar Mendes, é encontrado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240, que declarou inconstitucional a Lei 7.619/00 do Estado da Bahia, que criara o Município de Luís Eduardo Magalhães. O relator desta demanda era o Ministro Eros Grau e a alegação era de que a Lei 7.619/00 seria inconstitucional em face do art. 18, § 4.º, da Constituição Federal<sup>337</sup>, uma vez que a criação do município baiano não respeitou as regras constitucionais.

O problema é que o município, de fato, já havia sido criado, prefeitura instituída, secretarias funcionando, orçamento vigente. Tudo, absolutamente tudo, corria como se criado dentro da mais perfeita legalidade. O município existia na prática, por mais que na teoria ele pudesse ser inconstitucional. Foi exatamente o que constatou o relator:

03. - Ocorre que o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as conseqüências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual.

*O Município --- permito-me repeti-lo --- o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato.* No seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. No dia 19 de julho de 2.001, foi promulgada a sua lei orgânica. O Município legisla sobre assuntos de interesse local; até maio de 2.006, foram sancionadas mais de duzentas leis municipais. O Município elegeu seus Prefeito e Vice-Prefeito, bem assim seus Vereadores, em eleições realizadas pela Justiça Eleitoral. Instituiu e arrecadou tributos de sua competência. Prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local. Exerce poder de polícia. Em seu território --- isto é, no Município de Luís Eduardo Magalhães --- foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. O Município recebe recursos

---

<[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.luisrobertobarroso.com.br%2Fwp-content%2Fthemes%2Fflrb%2Fpdf%2Fparecer\\_mudanca\\_da\\_jurisprudencia\\_do\\_stf.pdf&ei=vELiU86NDYuuYATHkYIg&usq=AFQjCNE9QcPm1pulrPwGVc9T5UCITaPouA&bvm=bv.72197243,d.aWw](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.luisrobertobarroso.com.br%2Fwp-content%2Fthemes%2Fflrb%2Fpdf%2Fparecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf&ei=vELiU86NDYuuYATHkYIg&usq=AFQjCNE9QcPm1pulrPwGVc9T5UCITaPouA&bvm=bv.72197243,d.aWw)>. Acesso em 06/08/2014.

<sup>337</sup> Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

federais e estaduais e participa da arrecadação de tributos federais e estaduais. Segundo dados obtidos no sítio do IBGE [www.ibge.gov.br], no ano de 2.000 foram realizadas eleições no Município de Luís Eduardo Magalhães, organizadas pelo TRE-BA, de que participaram 9.412 eleitores. Em 2.004, eram 20.942 os eleitores do Município. No ano de 2.001 o Município contava com 18.757 habitantes, que se movimentam numa frota de 2.921 veículos. A população estimada pelo IBGE em 2.005 é de 22.081 habitantes. A frota, por sua vez, saltou para 3.928 veículos em 2.004. Em 2.002 foram assentados 469 nascimentos no cartório de registros públicos. Em 2.003 foram 383 registros. Também em 2.002, o Município recebeu quotas do Fundo de Participação dos Municípios no valor de R\$ 4.011.364,34 e do FUNDEF da ordem de R\$2.128.461,58. No ano seguinte, R\$ 4.237.187,52 do FPM e, em 2.004, R\$ 4.305.244,00 provenientes do FUNDEF3. Em 2.003 contava com 8.174 alunos matriculados, 7.842 na rede municipal de ensino, composta por 14 escolas e 262 docentes. No sítio da Prefeitura Municipal [www.luiseduardomagalhaes.ba.gov.br], dá-se notícia de que a cidade possui 7.000 aparelhos de telefone instalados, com o maior consumo per capita em telefonia celular do Estado da Bahia. Em suma, o Município de Luís Eduardo Magalhães existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política.

Em boa-fé nutrida inclusive por este Tribunal, visto que a lei estadual é de 30 de março de 2.000 e a Corte poderia em julho do mesmo ano, quatro meses após, ter determinado a suspensão dos seus efeitos. Não o tendo feito, permitiu a consolidação da situação de exceção que a existência concreta do município caracteriza.

04. – Embora de exceção, essa existência, existência de fato, decorrente da decisão política que importou a sua instalação como ente federativo dotado de autonomia municipal --- repito --- consubstancia uma situação consolidada. O *nomos* do seu território foi nele instalado. O Município legislou, de modo que uma parcela do ordenamento jurídico brasileiro é hoje composta pela legislação local emanada desse ente federativo cuja existência não pode ser negada.

Esta realidade impeliu o relator, Ministro Eros Grau, a votar pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, sob o argumento da segurança jurídica, defendendo, assim, a manutenção do município:

12. – O Município de Luís Eduardo Magalhães existe, é verdade, em confronto com o disposto no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil. Lembro, no entanto, conhecida observação de KONRAD HESSE: na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição. O importante, em face delas, é fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o seu nascimento [da realidade inconstitucional] ou para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição. No caso, existe uma realidade material, um Município, um ente federativo dotado de autonomia política. Não é possível retornarmos ao passado, para anular esta realidade, que produziu efeitos e permanece a produzi-los. O Município de Luís Eduardo Magalhães, ente da federação brasileira, é titular de autonomia municipal desde a sua

criação. Como, agora, anular essa autonomia? Pois é certo que a supressão dessa autonomia, afirmada por efeitos concretos produzidos, consubstanciaria franca agressão à estrutura federativa, ao princípio federativo. A decisão política da criação do Município violou a regra constitucional, mas foi afirmada, produzindo todos os efeitos dela decorrentes. O preceito veiculado pelo § 4º do artigo 18 da Constituição visa a impedir a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios fora de período determinado por lei complementar federal. Como o Legislativo omitiu-se, deixando de produzir essa lei complementar, e o ente federativo surgiu, existindo como tal, a aplicação do preceito para que se declare a inconstitucionalidade do ato legislativo estadual e a inconstitucionalidade institucional do Município agravará a moléstia do sistema. *Se da aplicação de uma norma resulta um desvio da finalidade a que ela se destina, ela finda por não cumprir o seu papel, ela deforma. Precisamente isso se daria no caso, se a autonomia do ente federativo viesse a ser anulada. (grifos aditados)*

[...]

Por certo que a afirmação da improcedência da ADI não servirá de estímulo à criação de novos municípios, indiscriminadamente. Antes, pelo contrário, há de expressar como que um apelo ao Poder Legislativo, no sentido de que supra a omissão constitucional que vem sendo reiteradamente consumada.

Na prática, o relator afirmou peremptoriamente a inconstitucionalidade da lei, mas, devido à segurança jurídica e ao prejuízo a ser gerado pelo desfazimento do município, entendeu por bem julgar improcedente a ação.

Foi aí que entrou em cena o Ministro Gilmar Mendes. Realizado pedido vista, o eminente ministro proferiu voto-vista histórico, especialmente quanto à modulação de efeitos da superação de precedentes, que acabou por ser o condutor do julgamento. Neste, o magistrado reafirmou a sensibilidade à situação fática consolidada com a criação do município, o que não poderia ser ignorado pelo Tribunal, mas não aceitou a solução dada pelo relator:

A questão pendente neste julgamento está em definir quais os contornos que a inevitável decisão do Tribunal deve assumir para que seja, na maior medida possível, menos gravosa à realidade concreta fundada sobre a nova entidade federativa.

A solução para o problema, a meu ver, não pode advir da simples decisão de improcedência da ação. Seria como se o Tribunal, focando toda sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas e, portanto, reconhecendo plena aplicabilidade ao princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Não se pode negar a relevância do princípio da segurança jurídica neste caso. Porém, estou convicto de que é possível primar pela otimização de ambos os princípios, tentando aplicá-los, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto pode nos apresentar.

[...]

Essa necessidade de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica constitui o leitmotiv para o desenvolvimento de técnicas alternativas de decisão no controle de constitucionalidade.

O recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a conseqüente declaração de constitucionalidade.

[...]

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão “lei inconstitucional” configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que “*the unconstitutional statute is not law at all*”, passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade. A Suprema Corte americana considerou o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas, e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma.

[...]

Segundo a doutrina, a jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem.

Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente pro futuro.

[...]

Ressalte-se, ainda, que a evolução das técnicas de decisão em sede de controle judicial de constitucionalidade deu-se no sentido da quase integral superação do sistema que Canotilho denominou de “silogismo tautológico”: (1) uma lei inconstitucional é nula; (2) uma lei é nula porque inconstitucional; (3) a inconstitucionalidade reconduz-se à nulidade e a nulidade à inconstitucionalidade). Tal como demonstrado, a técnica da nulidade revela-se adequada para solver as violações das normas constitucionais de conteúdo negativo ou proibitivo (v.g., direitos fundamentais enquanto direitos negativos), mas mostra-se inepta para arrostar o quadro de imperfeição normativa, decorrente de omissão legislativa parcial ou da lesão ao princípio da isonomia. Assente, igualmente, que o princípio da segurança jurídica é um valor constitucional relevante tanto quanto a própria idéia de legitimidade. Resta evidente que a teoria da nulidade não poderia ser aplicada na linha do velho adágio “*fiat justitia, pereat mundus*”.

Não se poderia declarar a nulidade de uma lei que pudesse importar na criação de um caos jurídico ou, em casos extremos, produzir aquilo que alguém chamou de um “suicídio democrático”, cujo melhor exemplo seria a declaração de nulidade de uma lei eleitoral de aplicação nacional a regular a

posse dos novos eleitos. Restou, assim, superada, por fundamentos diversos, a fórmula apodítica “constitucionalidade/nulidade” anteriormente dominante. Não se poderia negar que muitas situações imperfeitas de uma perspectiva constitucional dificilmente seriam superadas com a simples utilização da declaração de nulidade.

[...]

No Brasil, há muito vem a doutrina ressaltando as limitações da simples pronúncia da nulidade ou da mera cassação da lei para solver todos os problemas relacionados à inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Não são poucos os que apontam a insuficiência ou a inadequação da declaração de nulidade da lei para superar algumas situações de inconstitucionalidade, sobretudo no âmbito do princípio da isonomia e da chamada inconstitucionalidade por omissão. Esse problema revela-se tanto mais sério se se considera que, satisfeitas as principais exigências constitucionais dirigidas ao legislador, passará a assumir relevo a chamada omissão parcial, decorrente da execução defeituosa do dever constitucional de legislar.

É certo, outrossim, que, muitas vezes, a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendando a adoção de alguma técnica alternativa, com base no próprio princípio constitucional da segurança jurídica. Aqui, o princípio da nulidade deixaria de ser aplicado com fundamento no princípio da segurança jurídica.

[...]

Não se nega, pois, o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que, como ocorre no presente caso, a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

[...]

Não há dúvida, portanto, – e todos os Ministros que aqui se encontram parecem ter plena consciência disso – de que o Tribunal deve adotar uma fórmula que, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei impugnada – diante da vasta e consolidada jurisprudência sobre o tema –, resguarde na maior medida possível os efeitos por ela produzidos.

Assim sendo, voto no sentido de, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3.682.

A notável virtude do voto do Ministro Gilmar Mendes foi compatibilizar a inconstitucionalidade da lei com a preservação da segurança jurídica. Em nenhum momento o Tribunal sobrepôs a formalidade legal à realidade fática. Soube a Corte separar muito bem estes dois lados, apontando uma fórmula pela qual prestigiava ambos.

Acerca dos efeitos, conclui Misabel Abreu Machado Derzi em trecho que merece transcrição:

Em resumo, a regra é e deverá continuar sendo: as sentenças estão voltadas para trás, decidem casos ocorridos em momentos anteriores, com base em leis também prévias ao “agora” da decisão. Esse é um fenômeno natural, já que a sentença aplica a lei em vigor no momento do acontecimento dos fatos. Essa a lógica do sistema. Em princípio, os rigores da retroatividade das decisões judiciais para as primeiras decisões (*first impressions*) devem ser mantidos, não resta dúvida. Há exceções, em situações muito peculiares, mas extremamente raras (como veremos no próximo capítulo). [...] No Brasil, não existem modificações de jurisprudência, com modulação de efeitos, em questão de Direito Tributário, em atenção ao princípio da irretroatividade, da proteção da confiança ou da boa-fé. Mas a Corte Suprema deixou patente a possibilidade de modular os efeitos das decisões modificativas de jurisprudência anterior, no RE 370.682-9/SC, julgado em junho de 2007. Existem sim várias decisões, com modulação de efeitos, em processo de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.<sup>338</sup>

Verificada a grande divergência entre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, por tabela, da superação de precedentes, é necessário agora distingui-los detalhadamente para, ao final, avaliar se realmente há uma regra a ser seguida e sua respectiva exceção. A classificação acerca dos efeitos dos precedentes varia muito de acordo com o autor consultado<sup>339</sup>, embora todos tenham como ponto de partida a divisão geral entre efeitos retrospectivos e efeitos prospectivos. Ao exame de cada um deles.

#### 4.1. EFEITOS RETROATIVOS

Os efeitos retroativos (*retrospective overruling*) são aqueles que retroagem no tempo, que alcançam fatos ocorridos anteriormente à revogação do precedente. Isto é, o novo entendimento operará efeitos sobre atos e ações praticadas sob a égide do entendimento exposto no precedente anterior, superado.

Justifica Francisco Rosito<sup>340</sup> a eficácia retroativa dos precedentes dado o caráter de comando concreto inerente à reconstrução fático-normativa, primeiramente porque os magistrados aplicam o direito previamente existente e, segundo, porque se referem a fatos ordinariamente acontecidos no passado, diferentemente das leis que se prestam ao papel de regular fatos ainda por acontecer. Ademais, a adoção desta eficácia *ex tunc* também se sustenta como fruto da

<sup>338</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 519-520.

<sup>339</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 157.

<sup>340</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 330-332.

teoria clássica adotada no Reino Unido, que concebe o precedente como resultado de uma atividade declaratória do julgador<sup>341</sup>. A revogação do precedente, assim, somente exprimiria o reconhecimento de algo que já era preexistente no ordenamento jurídico, embora somente esteja sendo declarado agora.

Agregando outra justificativa para a eficácia retroativa da alteração dos precedentes, Thomas da Rosa de Bustamante<sup>342</sup> entende que a razão fundamental da retroatividade da jurisprudência, inclusive da que desmente a jurisprudência anterior, está na primazia das razões morais, que valem de igual modo para todos. A produção de norma se encontra ligada a ideia de justiça, que, por sua vez, está ligada à ideia de algo que é bom para todos e por igual. Seria, então, desigual não fazer retroagir o correto sentido da norma, somente pelo fato de o caso que se pretende atingir ser anterior à declaração da norma. Seria como tratar situações iguais de maneira desigual. O direito é um só e como tal deve retroagir para atingir a todos de maneira idêntica, aplicando-se o princípio da igualdade, que permite a todos gozar do correto entendimento judicial.

De seu turno, Michael Zonder<sup>343</sup> defende que na mudança de jurisprudência o efeito não é apenas para o futuro, pois quando se afirma o direito de um tribunal se está declarando a lei como ela sempre foi. O professor inglês ilustra seu entendimento com a utilização de uma metáfora familiar. Para ele, a legislação seria uma rede sem costuras, onde as emendas (arestas e bordas) deveriam ficar muito bem escondidas, não deveriam ser vistas, dando a impressão de que estas nunca ocorreram. A ideia de o juiz participar do processo legislativo gera mal-estar; por isso, a melhor maneira de encobrir a criatividade judicial é fingir que ela não existe: *the new rule is the law and always has been* (a nova regra é a lei e sempre foi). Conclui o professor dizendo que, se o caso já foi questionado em juízo (coisa julgada) ou está

---

<sup>341</sup> No mesmo sentido, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 165.

<sup>342</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 460.

<sup>343</sup> *When a court delivers a ruling which is perceived to change the law the effect is not only for the future. It also affects the past. This is because of the fiction that when it states the law a court is stating the law as it always has been. To use a familiar metaphor, the law is a seamless web. The jagged edges when the law changes should not be seen. If the judges were thought to be engaged in law-making it might generate unease. The best way to cover up the fact of judicial creativity is to pretend that it does not happen. The new rule is the law and always has been. Of course, if the case has already been litigated it cannot be reopened. It is subject to the principle expressed in the phrase res judicata. Equally, if the time allowed under the Statute of Limitations for bringing proceedings of that kind has expired, no case can now be brought on the basis of the changed rule. But if neither res judicata nor the Statute of Limitations applies, an action can be brought based on circumstances that occurred before the new decision.* ZONDER, Michael. *The law-making process*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 393.

prescrito, não pode ser reaberto, mas se estes dois institutos não operaram seus efeitos, nada impede a retroação dos efeitos a fatos pretéritos.

Já na doutrina nacional, defensor direto da natureza declaratória da decisão que avalia a inconstitucionalidade, Teori Albino Zavascki assim defende:

A sentença que afirma a constitucionalidade da norma tem natureza declaratória: ela declara que a norma é compatível com a Constituição e, conseqüentemente, é válida. Da mesma forma, é declaratória a sentença que afirma a inconstitucionalidade. É que o vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no Supremo Tribunal Federal e abonada pela doutrina dominante entre nós. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito na ação direta ou na ação declaratória, simplesmente declara a validade ou a nulidade. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*, como ocorre nessa espécie de julgado. “A Corte”, explicou o Ministro Brossard, verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*”.<sup>344</sup>

Há outro aspecto que justifica os efeitos retroativos na declaração de inconstitucionalidade: o caso concreto. Na declaração incidental, o caso que gera esta declaração é constituído de fatos pretéritos ao julgamento, sendo que esse reconhecimento só adquire relevância para a solução da demanda se se declarar a inconstitucionalidade desde o nascimento da norma que suscitou o conflito. Isto quer dizer que a não aplicação da declaração de inconstitucionalidade ao caso que a originou não seria correta<sup>345</sup>. Observa Carlos Wagner Dias Ferreira<sup>346</sup> que, no controle

<sup>344</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 61-63.

<sup>345</sup> Em sentido contrário, Celso de Albuquerque Silva afirma que esta injustiça é apenas aparente, já que “[...] a principal justificativa para conferir efeitos futuros à decisão invalidatória é a justificada confiança na regra antiga. Assim, a manutenção dessa regra para o próprio caso em que ela foi invalidada é decorrência natural do resultado da ponderação realizada que culminou por privilegiar o princípio da segurança jurídica, pois nenhuma circunstância relevante diferencia esse caso de todos os outros eventos que ocorreram quando a antiga regra era ainda considerada válida. Demais disso, a aplicação da regra nova ao caso em que foi fixada, com a exclusão de sua aplicação a todos os outros eventos que ocorreram antes de sua fixação, pode conduzir a situações de extrema injustiça, por aberrante exclusão arbitrária ao princípio da isonomia.” SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 202.



concreto, o que sempre se almejou, a bem da verdade, nunca foi a pura e simples declaração de inconstitucionalidade da lei, mas sim que esta declaração tivesse direto e relevante efeito na solução da hipótese submetida a julgamento. Se assim não fosse, dificilmente alguma parte iria se sentir motivada a recorrer ao Poder Judiciário, pois sabedora da “possibilidade de o juiz conceder efeitos futuros a uma declaração de inconstitucionalidade de lei que causou o estopim de conflito intersubjetivo pretérito”<sup>347</sup>.

Contudo, esta retroatividade como regra geral admite críticas. O autor australiano Ben Juratowitch<sup>348</sup> traz duas fortes razões contra a presunção de retroatividade do *ouerruling*. São elas: a) *certainty* (certeza); b) *negative liberty* (liberdade negativa).

Ao analisar a *certainty* (certeza), o autor afirma que a principal questão a ser avaliada é se o que se pretende é a proteção da confiança real ou se é a proteção da segurança jurídica, o que cria uma capacidade de confiar, independentemente se há, de fato, a confiança<sup>349</sup>. As pessoas tomam suas decisões prevendo as consequências legais, são elas que escolhem o que fazer, mas sempre prevendo uma consequência legal anteriormente estabelecida.

A eficácia retroativa da revogação de um precedente faz com que a certeza que se tinha em uma determinada consequência seja abalada, uma vez que será apresentada ao jurisdicionado uma nova consequência, a qual era impossível de se prever, pois desconhecida ao tempo em que agiu. Assim, o que se deve levar em consideração não é a confiança em tese, mas sim a confiança real (*actual reliance*), aquela que de fato existia ao tempo que o fato ocorreu. Proteger a confiança é passo necessário à preservação da autonomia do homem, já que garante que ele tenha o poder de escolher como agir de acordo com as consequências passíveis de serem previstas. Pensar diferente é negar qualquer possibilidade ao jurisdicionado de planejar

---

<sup>346</sup> FERREIRA, Carlos Wagner Dias. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso*. Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5.ª Região. Recife: TRF 5.ª Região, n.º 12. Março 2007, p. 158.

<sup>347</sup> FERREIRA, Carlos Wagner Dias. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso*. Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5.ª Região. Recife: TRF 5.ª Região, n.º 12. Março 2007, p. 158.

<sup>348</sup> JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 43-65.

<sup>349</sup> “A key question is whether the relevant rationale for a general presumption against retroactivity is the protection of actual reliance or whether it is the protection of legal certainty, which creates an ability to rely, regardless of whether there is, in fact, reliance”. JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 44.

suas ações, pois suas consequências seriam imprevisíveis. Retroagir os efeitos de uma revogação é tratar desigualmente aqueles que tiveram confiança em um precedente.

Explica Misabel Abreu Machado Derzi<sup>350</sup> que a confiança se revela necessária para que o homem possa lidar com a extrema complexidade do mundo, despertando a segurança do estado (presente), que reduz a complexidade e se projeta para o futuro. Segundo a autora, tal confiança supõe três características elementares; a) a permanência dos estados, de modo que se igualem presentes e futuros; b) a simplificação, por meio da redução da complexidade e das infinitas possibilidades variáveis; e c) a antecipação do futuro, pela projeção daquilo que se dá no presente, para tempos vindouros

São três também as questões envolvidas na retroatividade da modificação da jurisprudência<sup>351</sup>: a) a retroação dos efeitos envolve uma questão relativa à valoração jurídica de ações, com base em normas inexistentes no momento que elas são praticadas; b) envolve a inexistência e o desconhecimento da norma no momento da ação, uma vez que aquela não existia quando esta foi executada; e c) por fim, envolve uma incapacidade de reação do indivíduo que agiu baseado em uma norma, mas agora é regulado por outra inexistente à época da realização do ato.

Outra razão trazida pelo autor australiano Ben Juratowitch<sup>352</sup> é a *negative liberty* (liberdade negativa). Este fundamento passa por duas questões. A primeira se refere ao fato de que os efeitos retroativos da revogação privam o cidadão de segurança relativa aos eventos passados (*deprivation of security relating to past events*), enquanto que a segunda se refere à remoção de uma liberdade real (*removal of an actual freedom*). Ao agir com base em um precedente, o cidadão cria o sentimento de que agiu de acordo com a lei, sensação que lhe causa conforto e segurança. Contudo, se imaginasse que sua conduta a qualquer momento pudesse ser modificada de um ato legal para um ato ilegal, esta tranquilidade não seria a mesma. A eficácia *ex tunc* da revogação do precedente não é capaz de dar aos cidadãos a paz social que se almeja. Criar este sentimento de insegurança sobre suas condutas é deixar o jurisdicionado

---

<sup>350</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 328.

<sup>351</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 486.

<sup>352</sup> JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 50.

tenso e receoso com a modificação da jurisprudência. Retroagir os efeitos de uma revogação é retirar uma liberdade real já conquistada, já solidificada; é penalizar um ato realizado sob a égide da legalidade.

Como se pode inferir da leitura dos argumentos contrários aos efeitos retroativos, a preocupação fundamental gira em torno da confiança depositada pelo cidadão no precedente existente à época de sua ação. Por isso, como principal obstáculo aos efeitos retroativos da revogação do precedente se encontra a frustração desta confiança.

É necessário, então, que a confiança do cidadão tenha sido abalada; mas não se trata de qualquer confiança a ser tutelada. As mudanças que afetam de maneira insignificante os direitos de liberdade, propriedade e igualdade não justificam que os efeitos não possam atingir atos iniciados antes de sua introdução, afinal, não há um direito subjetivo de que a ordem jurídica permaneça sempre como está<sup>353</sup>.

Também não há que se contestar a irretroatividade da modificação da jurisprudência quando o precedente revogado se mostrou incapaz de servir de guia para o cidadão, ou seja, nos casos em que este não vislumbrou no precedente uma norma sólida que merecesse sua confiança<sup>354</sup>. Explica Luiz Guilherme Marinoni<sup>355</sup> que, para a não retroação dos efeitos, é necessário que a credibilidade neste precedente tenha se mantido intacta, sendo imprevisível, ao cidadão comum, sua revogação. Isto que dizer que a eficácia retroativa do precedente tem cabimento quando a confiança depositada naquele julgado já não é mais sólida, o jurisdicionado já não enxerga naquele precedente um posicionamento incontroverso a ser seguido, seja porque ele não mais representa os valores que o inspiraram, seja porque se tornou inconsistente.

Disso conclui-se que é a confiança a medida dos efeitos da revogação do precedente. Quanto mais confiança houver em um precedente, mais forte será a tese de irretroatividade; já quanto mais fraca for a confiança depositada no precedente, mais forte se torna a retroação dos efeitos. Nesse sentido, quando o jurisdicionado enxerga naquele precedente uma norma inabalável que pauta suas ações, seus negócios e suas atitudes, faz-se necessário amenizar o

---

<sup>353</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 408.

<sup>354</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 489.

<sup>355</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 421.

impacto da sua revogação. Surpreender o jurisdicionado é o que deve ser evitado, já que a conquista da confiança é construída ao longo do tempo, mas a sua perda é atingida em frações de segundos.

#### 4.2. EFEITOS PROSPECTIVOS

O *prospective overruling* é, justamente, a técnica que tenta compatibilizar a necessidade de mudança de um precedente e a proteção da confiança depositada neste mesmo precedente. Segundo Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior<sup>356</sup>, o grande fundamento da aplicação do efeito prospectivo é a confiança que a sociedade nutre na orientação jurisprudencial consolidada.

Também de fácil dedução, a partir da literalidade de sua nomenclatura, os efeitos prospectivos são aqueles projetados para o futuro e não para fatos ocorridos no passado. Thomas da Rosa de Bustamante<sup>357</sup> define o *prospective overruling*<sup>358</sup> como sendo a existência de dois regramentos no mesmo caso, um para ser aplicado a todas as situações que estejam para acontecer e outro para ser aplicado apenas para o caso em exame ou aos que se refiram a fatos jurídicos cujos efeitos já se concretizaram.

Para os defensores deste instituto, um forte argumento a se levar em consideração é que, em muitos casos, a retroação da decisão levaria ao caos social. Este é o alerta do americano Steven W. Allen<sup>359</sup> para quem, embora o princípio jurisprudencial de que todas as alterações

<sup>356</sup> ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedents dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 169.

<sup>357</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 457.

<sup>358</sup> Também chamado de *sunbursting*, embora seja termo pouco usado. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SQUADRI, Ana Carolina; ROQUE, Andre; ALMEIDA, Diogo; PANTOJA, Fernanda Medina; HILL, Flavia Pereira; SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista; SCHENK, Leonardo Faria; FARIA, Márcio Carvalho; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; RODRIGUES, Roberto; NAVARRO, Trícia. *Judicial rulings with prospective effect – I.B. general legal theory*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 232, junho/2014, p. 287.

<sup>359</sup> *While the jurisprudential principle that all cases are retroactive is generally accepted as an explanation of the role of the courts in our system of government, there is also recognition that its unrestrained application could create chaos in the judicial system. If, for example, the Supreme Court were to determine tomorrow that an award of punitive damages in excess of a certain amount violates the Due Process Clause, then the unrestrained application of the principle would allow every civil defendant who has ever been required to pay punitive damages in excess of that amount to re-open the litigation to recover the excess payment. Similarly, if every one of the thousands of criminal trials at which evidence was admitted in violation of Crawford needed to be retried, the criminal justice system would collapse. Clearly, there needs to be some restraint, either direct or indirect, on the application of the jurisprudential principle. For the purposes of this article, direct restraints are those in which the courts create some rule which operates exclusively on the decision of whether to afford*

de precedentes tenham efeitos retroativos no sistema de governo americano, há também o reconhecimento de que a aplicação irrestrita desta regra levaria ao caos do sistema judicial<sup>360</sup>. Para tanto, o autor fornece o seguinte exemplo. Imagine-se que, amanhã, a Suprema Corte determine que o pagamento de reparação de danos punitivos em excesso viola a cláusula do devido processo legal. Tal regra faria com que cada réu que pagou excesso semelhante ao, agora, decretado ilegal reabrisse seu litígio para reaver o que foi pago a maior. Por isso, continua o autor, é necessário que haja restrições diretas e indiretas ao princípio da retroatividade. As restrições diretas são aquelas em que os tribunais criam uma regra no caso em julgamento, a fim de afastar os efeitos retrativos daquela modificação de jurisprudência (modulação de efeitos); ao passo em que as indiretas são as outras regras processuais que servem para limitar a aplicação retroativa desta modificação, tais como a coisa julgada, prescrição, preclusão, direito adquirido, etc.

As principais vantagens de atribuir efeitos prospectivos à mudança de jurisprudência são elencadas por Humberto Dalla Bernardina de Pinho<sup>361</sup>. A primeira delas é a possibilidade de corrigir uma jurisprudência considerada obsoleta (*it allows remedying an interpretation in case law considered obsolete*), uma vez que o novo precedente gerado atingirá somente as novas situações legalmente constituídas, após o estabelecimento do precedente. Aplicar a nova configuração social e política para casos passados frustra, pois, a confiança dos cidadãos neste sistema, na medida em que pautam suas ações com base nos julgados anteriores. Em

---

*retrospective effect to a new decision. On the other hand, indirect restraints are those in which other procedural rules serve as some external limitation on the retroactive application of new decisions. In the civil context, there are several indirect restraints on the application of the principle that all decisions have retrospective effect. First among these are statutes of limitation which cut off the right to bring civil actions after a given period of time. thus, if a court had previously held that there was no cause of action for a putative tort, but has now reversed itself to provide for liability (a decision which would necessarily have retrospective effect), the generally applicable civil tort statute of limitations would limit the retroactive application of the decision to alleged violations that occurred within the statutory limitations period. Similarly, the principles of res judicata and collateral estoppel serve as additional indirect limitations on the retroactive application of decisions. In criminal cases, the statute of limitations serves the same effect in some circumstances. that is, a judicial decision that particular conduct violates a particular statute does not authorize the government to bring indictments against persons who committed such violations outside the applicable statute of limitations, even though the decision is an "authoritative statement of what the statute meant before . . . the decision."* ALLEN, Steven W. *Toward a unified theory of retroactivity*. New York Law School Law Review, vol. 54, 10/2009, p. 109-110.

<sup>360</sup> Vale frisar que a utilização dos efeitos prospectivos nos Estados Unidos é uma exceção que deve ser utilizada ocasionalmente. (*A technique used occasionally in the United States is prospective overruling, whereby the court announces that it will change the relevant rule but only for future cases*) ZONDER, Michael. *The law-making process*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 397.

<sup>361</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SQUADRI, Ana Carolina; ROQUE, Andre; ALMEIDA, Diogo; PANTOJA, Fernanda Medina; HILL, Flavia Pereira; SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista; SCHENK, Leonardo Faria; FARIA, Márcio Carvalho; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; RODRIGUES, Roberto; NAVARRO, Trícia. *Judicial rulings with prospective effect – I.B. general legal theory*. Revista de Processo - REPRO, ano 39, vol. 232, junho/2014, p. 293-295.

segundo lugar, o professor diz que o efeito prospectivo guarda a segurança jurídica e a confiança depositada pelos cidadãos em uma determinada linha jurisprudencial (*safeguards the legal security and trust deposited by the citizens in a given line of case law*). O sistema de precedentes estimula a confiança legítima, de maneira que os cidadãos possam agir com base nos precedentes anteriormente previstos. Isto decorre, naturalmente, da estabilidade dos precedentes e de sua propensão a serem mantidos ao longo do tempo. Por último, tem-se a implementação de um novo precedente projetada, justamente, para o futuro, sendo que muitas vezes não há necessidade de lhe dar efeitos retroativos (*the implementation of a new public policy is projected precisely onto the future, and frequently there is no need to give it retroactive effects*). Isto estimula a projeção e o planejamento do cidadão, reforçando a credibilidade de que o precedente que lhe regula é o vigente à época em que o ato é praticado, enfatizando, assim, a previsibilidade das consequências de seus atos.

No mesmo sentido de defesa da aplicação de efeitos *ex nunc* à revogação de precedentes, Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>362</sup> elenca razões que militam a favor desta opção. São elas: (i) a Administração está sujeita ao princípio da não-surpresa, conforme jurisprudência do próprio STJ, o que significa dizer que o administrado confia na boa-fé da administração pública; (ii) o princípio da irretroatividade retirado da conjugação dos arts. 100 e 146 do Código Tributário Nacional, entendendo o autor que aludido princípio se aplica também às decisões judiciais; (iii) o entendimento de que, em decorrência de um tempo razoável, os precedentes dos tribunais podem ser considerados uma espécie de “direito vigente”; e (iv) a previsão contida no art. 27<sup>363</sup> da Lei n.º 9.868/1999 e no art. 11<sup>364</sup> da Lei n.º 9.882/1999.

O princípio da não surpresa, ou da não retroatividade, tem o fito de evitar o abalo da confiança que o cidadão tem diante de um precedente. Quando se afirma que a administração pública está sujeita a este princípio, está se fazendo referência a todos os órgãos do Poder

---

<sup>362</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. “Irretroatividade e jurisprudência judicial”. In: *Eficácia ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 1-2.

<sup>363</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>364</sup> Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Público<sup>365</sup>, seja ele do Executivo, Legislativo e Judiciário. Esta afirmação é comprovável pela análise do direito positivo brasileiro. Por exemplo, o art. 2.º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei de Processo Administrativo<sup>366</sup> (Lei 9.874/1999) afirma, peremptoriamente, que a administração pública deve interpretar a norma da forma que melhor atenda ao interesse público, sendo vedada, entretanto, a adoção de efeitos retroativos a este novo entendimento. No mesmo sentido, a conjugação das súmulas não vinculantes números 346<sup>367</sup> e 473<sup>368</sup>, ambas, do Supremo Tribunal Federal, reforçam o posicionamento da corte acerca deste princípio; nelas fica autorizada a administração pública a anular seus próprios atos, desde que respeitados os direitos adquiridos.

Outro dispositivo positivado que faz alusão ao efeito prospectivo é o art. 100, incisos I e II, do Código Tributário Nacional, na medida em que afirma se tratarem de normas complementares: a) as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; b) as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas. Se a lei atribui à decisão administrativa a qualidade de norma, é obvio que a decisão judicial também pode ser assim encarada. Disso infere-se que prática reiterada de uma mesma conduta – leia-se decisão – não pode ser desprezada. Ao revés, impende verificar que a própria legislação incentiva a crença da população nas decisões reiteradas do Poder Público, seja ele de qual esfera for: o cidadão acredita que aquela é a posição correta.

---

<sup>365</sup> Nelson Nery Júnior, tratando da incidência de boa-fé objetiva ao Poder Público, faz referência aos órgãos jurídicos *tout court*, abrangidos aí todos os Órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Complementa o autor dizendo que a expressão órgãos públicos, utilizada pelo art. 9.º da Constituição da Confederação Suíça, é preferível àquela do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, embora se refira a ela no âmbito dos três poderes. NERY JR., Nelson. “Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior”. In: *Eficácia ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 91.

<sup>366</sup> Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

<sup>367</sup> Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

<sup>368</sup> Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

O princípio da irretroatividade é também previsto no Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), que, em seu art. 146<sup>369</sup>, dispõe que a modificação de entendimento, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, somente pode ser aplicada aos casos cujos fatos geradores tenham ocorrido anteriormente à sua introdução.

Aqui, cabe uma explanação acerca do termo introdução. É preciso definir exatamente a partir de quando se pode considerar introduzida uma norma do precedente. Misabel Abreu Machado Derzi, analisando a questão, defende que a vigência da norma produzida pelo precedente judicial ocorre com sua publicação. Separa a autora a existência da norma estampada pelo precedente – o que ocorreria com a sessão de julgamento – de sua vigência, que ocorre com a publicação do julgamento na imprensa oficial e após o seu trânsito em julgado. Afirma a autora:

A questão, no Brasil, ainda não foi profundamente estudada, mas a divulgação e o conhecimento das decisões são bastante satisfatórios. Deixando de lado o acompanhamento eletrônico que todos podem fazer dos processos, as audiências são públicas (as do Supremo Tribunal Federal ocorrem ao vivo, transmitidas em rede nacional), temos diário oficial, e coletâneas de publicação de julgados. Tecnicamente, considera-se publicado o acórdão no momento em que se junta aos autos. Mas não para a formação de uma expectativa normativa. Essa publicação da juntada não preenche os requisitos da ampla divulgação, similar àquela para o conhecimento das normas jurídicas em geral (em especial das leis). Entendemos necessário, por isso, fazer coincidir a publicação com a data da intimação no diário oficial. A data da intimação (pelo diário oficial) é o instrumento necessário para a apuração do prazo recursal e, conseqüentemente, para a apuração da coisa julgada que, uma vez configurada, é decisiva para a vigência do precedente. Portanto, o precedente existe com a publicação do acórdão no diário oficial. Mas a vigência da norma judicial, consolidada como expectativa normativa, somente se configura com o trânsito em julgado.<sup>370</sup>

Talvez seja este o entendimento mais formal da questão; não é, contudo, o que se verifica na prática. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 93, IX<sup>371</sup>, a previsão de que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas

<sup>369</sup> Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

<sup>370</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 536-537.

<sup>371</sup> IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.



as decisões, sob pena de nulidade”<sup>372</sup>. De sua leitura infere-se que a Carta Magna não faz qualquer referência à publicação, mas tão somente à publicidade. O que é determinado constitucionalmente é publicidade dos atos e julgamentos em geral, que eles se façam de forma pública, e que seja permitido ao cidadão o controle de tais atitudes. É, em resumo, “permitir a qualquer pessoa ter acesso aos autos do processo e presenciar atos processuais orais (audiências ou sessões de julgamento), ainda que não tenha direito ou interesse jurídico a defender”<sup>373</sup>.

Na prática, basta que a sessão de julgamento aconteça e os votos sejam proferidos para que a notícia corra os quatro cantos do país. A simples publicização (divulgação) do precedente já faz chegar aos destinatários o posicionamento de uma determinada corte.

Considere-se, por exemplo, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 / DF, cujo relator foi o Min. Marco Aurélio. Esta ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde que pretendeu declarar inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção de gravidez de feto anencéfalo seria conduta criminosa. Veja-se trechos do voto vencedor que coube ao Ministro relator Marco Aurélio, começando pela constatação estatística:

A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem.

Após, delimitando o tema, o relator pondera:

---

<sup>372</sup> Acerca do princípio da publicidade, conferir NERY JR. Nelson. *Princípio do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p 209-210.

<sup>373</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 283.

Senhor Presidente, na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa. Começemos pelo Estado laico.

Ao finalizar seu voto, o relator julgou procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro. Roberval Rocha Ferreira Filho, em obra de sistematização e seleção de julgados, expõe a conclusão do julgamento da seguinte forma:

Prevaleceu o voto do Min. Marco Aurelio, relator. De início, reputou imprescindível delimitar o objeto sob exame. Realçou que o pleito o pleito da requerente seria o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se à antecipação terapêutica de parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticado por profissional habilitado, sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Destacou a alusão realizada pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação da inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais em comento, o que os retiraria do sistema jurídico. Assim, o pleito colimaria tão somente que os referidos enunciados fossem interpretados conforme à Constituição. Dessa forma, exprimiu que se mostraria despropositado veicular que o Supremo examinaria a descriminalização do aborto, principalmente porque existiria distinção entre aborto e antecipação terapêutica de parto. Nesse contexto, afastou as expressões “aborto eugênico”, “eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, em razão do indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia. Na espécie, aduziu inescapável o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os de parte da sociedade que desejasse proteger todos os que a integrariam, independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. Sublinhou que o tema envolveria a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. No ponto, lembrou que não haveria colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. Versou que o Supremo fora instado a se manifestar sobre o tema no HC 54025, entretanto, a Corte decidira pela prejudicialidade do “*writ*” em virtude de o parto e o falecimento do anencéfalo terem ocorridos antes do julgamento. Ressurtiu que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coadunaria Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.<sup>374</sup>

---

<sup>374</sup> FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *Principais julgamentos STF Supremo Tribunal Federal*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 150-151.

Somente a título de observação, apesar de ter sido este o voto vencedor, votaram contrariamente à procedência da Ação Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54/DF os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso<sup>375</sup>.

Pois bem, analisado o caso cuja repercussão foi nacional, constatou-se que muitas mulheres se enquadravam nesta situação de serem gestantes de fetos anencéfalos. Como exposto pelo próprio relator, uma em cada mil (1:1000) gestações gera um feto anencéfalo, o que demonstra uma triste realidade, mas também um anseio para resolver um problema que é de saúde pública, pois quanto mais se adia a resolução desta questão mais antecipações de partos terapêuticos eram feitos clandestinamente, multiplicando exponencialmente os riscos.

Qualquer mulher que à época do julgamento estivesse nesta situação, por certo, desejaria se beneficiar deste novo entendimento, imediatamente. Imagine-se, por exemplo, dona de casa que assiste e lê em todos os jornais, revistas, noticiários e entrevistas a informação: “*Supremo*

---

<sup>375</sup> “Vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cesar Peluso, Presidente, que julgavam o pedido improcedente. O Min. Ricardo Lewandowski sublinhava que o legislador infraconstitucional isentara de pena, excepcionalmente, o aborto, desde que praticado por médico, em duas hipóteses taxativamente definidas: no chamado “aborto necessário” e no denominado “aborto sentimental” (CP, art. 128, I e II). Reconhecia que, na hipótese de aborto necessário ou terapêutico, não seria legítimo o aborto eugenésico, ainda que provável ou até mesmo certo que a criança nascesse com deformidade ou enfermidade incurável. Assim seria penalmente imputável o abortamento induzido de feto mal formado. Além disso, afastava o argumento de que a época da promulgação do Código penal ou de sua reforma não existiriam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal. Frisava que, caso desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, poderia ter alterado a legislação para incluir o aborto de fetos anencéfalos dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isentas de pena. No tocante a interpretação da lei conforme a Constituição, nos termos em que requerido, rememorava os princípios básicos da conservação das normas – derivado da presunção de constitucionalidade destas –, segundo o qual seria desejável conferir às leis interpretação conforme a Constituição, sem declará-las inconstitucionais, considerada a vontade soberana do legislador. Asseverava, ademais, que quando a lei fosse clara não haveria espaço para interpretação, de modo que não seria dado o intérprete afrontar sua expressão literal, a pretexto de extrair dela conteúdo em conformidade com o texto constitucional. Reputava caber ao STF apenas o papel de legislador negativo, para extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição. Consignava que o poder Legislativo, por sua vez, estaria dividido em relação ao tema- dada a existência de projetos de lei a seu respeito-, sem consenso até o momento. [...] O Presidente considerava, primeiramente, que o caso seria distinto do referente às células-tronco embrionárias, em que se tratara do embrião excedente, que sequer fora implantado no útero e jamais viria a sê-lo. A ideia de vida humana estaria afastada daquela questão, pois ausente o fenômeno do processo vital que a caracterizaria. Destacava que todos os fetos anencéfalos, a menos que já estivessem mortos, seriam dotados de capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe seria imanente. Sintetizava que, se o anencefalo morresse, ele só poderia fazê-lo por estar vivo. Enfatizava haver nítida diferença entre o aproveitamento científico-terapêutico de material genético congelado e qualquer hipótese de aborto. Esclarecia que a morte encefálica seria situação de prognóstico, de irreversibilidade em que não haveria sequer respiração espontânea, o que não seria situação do anencefalo. Lembrava que a audiência pública, realizada na Corte acerca do tema, produziria resultados contraditórios e, portanto, inaproveitáveis quanto a questão da existência de atividade e ondas cerebrais no anencefalo. Consignava que a morte encefálica seria distinta da anencefalia, a qual integraria, ainda que brevemente, processo contínuo e progressivo da vida. Assim, sua evolução natural não poderia ser abreviada em nome de razões autorizadoras da extração de órgãos no caso de morte encefálica.” FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *Principais julgamentos STF Supremo Tribunal Federal*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 163-164.

*decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime: Com a decisão, STF libera a interrupção de gravidez de feto anencéfalo. Lei criminaliza aborto, com exceção dos casos de estupro e risco para mãe.*<sup>376</sup>. Esta foi exatamente a chamada da matéria jornalística feita por um grande portal de internet e emissora de televisão nacional. Através de sua análise, é possível perceber que, para o cidadão leigo, a decisão do Supremo Tribunal Federal já estaria valendo e que, no dia seguinte, já poderia ser efetuada a extração do feto anencéfalo sem que isso configurasse crime.

Não sabia este mesmo leigo que, entre a data final da sessão de julgamento, ocorrida em 12/04/2012, e a publicação do acórdão, em 30/04/2012<sup>377</sup>, aquilo tudo não estava valendo. Na verdade, estava pendente justamente desta publicação a validade do julgamento<sup>378</sup>. Tal

<sup>376</sup> Acesso em < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html> >. Disponível em 09/08/2014.

<sup>377</sup> Estas datas podem ser conferidas diretamente na movimentação processual disponível na rede mundial de computadores em < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954> >. Acesso em 09/08/2014.

<sup>378</sup> A demora na publicação dos acórdãos no Supremo Tribunal Federal é tão grande que, no próprio site desta Corte, há informativo a respeito do trâmite seguido para que ocorra a publicação: “Quando os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), reunidos no Plenário ou em uma das duas Turmas da Corte, julgam um processo, a decisão por eles tomada percorre um caminho no Tribunal até que seja publicada, o que ocorre com a divulgação do acórdão no Diário da Justiça Eletrônico do STF (DJe). A partir desse momento, isto é, após a publicação no Dje, é que a decisão produz todos os seus efeitos jurídicos. Concluído o julgamento de um processo pelo colegiado, os autos são enviados para o gabinete do ministro que redigirá o acórdão e elaborará a ementa do julgado. Esse papel cabe ao ministro-relator do processo, caso o voto dele tenha conduzido a decisão final; ou ao primeiro ministro que divergiu do relator e cuja tese tenha sido seguida pela maioria dos demais ministros. A ementa é uma síntese do que foi decidido no julgamento do processo. Além da ementa, fazem parte do acórdão todos os documentos que registram o que ocorreu durante a apreciação do processo pelo Tribunal, tais como apartes, questionamentos, explicações, debates, votos orais [todos transcritos], bem como o relatório [histórico do caso] e a íntegra dos votos escritos. Em seguida, após a revisão e a assinatura [aprovação] dos textos por cada ministro que tenha participado daquele julgamento, o ministro responsável pela redação do acórdão encaminha os autos para a Seção de Composição e Controle de Acórdãos, unidade vinculada à Secretaria Judiciária do STF. É importante observar que, antes da assinatura dos documentos, os ministros podem revisar seus votos, para aprimorar o texto ou fazer pequenas modificações de redação. Isso ocorre, geralmente, nos julgamentos em que há divergências e debates ou quando a matéria discutida possui grande complexidade e relevância jurídica e/ou social. A revisão e a aprovação de votos proferidos pelos ministros podem demandar um tempo maior, tendo em vista que alguns processos possuem um número elevado de textos a serem analisados por cada ministro. A Seção de Composição e Controle de Acórdãos confere os documentos [físicos ou eletrônicos] e procede à juntada de cada um deles aos autos. O acórdão não pode ser divulgado de modo incompleto. Portanto, somente após a revisão de todos os documentos pelos gabinetes e pela seção competente do STF é que o acórdão é publicado. Os documentos podem ser publicados sem revisão em caso de aposentadoria ou de falecimento de um dos ministros que tenha participado do julgamento. Nesses casos, às manifestações do ministro que não integra mais a Corte é acrescentada uma nota de rodapé com a informação de que o texto não foi revisado. Com a publicação da ementa e do resultado do julgamento no Dje, o inteiro teor do acórdão é disponibilizado no sítio do STF na internet. Os autos, então, são remetidos para as seções respectivas, de acordo com a matéria [penal, constitucional], para aguardar o prazo recursal e o trânsito em julgado [quando não cabe mais recurso]. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal produz todos os seus efeitos jurídicos após a publicação no Diário da Justiça, mas pode, excepcionalmente, ter o seu cumprimento imediato determinado pelos ministros, independentemente de publicação. Quando há o julgamento de um recurso – por exemplo, embargos de declaração – após a publicação do acórdão relativo ao julgamento de um processo, os procedimentos acima descritos se repetem, ou seja, há publicação de novo acórdão, que retrata o entendimento

situação pode causar curiosas situações. Vislumbre-se a situação de uma mulher que no dia 15/04/2012, três dias após o julgamento, vai ao hospital e o médico, com base nesta decisão, aceita fazer a extração do feto anencéfalo. Agora, considere-se que, após a publicação ocorrida em 30/04/2012, não houve oposição de embargos de declaração, o que gerou o trânsito em julgado da decisão em 07/05/2012. Diante do caso indaga-se: o médico que realizou o procedimento antes da vigência (publicação) do precedente teria cometido crime, caso seus efeitos tivessem sido arbitrados esta data? É claro que não, uma vez que o resultado do julgamento já era sabido de todos, faltando apenas uma formalidade, que se constitui em ficção do Direito para fazer presumir a ciência de todos.

Acredita-se, pois, no tocante à supramencionada orientação quanto à vigência do precedente, que há confusão entre os conceitos de existência, vigência e eficácia. Mais correto seria dizer que o precedente existe com o julgamento, com a confecção da decisão; sua vigência se dá com a publicização do julgamento, quando ele se torna acessível a todos e transmite os fundamentos da decisão para os jurisdicionados; e, por fim, sua eficácia pode ser retroativa ou prospectiva, sendo a partir de quando o objeto do presente estudo.

Por exemplo, poderia ocorrer no julgamento dos fetos anencéfalos que sua eficácia fosse retroativa, atingindo todos aqueles que, anteriormente, haviam incorrido no tipo penal de aborto. Mas também poderia ser prospectiva, para somente atingir os casos futuros. A vigência e a eficácia, portanto, não se confundem.

Outro argumento que milita contra a afirmação de que o precedente só passa a ter vigência após o trânsito em julgado está no fato de que, inobstante ter sido combatido por recurso, o precedente pode ter se formado. Não é o trânsito em julgado que qualifica o precedente, são outros os atributos que lhes dão força, como por exemplo: o órgão do qual emanou, a quantidade de membros no julgamento, a participação da sociedade (*amicus curiae*), etc. Há, assim, precedentes formados que ainda não transitaram em julgado.

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.<sup>379</sup> explica que enquanto a coisa julgada visa proteger situação da partes com relação a determinado bem da vida, a eficácia vinculante tem a pretensão de impor a *ratio decidendi* do precedente aos julgamentos futuros. Enquanto a coisa julgada está relacionada à norma individual do caso concreto, a eficácia vinculante está preocupada com a norma geral expressa na *ratio decidendi*.

Não se pode olvidar, também, que o trânsito em julgado faz com que o dispositivo da decisão/sentença/acórdão não possa mais ser alterado, mas não é o dispositivo do precedente que interessa para sua configuração como tal. A ementa<sup>380</sup> do julgado não é o precedente. Como bem explica Daniel Mitiero<sup>381</sup>, o precedente pode ser identificado como a *ratio decidendi* do caso, que, por sua vez, é uma generalização das razões adotadas como passo necessário e suficiente para decidir o caso ou a questão posta. Assim, a *ratio decidendi* deve ser formulada por meio de abstrações realizadas a partir da fundamentação, mas com esta não se confunde<sup>382</sup>. Neste sentido também pensam Lucas Buril de Macedo, Mateus Costa Pereira e Ravi de Medeiros Peixoto, quando afirmam que, “da fundamentação do caso concreto chega-se à *ratio decidendi*, a definição dos fatos jurídicos e seus efeitos nos moldes em que desenhados pelo tribunal; e essa mesma *ratio* torna-se, na perspectiva dos julgadores subsequentes, precedente<sup>383</sup>”.

Voltando a questão dos efeitos prospectivos, diante da necessidade de se proteger a expectativa e a confiança do cidadão, a técnica do *prospective overruling* admite as seguintes<sup>384</sup> variações, segundo Bem Juratowitch<sup>385</sup>: a) produção de efeitos somente para

<sup>379</sup> ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do Direito no Sistema Processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 222.

<sup>380</sup> Segundo Juraci Lopes Filho a ementa é o “extrato do raciocínio utilizado em termos gerais com conclusão sumária do provimento ou não do recurso”. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 98.

<sup>381</sup> MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial”. In *A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Luiz Guilherme Marinoni (organizador.). Salvador: JusPodivm, 2012, p. 134.

<sup>382</sup> Assim entendendo também quando trata das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário LEAL, Roger Stiefelmann. *A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição*. Revista de Direito Administrativo, vol. 261, p. 189, setembro-dezembro/2012.

<sup>383</sup> MACEDO, Lucas Buril de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura*. Civil Procedure Review, v. 4, n. 3, setembro-dezembro/2013, p. 136.

<sup>384</sup> Outra classificação, datada de 1976, é apresentada pelo professor Andrew Nicol. Segundo ele, há muitas variações de efeitos prospectivos, mas somente quatro interessam a uma classificação sistematizadas para fins de estudo. A primeira delas é a *case of first impression* que é a primeira decisão da corte sobre um determinado assunto, na qual não há qualquer decisão anterior que sirva de precedente para regular a conduta em questão,

casos futuros, envolvendo fatos que ocorreram após a modificação do precedente (*pure prospectivity overruling*); b) produção de efeitos somente para casos futuros, mas como exceção ao caso que originou a revogação (*limited prospectivity* ou aplicação prospectiva clássica); c) produção de efeitos somente para casos futuros e para os casos pendentes de julgamento que tenham a mesma pretensão; e d) produção de efeitos somente a partir de uma determinada data, a fim de possibilitar a criação de uma nova legislação para o caso ou possibilitar ao cidadão tempo de adaptação (aplicação prospectiva a termo).

Ocorre que todas estas técnicas admitem críticas. Por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni<sup>386</sup> afirma que a utilização do *pure prospectivity overruling* desestimula a atuação da parte, já que o resultado não a beneficiará. Além disso, eliminaria a necessidade de os advogados analisarem como os precedentes estão sendo vistos pela doutrina e de que forma os tribunais vêm tratando de pontos correlatos com aqueles definidos na *ratio decidendi*. Isto porque tal técnica retira qualquer possibilidade de a parte ser surpreendida pela decisão judicial, ainda que o precedente já tenha sido desautorizado pela doutrina e por outras decisões que não configurem propriamente precedentes. Humberto Ávila<sup>387</sup>, por sua vez, defende que, independentemente do caso, o efeito prospectivo deve preservar efeitos retroativos ao caso que originou a revogação e aos casos pendentes de julgamento, uma vez que isto significaria suprir o direito fundamental do autor à proteção judicial.

Mais duas desvantagens são trazidas por Humberto Dalla Bernardina de Pinho<sup>388</sup>. A primeira delas é que *a judicial resolution with merely prospective efficacy would be no more than an*

---

embora já exista uma rotina utilizada pelos cidadãos. A segunda delas é o *temporal restrictions imposed by a latter case* e ocorre quando os efeitos não são aplicados ao caso, nem aos passados, o que não estimula a previsibilidade, pois o cidadão fica sem saber qual entendimento ser-lhe-á aplicado. A terceira variação é *excepting the parties to the overruling decision from the denial of retroactivity*, ocorrendo quando, excetuando-se o caso que originou a nova decisão, os efeitos não retroagirão ao passado. Por último, a *excepting from the denial of retroactivity cases which have not yet been tried or are still subject to appeal or collateral attack* que é a forma mais ampla de efeitos prospectivos, já que atinge todos os casos que ainda não foram julgados ou que estão sujeitos a recurso, mais comum na esfera criminal. NICOL, Andrew. *Prospective overruling: a new device for english Courts?* The Modern Law Review, vol. 39, 1976, 547-549.

<sup>385</sup> JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 199.

<sup>386</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2011, p. 423 e 424.

<sup>387</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 585.

<sup>388</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SQUADRI, Ana Carolina; ROQUE, Andre; ALMEIDA, Diogo; PANTOJA, Fernanda Medina; HILL, Flavia Pereira; SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista; SCHENK, Leonardo Faria; FARIA, Márcio Carvalho; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; RODRIGUES, Roberto; NAVARRO, Trícia. *Judicial rulings with prospective effect – I.B. general legal theory*. Revista de Processo - REPRO, ano 39, vol. 232, junho/2014, p. 296-297.

*obter dictum* (uma decisão judicial com eficácia meramente prospectiva não seria nada além do que *obter dictum*), já que as razões de decidir não se aplicariam ao caso que as originou. Ressalte-se que essa crítica atinge tão somente a eficácia prospectiva pura, aquela em que o efeito não atinge o caso em julgamento. Seria incongruente dizer que a *ratio decidendi* da decisão não se aplica ao caso que lhe originou, configurando assim apenas um *obter dictum*. Alerta o autor, entretanto, que tal empecilho estaria resolvido se a decisão prospectiva atingisse o caso concreto e os futuros, ou seja, *limited prospective*.

A segunda das desvantagens é que *the function of case law is focused above all on the production of retroactive decisions* (a função da jurisprudência é focada na produção de efeitos retroativos), o que se justifica pelo fato de que as decisões judiciais apreciam fatos que já ocorreram, condutas passadas, e não futuras. Caso assim não seja, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário estariam sendo contrárias à sua essência, se aproximando da função exercida pelo Poder Legislativo, de produção de leis voltadas para o futuro.

A mais completa sistematização de críticas ao *prospective overruling* é trazida pelo professor Nicol Andrew<sup>389</sup>, que as sistematizou com base no direito norte-americano, mas que, segundo ele, se aplica genericamente ao *common law* e, por isso também, ao Reino Unido. São elas:

(i) *the judicial process is geared to producing a retroactive decision*<sup>390</sup>; segundo o professor, o juiz deve ter o poder de atribuir efeitos retroativos ao decidir. Para tanto, deve a Corte ser alheia às pressões políticas. Em geral, a Corte julga fatos pretéritos compensando, punindo ou invalidando um ato que já foi cometido.

(ii) *there will not be two opposed parties on every issue before the court*<sup>391</sup>; o autor diz que não será sempre que todos os pontos deduzidos no processo se tornarão questões, isto é, pontos controvertidos<sup>392</sup>. Haverá argumentos insuficientes, pontos que não serão combatidos, que não serão contestados. Neil Andrews<sup>393</sup> fala que, em certas situações, o tribunal não pode

<sup>389</sup> NICOL, Andrew. *Prospective overruling: a new device for english Courts?* The Modern Law Review, vol. 39, 1976, 548-557.

<sup>390</sup> O processo judicial é voltado para a produção de uma decisão retroativa. (tradução livre)

<sup>391</sup> Não haverá duas partes opostas em cada questão perante o tribunal. (tradução livre)

<sup>392</sup> Para a compreensão do conceito de questão como ponto controvertido, conferir capítulo sobre a teoria da cognição judicial em DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. vol. I, 11.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 293-306.

<sup>393</sup> “Sometimes a court finds its hands are tied. It cannot explore the legal framework of a case or the foundation of a rule. The reason for this is that both parties counsel wish to restrict legal discussion. This might be for



explorar uma questão jurídica como deveria fazê-la, seja porque as partes querem restringir o debate, seja porque não possuem tempo ou dinheiro. Imagine-se, por exemplo, um caso patrocinado pela defensoria pública, em que é designado curador especial para o réu revel ou ao incapaz, tudo na forma do art. 9.º do Código de Processo Civil<sup>394</sup>. Neste caso, o defensor não é obrigado ao ônus da impugnação especificada da defesa, tal como permite o art. 302, parágrafo único, do mesmo diploma legal<sup>395</sup>. Assim, não teria esta defesa a qualidade para combater as alegações do autor a ponto de serem levadas em conta pelo Tribunal ao decidir.

(iii) *it allows a court to make new law without applying it to the case before the court*<sup>396</sup>; segundo o professor, isto dá poder ao Tribunal de dispor do caso que está sendo julgado, de forma a excluir este da incidência da nova decisão, o que configuraria um *obter dictum* e uma perda de tempo para a parte que lutou, mas não foi beneficiada pelo novo entendimento.

(iv) *a judge who uses prospective overruling has too much the appearance of a legislator*<sup>397</sup>; para o autor, um juiz que utiliza o *prospective overruling* está a legislar, e não a julgar. Chega a dizer que, para manter as aparências, não há outra fórmula que o tribunal possa usar senão a de que “a regra que anunciamos hoje é e sempre foi a visão correta da lei. No entanto, reconhecendo a dependência que foi colocada sobre o antigo ponto de vista, não vamos aplicar a verdadeira visão aos eventos que aconteceram antes de hoje<sup>398</sup>”.

(v) *if prospective overruling is available, it will be used every time a court overrules*<sup>399</sup>; segundo o professor, é muito fácil optar pelo efeito prospectivo, pois ele causa menos problemas, é mais simples de manipular e incomoda menos a população que agia sobre a égide de um outro entendimento. Assim, os juízes, a todo momento, se utilizarão deste efeito,

---

*tactical reason or because they lack time or money*”. ANDREWS, Neil. *The Supreme Court of The United Kingdom and English Court Judgments*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 230, abril/2014, p. 408.

<sup>394</sup> Art. 9º O juiz dará curador especial: I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa. Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial.

<sup>395</sup> Art. 302. Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

<sup>396</sup> Permite ao Tribunal fazer nova lei, sem aplicar ao caso sob julgamento. (tradução livre)

<sup>397</sup> Um juiz que utiliza efeitos prospectivos, mais parece um legislador. (tradução livre)

<sup>398</sup> “*the rule that we announce today is and always was the correct view of the law. However, recognising the reliance which was placed on the old view, we will not apply the true view to events happening before today*”. NICOL, Andrew. *Prospective overruling: a new device for english Courts?* The Modern Law Review, vol. 39, 1976, 551.

<sup>399</sup> Se os efeitos prospectivos estiverem disponíveis, ele será utilizado a todo momento em que houver modificação de jurisprudência. (tradução livre)

de forma rápida e comum. Mas este efeito, frisa o autor, não se presta ao papel de substituir o efeito retroativo, o que seria inapropriado quando: a) a confiança não é mais do que uma ficção, b) há aviso de que a regra antiga está para ser alterada (*signaling*), c) a quebra da confiança é compensada pela injustiça da regra antiga.

(vi) *if prospective overruling were available, it would make overruling more common and upset the certainty which results from a strict doctrine of stare decisis*<sup>400</sup>, consoante leciona o autor, a possibilidade de dar efeitos prospectivos às decisões faria com que este tipo de efeito fosse mais frequente, abalando, assim, a certeza resultante da doutrina do *stare decisis*. No entanto, alerta ele, esta certeza é apenas aparente, já que a descoberta de casos antigos, o poder de distinguir a incerteza dos fatos apreciados pelos tribunais, significa que o resultado de um caso particular não é necessariamente o acertado, mesmo em um sistema rígido em que o *overruling* é raramente usado. Chega o professor a ponderar o seguinte: se através do *prospective overruling*, tira-se o elemento da confiança, então, apesar da estabilidade e previsibilidade serem importantes, pode-se sempre dizer que elas serão mais importantes do que a remoção de injustiça ou a correção de anomalias.

(vii) *prospective overruling is undesirable because it encourages judicial law reform. The principal thrust of law reform should come from a democratically elected Parliament, rather than an appointed judiciary*<sup>401</sup>: por último, o autor diz que a utilização do *prospective overruling* incentiva a reformulação das leis, sendo que este impulso deveria ser dado somente pelo Poder Legislativo. Esclarece o autor que muito do controle dessas decisões se deve à restrição ao ativismo judicial<sup>402</sup>. Assim, um juiz só pode fazer lei para as situações que vieram antes dele.

Há, pois, fundamentos contrários e a favor de ambos os efeitos dos precedentes. A todos se atribuem razões e críticas, mas esta confusão não significa algo ruim, algo que sirva para desmerecer a tradição jurídica baseada na valorização dos precedentes. A questão é

---

<sup>400</sup> Se os efeitos prospectivos estiverem disponíveis, se faria mais modificações de jurisprudência e abalaria a certeza resultante de uma rígida doutrina do *stare decisis*. (tradução livre)

<sup>401</sup> A revogação de precedentes com efeitos prospectivos é indesejável, pois incentiva a reforma da lei, ao passo que o principal impulso da reforma da lei deve vir do Parlamento democraticamente eleito, ao invés de um sistema judicial nomeado. (tradução livre)

<sup>402</sup> Acerca da compreensão e limites do ativismo judicial conferir SAMPAIO JR., José Herval. “Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?” In: *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 411-421.

tormentosa até nos próprios países em que tal tradição existe há muito tempo. Mas, como já se afirmou anteriormente, que o Brasil tem uma tradição jurídica híbrida<sup>403</sup>, ímpar, diferenciada, pois mistura uma pitada de *common law* com um tempero de *civil law*, é necessário apurar como estes efeitos devem ser tratados aqui. O questionamento passa a ser, então, qual destes efeitos é a regra no direito processual civil brasileiro, o que será apurado no último tópico deste trabalho.

#### 4.3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS

O Brasil vive um momento em que a moda é falar de precedentes. Sua valorização é por muitos criticada, mas também por muitos apontada como sendo a solução para o caos jurisprudencial que assola o país. Bastantes já foram os dispositivos apontados que indicam esta valorização. Para rememorar, brevemente, têm-se a improcedência *prima facie* ou julgamento liminar de mérito (art. 285-A, CPC); os poderes do relator aumentados por força do art. 557, CPC e do art. 518, também do CPC; os recursos repetitivos (543-B e 543-C, ambos do CPC); o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 a 476, CPC); dentre outros dispositivos legais que poderiam ser citados para corroborar a afirmação feita.

Seguindo esta mesma linha, o projeto do Novo Código de Processo Civil, conforme versão aprovada na Câmara dos Deputados em 09/10/2013, prevê um capítulo destinado a regular, exclusivamente, os precedentes judiciais, o que é feito nos arts. 520, 521 e 522 do NCCPC<sup>404</sup>.

<sup>403</sup> ZANETI JR., Hermes. “Brasil: um país de ‘common law’? As tradições jurídicas de ‘common law’ e ‘civil law’ e a experiência constitucional brasileira como constitucionalismo híbrido”. In: *Pontes de Miranda e o direito processual*. Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Roberto P. Campos Gouveia Filho [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 431.

<sup>404</sup> De acordo com a versão apresentada em 09/10/2013: COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI Nº 6.025, DE 2005, AO PROJETO DE LEI Nº 8.046, DE 2010, AMBOS DO SENADO FEDERAL, E OUTROS, QUE TRATAM DO “CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” (REVOGAM A LEI Nº 5.869, DE 1973). Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional. § 1.º O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1.º, na formação e aplicação do precedente judicial. § 2º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. § 3º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos

No projeto, inúmeros são os institutos contemplados provenientes da teoria dos precedentes, três deles, mais precisamente, aplicam-se ao presente trabalho. Tratam-se dos §§ 7.º, 10 e 11 do art. 521 do NCPC, que tratam da modificação e revogação de precedentes:

§ 7.º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

§ 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 11. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

Nesta mesma esteira de pensamento, o Projeto das Câmaras do Deputado de número 63/2013, de autoria do Deputado Federal Valtenir Pereira (PSB/MT), visa alterar a Consolidação das

---

membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. § 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos: I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão; II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão. § 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa. § 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se: I – por meio do procedimento previsto na Lei no 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput. § 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. § 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. § 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos. § 11. A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Leis do Trabalho para regular o julgamento de causas repetitivas, incluindo o art. 896-C, § 17, que diz:

§ 17. Caberá a revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos, quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado

Todas estas propostas denotam a preocupação do legislador com o fenômeno da modificação e revogação dos precedentes e, conseqüentemente, com seus efeitos perante a sociedade. Essas e outras tantas mudanças, atuais e projetadas, movimentaram os processualistas brasileiros. Fomentados e liderados pelos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual, em especial na pessoa do professor baiano Fredie Didier Jr, os processualistas brasileiros, desde 2013, contam com um Fórum Permanente de Processualistas Civis, que se reúne periodicamente para discutir questões acerca da matéria.

No encontro realizado no Rio de Janeiro, em abril de 2014, um dos enunciados produzidos tocou no assunto aqui tratado: os efeitos da superação dos precedentes. Ali, ficou estampada a posição brasileira<sup>405</sup> acerca desta questão, conforme se verifica do Enunciado n.º 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)<sup>406</sup>, consoante o qual: “Pelos pressupostos do § 10 do art. 521, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”.

<sup>405</sup> Só para citar alguns que assim pensam: ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SQUADRI, Ana Carolina; ROQUE, Andre; ALMEIDA, Diogo; PANTOJA, Fernanda Medina; HILL, Flavia Pereira; SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista; SCHENK, Leonardo Faria; FARIA, Márcio Carvalho; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; RODRIGUES, Roberto; NAVARRO, Trícia. *Judicial rulings with prospective effect – I.B. general legal theory*. Revista de Processo - REPRO. v. 229, p. 232, junho/2014, p. 275. NERY JR., Nelson. “Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior”. In: *Eficácia ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 75. CARRAZZA, Roque Antonio. “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – questões conexas”. In: *Eficácia ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 33. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. “Irretroatividade e jurisprudência judicial”. In: *Eficácia ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 1. COSTA, Marília Siqueira da. “As conseqüências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise a luz do art. 521 do Novo CPC”. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil: baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão especial presidida pelo deputado Fabio Trad*. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Henrique Volpi Camargo e Pedro Miranda de Oliveira [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 411.

<sup>406</sup> Enunciado n.º 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). DIDIER JR., Fredie; BUENO, Cassio Scarpinella; CRAMER, Ronaldo [coordenadores]. III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Rio de Janeiro. Revista de Processo – REPRO, 2014, p. 295.

Parece que esta, agora, é a opção mais conveniente. Após tanto tempo em que preponderou justamente o contrário, o novo efeito padrão é prospectivo e, excepcionalmente, aplica-se o efeito retroativo. Este posicionamento, contudo, só alimenta as críticas de que os efeitos prospectivos serão utilizados rotineiramente, pois abalam menos o sistema, incomoda pouco a população, não perturba a ordem das coisas e evita o caos social<sup>407</sup>.

Não é, pois, o que defende o presente trabalho. Conforme será demonstrado a seguir, não há regra, não há padrão<sup>408</sup>. Para tanto, apontar-se-á como exemplo um claro equívoco de aplicação de efeitos prospectivos pelo Supremo Tribunal Federal, ao modular efeitos de algumas decisões, que originaram a súmula<sup>409</sup> vinculante n.º 8.

Misabel Abreu Machado Derzi<sup>410</sup>, tratando dos julgamentos que originaram esta súmula, entende terem sido hipóteses de *first impression* – que consiste nas decisões inaugurais, as primeiras impressões acerca de um tema, sem que haja um precedente anterior regulando a questão – e, por isso, os seus efeitos deveriam ser retroativos.

Referidos casos foram os Recursos Extraordinários 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626, todos negados por unanimidade. Neles, ficou decidido que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais, como prescrição e decadência, em matéria tributária, incluídas aí as contribuições sociais. Quanto aos efeitos, o Ministro Gilmar Mendes assim destacou:

Na espécie, a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da lei nº 8.212/1991 pode acarretar grande insegurança jurídica quanto aos valores pagos fora dos prazos quinquenais previstos no CTN e que não foram contestados administrativa ou judicialmente. Diante desses pressupostos, pondero a esta Corte a conveniência de modular os efeitos da mencionada declaração de constitucionalidade, de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão deste julgamento. Nesse sentido, o Fisco resta impedido de exigir fora dos prazos de decadência e prescrição

<sup>407</sup> Neste sentido, NICOL, Andrew. *Prospective overruling: a new device for english Courts?* The Modern Law Review, vol. 39, 1976, 552. ALLEN, Steven W. *Toward a unified theory of retroactivity*. New York Law School Law Review, vol. 54, 10/2009, p. 109-110.

<sup>408</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 502.

<sup>409</sup> Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 8: São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário.

<sup>410</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 522.

previstos no CTN as contribuições da Seguridade Social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se pleiteada a repetição ou compensação de indébito, judicial ou administrativamente, antes da conclusão do julgamento, em 11.6.2008. Em outras palavras, créditos pendentes de pagamento não podem ser cobrados, em nenhuma hipótese, após o lapso temporal quinquenal. Por outro lado, créditos pagos antes de 11.6.2008 só podem ser restituídos, compensados ou de qualquer forma aproveitados, caso o contribuinte tenha assim pleiteado até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela via administrativa. Ou seja, consideram-se insuscetíveis de restituição os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei n 8.212/1991 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento. Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do DL n 1.569/1977 e dos arts. 45 e 46 da Lei n 8.212/1991, com modulação para atribuir eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Ocorre que, um ano antes, sob a relatoria do agora Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki, à época Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a mesma questão já havia sido julgada no Recurso Especial 616.348/MG, tendo o relator proferido a seguinte decisão monocrática:

2. A 1ª Seção do STJ, na apreciação do ERESP 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, julgado em 24.03.2004, revendo a orientação até então dominante, firmou entendimento no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de indébito, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos, tendo como marco inicial a data da homologação do lançamento, que, sendo tácita, ocorre no prazo de cinco anos do fato gerador. Considerou-se ser irrelevante, para efeito da contagem do prazo prescricional, a causa do recolhimento indevido (v.g., pagamento a maior ou declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo Supremo), eliminando-se a anterior distinção entre repetição de tributos cuja cobrança foi declarada inconstitucional em controle concentrado e em controle difuso, com ou sem edição de resolução pelo Senado Federal, mediante a adoção da regra geral dos "cinco mais cinco" para a totalidade dos casos. Assim firmada a orientação, é de ser adotada no presente caso, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo *a quo* do prazo ao universal princípio da *actio nata* (voto-vista proferido nos autos do ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003). Foi essa a tese aplicada pelo acórdão recorrido, que deve ser, portanto, confirmado. 3. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso especial (CPC, art. 557, caput).

Como se infere desta última decisão, desde 2004, já havia posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da questão. Mas por que então a autora Misabel Abreu Machado

Derzi entendeu se tratar de *first impression*? Porque, segundo ela<sup>411</sup>, as decisões de outros tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, eram prenúncios da conclusão obtida na Corte Máxima, mas não precedentes.

Em que pese mereça respeito o entendimento da autora, acredita-se que não é o mais acertado: o que ela visualiza como prenúncio, este trabalho qualifica como sinalização. Este entendimento da professora mineira deve-se ao fato de que, para ela, precedente é somente aquele advindo do Supremo Tribunal de Federal, ou pelo menos é essa a impressão que se extrai da sua conclusão. Na verdade, como ora se defende, se os tribunais inferiores e até um superior já tinham formulado precedente a respeito desta questão, não se trata de *first impression*.

Conforme definido em capítulo próprio, precedente é a ocorrência de uma decisão (ato-fato jurídico<sup>412</sup>) anterior que sirva para a prolação de uma decisão futura, seja este efeito interpretativo ou vinculante. Para Francisco Rosito<sup>413</sup>, é toda e qualquer decisão anterior com relevância, que projete efeitos jurídicos ao futuro, condicionando o comportamento de distintos sujeitos em casos similares, o que denota seu caráter normativo.

Nesse sentido, as reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça não podem ser menosprezadas. Havia, sim, precedentes formados, tanto que esta própria Corte os utilizava, como consta na decisão acima. Mas por que a modulação de efeitos, então? Como a própria professora mineira argumenta, devido a “razões, genericamente denominadas de ‘segurança jurídica’”<sup>414</sup>.

Foi mal o Supremo Tribunal Federal quando não considerou as decisões anteriores de seus colegas do Superior Tribunal de Justiça como precedentes. Não é a hierarquia do Tribunal Superior que define se sua decisão é um precedente ou não; este é, apenas, um dos fatores que

---

<sup>411</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 526.

<sup>412</sup> DIDIER JR., Fredie; e NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 49

<sup>413</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 92.

<sup>414</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 526.



o qualificam. Nada impediria que o STF reconhecesse a decisão do STJ como precedente. Não haveria nenhuma irregularidade nisso. A modulação de efeitos, neste caso, partiu de uma segurança jurídica que não mais existia, já que muito tempo antes o STJ já vinha se posicionado a favor da inconstitucionalidade dos dispositivos legais. Não havia mais confiança a ser protegida. Não havia mais surpresa na decisão; ao revés, ela já era esperada e seria o mais óbvio e lógico a acontecer.

Sendo assim, uma vez que, para este trabalho, não se considera este caso como exemplo de um *first impression*, qual seria a hipótese de sua caracterização então? Qualquer decisão em que o debate ainda não tenha sido realizado com as devidas qualidades que revestem a caracterização de um precedente com repercussão geral. Por exemplo, um julgamento de Tribunal Regional ou Estadual feito por uma turma isolada, e não pelo pleno. Ou então, uma análise colegiada em que a matéria foi discutida, mas não como causa principal. Ou, ainda, um caso em que a divergência dos componentes do Tribunal impeça de se formar uma posição sólida a respeito de determinada matéria.

Poder-se-ia, também, citar como *first impression* o julgamento<sup>415</sup> já relatado do aborto de anencéfalos. A discussão deste caso não possuía nenhum precedente que tivesse analisado a questão a fundo, com participação da sociedade (*amicus curiae*), com todo o plenário de uma alta corte reunido, com profundidade suficiente como a que houve. Assim, considerando-se este caso como o primeiro precedente de uma tese, seria correto atribuir-lhe eficácia prospectiva? Criminalizar todos os abortos de anencéfalos cometidos antes da decisão? Punir todos aqueles que exerceram o direito, ainda que se arriscando, de não gerar um feto sem cérebro?

Por certo que não. Primeiro porque da leitura do art. 11 da Lei 9.882/1999<sup>416</sup>, que regula a ADPF, se depreende que sua regra geral é o efeito retrospectivo. Segundo porque, como se trata de primeira impressão, sem precedente, não se pode dizer que houve confiança quebrada; nunca houve confiança exercida porque não se tinha decisão na qual confiar. Também não se pode dizer que havia uma expectativa ou uma praxe que corroborasse para que a tese

---

<sup>415</sup> ADPF nº 54/DF.

<sup>416</sup> Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

vencedora fosse a descriminalização: todos aqueles que se arriscaram o fizeram conscientemente, sabendo que poderiam ser enquadrados no tipo penal.

Portanto, não se deve atribuir efeitos prospectivos à decisão *first impression*, pois, *a priori*, não há confiança a ser tutelada. A existência da confiança deve ser avaliada no caso concreto, para que se possa falar em modulação de efeitos. Diz-se *a priori* porque não é somente a existência de precedente que gera confiança, esta pode ser gerada também através de práticas reiteradas do Poder Público, como afirmam a própria Lei de Processo Administrativo Federal e o Código Tributário Nacional, ambos já citados. Portanto, não há padrão a ser seguido.

Este é o mesmo entendimento a ser aplicado à modificação de jurisprudência. É necessário avaliar, caso a caso, se houve quebra da confiança a legitimar uma proteção, e não um padrão preestabelecido que impõe um ou outro efeito. É a confiança que demandará efeitos prospectivos ou não. Segundo Francisco Rosito<sup>417</sup>, a questão é de quando a confiança torna-se legítima a ponto de exigir a proteção jurídica. Para o autor, esta legitimação que geraria a modulação dos efeitos somente ocorre quando se verificar: a) que o entendimento jurisprudencial tenha gerado confiança, o que ocorre com a publicação do precedente, independentemente do seu trânsito em julgado; e b) quando essa confiança for legítima, o que se dá com a repercussão do precedente, identificada, sobretudo, pela autoridade dos argumentos descritos na *ratio decidendi* e de sua correção material.

Humberto Ávila<sup>418</sup> sistematiza quatro fatores que justificam a proteção da confiança pela modulação dos efeitos de decisão (*prospective overruling*), a saber: a) quanto maiores forem a vinculatividade e a pretensão de permanência da decisão, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada; b) quanto maior a finalidade orientadora da decisão, maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada; c) quanto maior for a inserção da decisão em uma cadeia de decisões uniformes, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada; d) quanto maior a capacidade de generalização da decisão, maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada.

---

<sup>417</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 348.

<sup>418</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 489-499.

Além disso, complementa o autor, a confiança a ser protegida é a confiança concreta<sup>419</sup>, ou seja, é necessário ter havido exercício da confiança, bem como sua respectiva frustração, gerando assim um resultado desvantajoso para aquele que agiu confiando no precedente revogado. É a confiança justificada. Se esta existe, deve ser tutelada; se não existe, não há o que se proteger, porque não se protege o que não existe.

A verdade é que ambos os efeitos, retrospectivo e prospectivo, trazem benefícios e malefícios, como visto nas ponderações contra e a favor de cada um deles. Pode ser que em um determinado caso caiba o efeito retrospectivo e que, em outro caso, seja mais prudente a aplicação do efeito prospectivo. E quem escolhe? Quem decide qual o efeito será cabível? A partir de que data? Será cabível no processo em que a revogação ocorreu? E nos processos pendentes também?

Para todas estas perguntas, a resposta é a mesma: a confiança. É ela que servirá de medida para avaliar o cabimento de cada um dos efeitos. Não se trata de uma questão de mera escolha. Não é opção a adoção de um ou de outro efeito: é imposição. E esta imposição é medida pela confiança, a qual delimitará a partir de quando os efeitos da revogação irão vigor. Assim como é esta confiança que delimitará se os efeitos atingirão o processo que originou a revogação ou os processos pendentes.

Mas, para avaliar a modulação dos efeitos, é necessário entender quando esta confiança justifica a proteção. É preciso distinguir princípio da proteção da confiança de segurança jurídica, conforme detalhado em capítulo próprio. Em breve resumo, Marília Siqueira da Costa<sup>420</sup> afirma que aquele é um subprincípio deste, e, exatamente por um decorrer do outro, eles possuem traços distintivos. De acordo com Almiro do Couto e Silva<sup>421</sup>, a segurança jurídica é um princípio que se ramifica em duas partes: uma objetiva e outra subjetiva. A

---

<sup>419</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 496-497.

<sup>420</sup> COSTA, Marília Siqueira da. "As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise a luz do art. 521 do Novo CPC". In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil: baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão especial presidida pelo deputado Fabio Trad*. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Henrique Volpi Camargo e Pedro Miranda de Oliveira [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 403.

<sup>421</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14/08/2014.

primeira delas está ligada aos limites de retroatividade dos atos estatais, isto é, a garantia de direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito. A segunda parte, subjetiva, está ligada à proteção da confiança dos jurisdicionados com relação aos atos e condutas do Estado como um todo.

Aparentemente inútil, a distinção é de grande relevância. “O princípio da segurança jurídica revelaria, assim, a face geral da segurança jurídica, protegendo o interesse de todos, apesar, eventualmente, do interesse de alguns; ao passo que o princípio da proteção da confiança garantiria o interesse de um ou de alguns apesar, eventualmente, do interesse de todos<sup>422</sup>”. Isto quer dizer que, eventualmente, a aplicação desses princípios pode gerar resultados opostos, pois poderá haver choque entre o interesse do todo (segurança jurídica) e o interesse de algum ou alguns (proteção da confiança). Por isso se afirma que o princípio da proteção da confiança é um limitador do princípio da segurança jurídica, sendo necessária a compatibilização entre esses princípios.

Relembrados os conceitos, passa-se agora a analisar quais os pressupostos para a incidência do princípio da proteção da confiança. Marília Siqueira da Costa<sup>423</sup> apresenta-os assim: a) base da confiança; b) confiança; c) exercício da confiança; e d) frustração da confiança.

Por base da confiança entende-se os pilares nos quais será erguida a confiança. É o comportamento estatal que serviu de fundamento para o exercício dos direitos originados da confiança. Para tanto, é necessário que esta base seja sólida de tal modo a proporcionar a confiança, sendo por meio de critérios orientadores<sup>424</sup> a avaliação do grau de confiabilidade em uma determinada base da confiança. Portanto, cada base da confiança tem um grau de confiabilidade, sendo que “haverá proteção da confiança quando houver, relativamente aos vários critérios, mais razões para proteger a confiança do que para não a proteger<sup>425</sup>”.

---

<sup>422</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 369.

<sup>423</sup> COSTA, Marília Siqueira da. “As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise a luz do art. 521 do Novo CPC”. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil: baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão especial presidida pelo deputado Fabio Trad*. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Henrique Volpi Camargo e Pedro Miranda de Oliveira [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 405-409.

<sup>424</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 381-402.

<sup>425</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 378.

Tais critérios serão analisados a luz das já mencionadas dimensões<sup>426</sup> dos precedentes: horizontal ou vertical; decisão monocrática, colegiada ou plenária; *ratio decidendi* ou *obiter dictum*; e força vinculante ou persuasiva. Somente a título de exemplificação, pode-se averiguar a qualidade do precedente de acordo com: a) o tribunal de que proveio o precedente; b) o tempo em que o precedente está vigente; c) como se deu a votação dos julgadores na construção do precedente, se houve ou não divergência, se foi por maioria de votos ou unânime; d) se tem eficácia vinculante, ou não; e) se há reiteração deste precedente pelo próprio tribunal e por outros; f) se a doutrina apoia a tese do precedente, ou não.

Além da base, são pressupostos a confiança e seu efetivo exercício. Mas não basta uma confiança em tese. Se fosse assim, somente pelo fato de um julgamento ser proferido pelo Poder Judiciário já estaria configurada a confiança. É indispensável que o cidadão tenha agido em conformidade com o precedente, requisito este que demonstra que a confiança depositada naquele julgado foi, de fato, exercida.

Por último, para que a confiança mereça tutela, deve estar presente a frustração da confiança. O jurisdicionado tem que enxergar, na aplicação dos efeitos retroativos, uma legítima frustração às atividades realizadas, que foram pautadas no entendimento anterior, e a sua alteração deve vir a configurar como desvantajosa a atitude tomada no passado.

Destarte, restando demonstrados esses quatro pressupostos, a confiança deve ser tutela. Pode ocorrer, contudo, de a confiança do cidadão ser abalada antes mesmo da revogação em si, quebrando a relação de confiança existente entre o jurisdicionado e o precedente. Tal abalo pode se dar de algumas formas como, por exemplo, a criação de uma nova lei que contradiga o precedente; ou a existência de julgados que contrariem o precedente posteriormente à sua formação, mas reformados para se alinharem ao precedente; debates políticos ou jurídicos que contestem um entendimento pacificado; movimentos sociais de manifestação contra um determinado julgado; dentre outros.

Exemplo claro de sinalização é o trazido pelos professores Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

---

<sup>426</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 100-130.

Logo após a crise econômica mundial, a Embraer promoveu uma demissão coletiva. Esse procedimento foi levado ao judiciário trabalhista, em razão da magnitude de suas consequências. O TST, ao julgar o recurso da Embraer, entendeu, por maioria, que a dispensa não fora abusiva, muito menos teria havido ofensa à boa-fé objetiva, exatamente porque a jurisprudência não criava restrições para esse tipo de conduta empresarial. Sucede que o mesmo TST decidiu fixar ‘a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores’. (TST-RODC - 30900-12.2009.5.15.0000, rel. Min. Maurício Godinho Delgado, j. em 10.08.2009). Percebe-se claramente que o TST, para não proceder a um *overruling* com eficácia retrospectiva, e assim ferir o princípio da confiança, procedeu ao *signaling*, alertando sobre a sua futura orientação jurisprudencial. Fez, em suma, um *overruling* prospectivo (sobre o *overruling* e o *signaling*, ver o v. 2 deste Curso). Observe-se que a Embraer venceu a causa, no particular, tendo em vista que o TST entendeu que a sua conduta não fora abusiva. Será, porém, que ela teria interesse recursal, para discutir a “premissa”, que se encontra na fundamentação da decisão, evitando a caracterização do *overruling*? Parece que sim. E, de fato, foi o que aconteceu: houve recurso extraordinário para o STF<sup>427-428</sup>.

Também se configura a quebra da confiança quando a doutrina tece severas críticas ao precedente, demonstrando seu equívoco ou incongruência. Quando estas críticas são oriundas de professores ou juristas respeitados e, sobretudo, se são pacíficas<sup>429</sup>, a confiança no precedente é abalada de tal maneira que o jurisdicionado reduz paulatinamente a previsibilidade de consequências das ações baseadas neste julgado. Outra hipótese é a sinalização feita por meio da *obter dictum* que, segundo Andrew J. Wistrich<sup>430</sup>, tem como uma de suas funções apontar a direção em que o precedente pretende seguir. Assim, através da análise da *obter dictum* de julgados que tratem indiretamente do tema exposto no precedente, é possível se obter um sinal.

Em tais casos, há uma sinalização de abalo das estruturas que sustentam a confiança naquele precedente, ocasionado pelo próprio Poder Judiciário ou por órgãos alheios a esta estrutura, como o legislativo e o executivo, ou, ainda, por meio da doutrina. O importante é ter em

<sup>427</sup> DIDIER JR., Fredie Souza; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 53.

<sup>428</sup> Este é um exemplo de sinalização explícita através da qual um tribunal aplica a regra antiga no caso sob julgamento, mas descreve a nova regra e afirma que ela será aplicada nos casos subsequentes (“*Explicit signaling*’ occurs when a court applies the old rule in the case before it, but describes the new rule and states its intention to apply the new rule in future cases”). WISTRICH, Andrew J. *The evolving temporality of lawmaking*. Connecticut Law Review, vol. 44, fevereiro/2012, p. 769

<sup>429</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 337.

<sup>430</sup> “Dicta can help future courts by clarifying a complicated subject or signaling the future direction of the law”. WISTRICH, Andrew J. *The evolving temporality of lawmaking*. Connecticut Law Review, vol. 44, fevereiro/2012, p. 768.

mente que a sinalização não é atividade exclusiva do Poder Judiciário ou de suas decisões. Óbvio que sua força é maior quando advém destes, mas outras são as hipóteses de sinais como já exemplificado.

Identificado o ponto a partir do qual a confiança não é mais justificada, desde quando é aceitável que o cidadão comum não mais dê credibilidade a um determinado precedente, é possível adentrar o tema da modulação dos efeitos da revogação de precedentes.

Segundo Teori Albino Zavascki<sup>431</sup>, há duas espécies de modulação de efeitos. A primeira é *ope legis*, que independe de provimento judicial específico, e ocorre quando a própria lei restringe os efeitos de uma decisão, para que ela atinja determinadas situações jurídicas, definitivamente consolidadas devido a ocorrência de um dos fenômenos da estabilidade<sup>432</sup>.

A segunda espécie é a que decorre de decisão judicial. Esta espécie está prevista tanto no art. 27 da Lei 9.868/1999<sup>433</sup>, como no art. 11 da Lei 9.882/1999<sup>434</sup>. Da leitura desses dispositivos, conclui-se que, no Brasil, o princípio constitucional da nulidade de lei inconstitucional, decorrente do princípio da supremacia da Constituição, não permite que, em regra, os efeitos sejam prospectivos<sup>435</sup>. A regra seria, então, os efeitos retrospectivos, e, somente em virtude de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, poderiam ser atribuídos efeitos prospectivos.

---

<sup>431</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 66.

<sup>432</sup> Propondo um tratamento conjunto dos fenômenos da estabilidade (coisa julgada, preclusão, efeito preclusivo, etc.), e não mais isoladamente como o faz a doutrina tradicional, conferir CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 254-263.

<sup>433</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>434</sup> Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>435</sup> Neste sentido: VELANO, Emilia Maria. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 81. ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 394.

É importante, contudo, verificar o que significam estas razões de segurança jurídica e excepcional interesse público. Tratam-se de conceitos jurídicos abertos<sup>436</sup> que requerem preenchimento. A segurança jurídica, como visto, está ligada a ideia de previsibilidade, estabilidade; já o interesse social é um conceito mais fluido, que pode englobar desde o anseio da sociedade até o impedimento de um grande prejuízo que a atinja.

Emilia Maria Velano anota que a doutrina do Supremo Tribunal Federal é recente e oscilante a respeito dos requisitos da modulação dos efeitos<sup>437</sup>, o que leva a uma análise casuística do que esta corte vem entendendo sobre o tema. Carlos Alberto Navarro Perez analisa criticamente o posicionamento adotado pelo STF:

De modo geral, sobre a aplicação da modulação temporal, bem compreendeu o STF que a técnica encontra fundamento nos postulados da unidade, da concordância prática e da supremacia das normas constitucionais, destinando-se, dentre outras coisas, a assegurar o estado de constitucionalidade. De outro modo, não ficou assente na jurisprudência do STF a natureza da técnica: alguns ministros, dentre os quais Gilmar Mendes, vislumbraram a modulação temporal como dever constitucional vinculado; outros, a exemplo de Ricardo Lewandowski, consideraram a providência como atividade discricionária. Sobre o método de definição do direito aplicável ante a colidência de princípios constitucionais por ocasião da pronúncia de inconstitucionalidade, nem sempre as decisões foram explícitas a este respeito. Não obstante, a leitura integral das deliberações dos ministros e raras indicações expressas permitem subentender que a ponderação de interesse foi consagrada como procedimento utilizado para a resolução do conflito normativo. Especificamente sobre o procedimento das ponderações realizadas, não se avista o palmilhar de uma metodologia estruturada, marcada por etapas definidas e fundamentadas, com exposição de critérios controláveis. Como regra, limitaram-se as decisões: (1) à constatação da colisão de princípios constitucionais; e (2) ao declínio da solução reputada adequada. Sendo assim, as decisões adotadas furtaram-se ao dever de mencionar: (1) as fases do procedimento da ponderação; (2) a aferição dos aspectos relevantes relacionados às situações jurídicas surgidas com base na lei inconstitucional; e (3) os postulados utilizados para conformar o conteúdo da norma de decisão. Com isto, ressentem-se a racionalidade e a objetividade, aumentando-se os riscos do subjetivismo e do arbítrio judicial. [...] Com efeito, para realizar a modulação em sede de controle concreto, o STF tem utilizado argumentos extraídos fora do âmbito de cognição do caso concreto, no intuito de demonstrar a ocorrência de grandes prejuízos à segurança jurídica ou ao interesse público.<sup>438</sup>

---

<sup>436</sup> ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei nº 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 88.

<sup>437</sup> VELANO, Emilia Maria. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 83.

<sup>438</sup> PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 433-434 e 436.



O presente estudo compartilha do entendimento acima esposado, de que o Supremo Tribunal Federal não está aplicando a modulação de efeitos como deveria. Não está analisando corretamente quais os requisitos para sua ocorrência.

Revelando que a oscilação de entendimentos sobre a modulação dos efeitos dos precedentes é um problema generalizado, cite-se o caso norte-americano. Em 1965, no caso *Linkletter v. Walker*, foi criado um teste judicial para se apurar qual efeito deveria ser atribuído a um julgamento, ou seja, um teste para respaldar a modulação dos efeitos. Alterando-se o posicionamento da época – de que a decisão atual era, e sempre foi, a correta –, este teste consistia na análise de três fatores<sup>439</sup>: a) aplicação retroativa, somente se servir ao propósito da nova regra; b) se houve confiança depositada na regra anterior; c) como se daria hipoteticamente o efeito retroativo. Contudo, os próprios americanos voltaram ao posicionamento anterior, como já demonstrado aqui.

Quais, então, os requisitos corretos para a modulação dos efeitos? Humberto Ávila<sup>440</sup> sistematiza os requisitos em três esferas: pressupostos, finalidades e procedimento, tendo cada uma dessas suas subdivisões. Detalhar-se-á cada um.

Quanto à esfera dos pressupostos, são eles: (i) excepcionalidade do caso. A modulação de efeitos somente deve ocorrer num caso excepcional, diferenciado, difícil, que não seja corriqueiro, pois, segundo o autor, toda manutenção de efeito passado de lei inconstitucional envolve um contrassentido; (ii) inexistência de inconstitucionalidade manifesta do ato impugnado. A modulação de efeitos somente pode ser adotada nos casos em que o ato impugnado foi exercido legitimamente, ou seja, que seja plausível o ato praticado de acordo com a confiança depositada no entendimento ou prática anterior.

---

<sup>439</sup> “In place of the conventional rule that courts should generally decide cases according to their best current understanding of the law, *Linkletter* announced that “retroactivity” would be governed by a three-factor test: (1) whether retroactive application serves the purpose of the new rule, (2) whether the parties relied on the old rule, and (3) what the effect of retroactive application would be. Applying these factors to *Linkletter*’s case, the Court concluded that prospectivity was the appropriate result. The exclusionary rule was meant to deter unconstitutional searches, a purpose which would not be served by applying the rule to searches conducted under *Wolff*. According to the Court, states had ‘relied on *Wolff* and followed its command.’ And ordering new trials in untold numbers of concluded cases would plainly create disruptive effects. ROOSEVELT III, Kermit. *A retroactivity retrospective, with thoughts for the future: what the Supreme Court learned from Paul Mishkin, and what it might*. California Law Review, vol. 95, 2007, p. 1.683.

<sup>440</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 572-586.

Quanto à finalidade: (iii) restauração do estado de constitucionalidade. Somente pode haver modulação de efeitos se a declaração de nulidade da lei não restaurar o estado de constitucionalidade, isto quer dizer que a modulação dos efeitos funciona em caráter subsidiário, na medida em que serve para recompor o estado de constitucionalidade não alcançado pelo efeito retroativo, sem gerar mais inconstitucionalidade; (iv) proteção direta da segurança jurídica objetiva e indireta dos direitos fundamentais. Deve a modulação se prestar ao papel de preservar a segurança jurídica de um modo geral, sem se limitar ao aspecto financeiro, devendo, também, manter a credibilidade do ordenamento jurídico, a fim de evitar que a não modulação dos efeitos atingisse os direitos fundamentais de quem agiu confiando no passado, de forma aceitável; (v) evitar grave ameaça à segurança jurídica. Somente deve ser aplicada quando a decretação de nulidade *ex tunc* for capaz de criar elevado estado de insegurança jurídica.

Por último, a esfera do procedimento: (vi) garantia de contraditório a respeito da modulação, na medida em que é preciso oportunizar aos sujeitos do processo o debate acerca deste tema, aí incluídas as partes, Ministério Público, *amicus curiae*, etc.; (vii) aplicação segura da modulação de efeitos com base na segurança jurídica. Deve a modulação de efeitos expressamente justificar a existência de uma norma inconstitucional e, ao mesmo tempo, eficaz. Ademais, compete-lhe comprovar, documentalmente ou presumidamente, os efeitos negativos de se adotar a eficácia *ex tunc*.

Analisando a classificação do professor Humberto Ávila, tem-se a impressão de que ele utiliza o termo modulação de efeitos como sinônimo de efeitos prospectivos, como se toda modulação de efeitos sempre fosse gerar efeitos para frente. Não é esta a posição aqui defendida.

Modulação de efeitos, aqui, é sinônimo de ajuste dos efeitos, como uma mensuração, uma equação realizada para se definir a partir de quando uma regra passa a produzir efeitos, podendo este marco inicial ser fixado no passado, no presente ou no futuro. A este exercício de demarcação, denominar-se-á: juízo de modulação. Através dele o magistrado fixará o exato momento em que uma determinada regra surtirá efeitos. Esta demarcação pode ser feita através do apontamento de uma data específica, de uma quantidade específica de tempo ou até mesmo de um evento específico. Por exemplo, pode-se determinar que os efeitos passem a

vigorar no dia X, ou no prazo de sete meses ou, ainda, após o próximo verão. A questão é: como achar este marco?

Como apontado, quem demanda a modulação de efeitos é a proteção da confiança. Este é o ponto de partida para se localizar o exato momento. É a partir de quando a confiança perde as características que legitimam a sua proteção que devem ser atribuídos efeitos a uma nova regra. Pode acontecer, inclusive, que esta confiança nunca tenha existido, como nos casos de *first impression*, em que nenhuma regra anterior, tampouco atos do Estado corroboram o exercício de uma confiança específica. Assim, como não há um marco específico a ser encontrado, os efeitos não terão limitação de tempo e poderão ser aplicados ilimitadamente, para o passado e para o futuro. Nesta hipótese, destarte, os efeitos deverão ser retroativos.

Por outro lado, caso seja possível precisar o momento em que esta confiança foi abalada, não há porque ignorar este fato. Imagine-se, por exemplo, o caso de sinalização expressa, já citado, trazido pelos professores Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>441</sup>. O voto<sup>442</sup> assim determinou:

Em síntese: as dispensas coletivas de trabalhadores, substantiva e proporcionalmente distintas das dispensas individuais, não podem ser exercitadas de modo unilateral e potestativo pelo empregador, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho, devendo ser submetidas à prévia negociação coletiva trabalhista ou, sendo inviável, ao processo judicial de dissídio coletivo, que irá lhe regular os termos e efeitos pertinentes. Neste ponto, para os casos futuros, a d. Maioria da 5DC fixou tal premissa (embora a d. Maioria, para o caso vertente nestes autos, não reconheça abusividade ou falta de boa-fé objetiva na dispensa massiva perpetrada – até mesmo porque a premissa aqui fixada não era ainda acolhida na Jurisprudência até então dominante).

A premissa ora fixada é: “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”.

É que a negociação coletiva ou a sentença normativa fixarão as condutas para o enfrentamento da crise econômica empresarial, atenuando o impacto da dispensa coletiva, com a adoção de certas medidas ao conjunto dos trabalhadores ou a uma parcela deles, seja pela adoção da suspensão do contrato de trabalho para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador (art. 476-a da CLT), seja pela criação de Programas de Demissão Voluntária (PDVs), seja pela

<sup>441</sup> DIDIER JR., Fredie Souza; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 53.

<sup>442</sup> Íntegra do voto disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2009&numProcInt=610045&dtaPublicacaoStr=04/09/2009%2007:00:00&nia=4889173> >. Acesso em 21/08/2014.

observação de outras fórmulas atenuantes instituídas pelas partes coletivas negociadas.

Este julgamento ocorreu em 2009. Suponha-se agora que, em 2013, uma outra empresa resolve fazer demissão em massa, sem realizar prévia negociação coletiva. Suponha-se, ainda, que este caso vá parar no TST novamente e que, agora, fazendo referência ao julgamento de 2009, esta Corte entenda ser obrigatória a negociação coletiva prévia. Pergunta-se: a partir de quando este *overruling* terá efeitos? A partir do julgamento datado de 2013? A partir de 2009? Ou sempre (*ex tunc*)? Os efeitos serão produzidos a partir de 2009, oportunidade em que o TST, através da técnica de sinalização, abalou a confiança do cidadão e pavimentou o caminho para um futuro *overruling*, sem que seja gerado um caos social quando da sua ocorrência.

Pergunta-se, ainda: se, em 2013, o TST entender que os efeitos devem operar a partir de 2009, este efeito é retroativo ou prospectivo? Depende do ponto de vista. Se estiver sendo avaliado um caso anterior a 2009, entender-se-á que o efeito foi prospectivo, mas se o caso ocorrer entre a sinalização e o novo julgamento, por exemplo, em 2011, neste caso o efeito será retroativo em face do caso que está sendo julgado, mas prospectivo se confrontado em razão do caso sinalizador.

Infere-se daí a maior importância da sinalização. Seja na forma do *signaling* praticado pelos tribunais, seja a partir de outros tantos meios, como práticas reiteradas, doutrina, imprensa, qualquer meio que seja capaz de abalar as estruturas que solidificam a base da confiança. É o que Ben Juratowich chama de *fair warning*<sup>443</sup> (aviso justo), possibilitando, assim, um marco a partir do qual os efeitos da revogação de um precedente passariam a operar.

O diferencial da posição ora defendida está no entendimento acerca da obrigatoriedade deste juízo de modulação, pois ora se defende que não há efeito padrão a ser seguido. Acredita-se que um efeito típico fomenta a não realização deste juízo de modulação, estimula o silêncio da decisão a este respeito e acaba por acolher defensores de ambas as correntes (retrospectiva/prospectiva). Thomas da Rosa de Bustamante<sup>444</sup> afirma que as revogações

---

<sup>443</sup> JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 58.

<sup>444</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 389.

implícitas merecem repúdio, do que se conclui que a decisão que não avalia a questão da produção de seus efeitos também merece.

E quando, de fato, a decisão não versar sobre a modulação de efeitos? A resposta dependerá de se tratar de uma *first impression* ou de um *overruling*. Se for o primeiro caso, não haverá problema, pois a decisão de *first impression* não se autointitula como precedente. O precedente não nasce como precedente, ele é reconhecido no futuro como tal. Esta conclusão se extrai do próprio conceito de precedente, qual seja, a decisão capaz de irradiar efeitos para o futuro; mas estes efeitos só poderão ser sentidos no futuro e quando o futuro chegar. Por isso, a primeira decisão acerca de um tema em que não há confiança justificada formada operará efeitos ilimitados, para o passado e para o futuro, similar ao que acontece com o efeito *ex tunc*, mas com a diferença de que agora se trata de um juízo consciente de que não havia confiança que demandasse modulação de efeitos.

Já quando se trata de *overruling* ou de uma primeira decisão em que os atos da Administração Pública tenham legitimado a criação de uma base da confiança, não haverá outro jeito. A decisão necessitará, obrigatoriamente, versar sobre a modulação dos efeitos; caso contrário, configuraria omissão que desafia oposição de embargos de declaração, na forma do art. 535, inciso II, do CPC<sup>445</sup>. Frise-se que a omissão que desafia embargos de declaração, neste caso, não se restringe às alegações das partes, mas sim ao ponto sobre o qual o juízo deveria se manifestar – porque inerente à própria decisão – e não o fez. É a incompletude da entrega da prestação jurisdicional<sup>446</sup> que legitima a oposição deste instrumento aclaratório.

Nesse sentido, dois direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, exigem este juízo de modulação: a segurança jurídica e o direito à fundamentação das decisões. Segundo Dirley da Cunha Jr.<sup>447</sup>, tais direitos são posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto

---

<sup>445</sup> Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: ([Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994](#)) II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

<sup>446</sup> Fernando Rubin anota que “há evidente e importante ponto de contato entre a utilização do recurso de Embargos de Declaração e a concepção de suficiente ou plena prestação jurisdicional. Ocorre que, inúmeras vezes, o recurso em estudo é manejado para que seja completada a prestação jurisdicional [...]”. RUBIN, Fernando. *O cabimento dos embargos de declaração para a concretização de uma prestação jurisdicional efetiva*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 230, abril/2014, p. 180. Neste sentido também, Bernardo Pimentel Souza quando diz “também configura omissão a inércia do órgão julgador diante de matéria apreciável de ofício”. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6.º ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 633.

<sup>447</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 550.

de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas.

Como posição jurídica, tais direitos legitimam seus titulares a exigir seu respeito. Assim, o jurisdicionado pode exigir que a segurança jurídica e a proteção da confiança, como direitos fundamentais que são, sejam levadas em consideração na formulação de uma regra que tenha o condão de atingir as bases da confiança. É preciso pois, como afirma Hermes Zaneti Jr.<sup>448</sup>, pensar o processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais. Deve ser assegurada à participação dos destinatários da decisão na sua formação, deve também ser assegurada a estes destinatários que sua segurança jurídica e confiança sejam levados em consideração. O processo é meio à concretização desses direitos, o que só irá acontecer se eles forem levados em consideração quando da prolação da decisão através do juízo de modulação.

Veja-se, por exemplo, a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem a segurança jurídica está ligada a muito mais direitos fundamentais do que aparenta:

No caso da ordem jurídica brasileira, a Constituição Federal de 1988, após mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, incluiu a segurança no seletivo elenco dos direitos “invioláveis” arrolados no *caput* do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Muito embora em nenhum momento tenha o nosso Constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (artigo 5º, incisos LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do artigo 5º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica.<sup>449</sup>

---

<sup>448</sup> ZANETI JR., Hermes. “A teoria circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)”. In: *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. [coordenador] Salvador: JusPodivm, 2008, 426.

<sup>449</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. Revista

Da análise de suas relações com outros direitos, se infere que a segurança jurídica está atrelada à ideia de tempo, estabilidade e continuidade. Como conclui Antonio do Passo Cabral, é necessário que o enfoque da segurança jurídica seja baseado na continuidade jurídica, “protegendo os interesses humanos de estabilidade e permanência, mas viabilizando também a alteração das posições jurídicas estáveis”<sup>450</sup>.

Ora, se a segurança jurídica representa permanência e mudança, é preciso que uma decisão justifique se mantém o direito como está ou se o modifica. Além disso, se a intenção é dar segurança na posição adotada, nada mais justo do que delimitar no tempo a partir de quando esta posição irá produzir efeitos.

Decisão sem este juízo de modulação, então, é decisão incompleta. É decisão dada sem levar em consideração o direito fundamental à segurança jurídica e, por tabela, ao direito fundamental à fundamentação da decisão. Explica José Emilio Maduar Ommati<sup>451</sup> que a fundamentação das decisões judiciais é um direito fundamental do cidadão e um dever constitucional dos órgãos julgadores, isto é, o dever de explicitar as razões que os levaram a decidir de uma forma ou de outra.

Considere-se, então, dois fatores: a) a decisão que não trata a respeito dos efeitos, a depender da doutrina que se adote, gerará um padrão de efeitos retrospectivo ou prospectivo; b) o silêncio é um ato voluntário omissivo. Disso conclui-se que o não exercício do juízo de modulação pelo órgão julgador configura uma opção pelo efeito, supostamente, padrão, o que, segundo o direito constitucional à fundamentação, deveria ser explicitado.

E, se ainda assim, mesmo se tratando de uma obrigação constitucional do órgão julgador, este quedar-se inerte em relação ao juízo de modulação devido à não oposição de embargos de

---

Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf> >. Acesso em: 14/08/2014, p. 5-6.

<sup>450</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 290.

<sup>451</sup> OMMATI, José Emilio Medauar. “A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código de Processo Civil”. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil: baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão especial presidida pelo deputado Fabio Trad*. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Henrique Volpi Camargo e Pedro Miranda de Oliveira [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 114.

declaração? Neste caso, considerando aqui que já se tornou imutável a decisão por força da coisa julgada, infelizmente ter-se-á uma modificação de precedentes sem efeitos determinados. Será, então, uma não decisão no que diz respeito a seus efeitos. Não se prestará este julgado para delimitar a partir de quando deve ele produzir efeitos como novo precedente. Caberá, então, à próxima decisão que queira utilizá-lo como tal, dispor sobre o momento a partir de quando se pode considerar aplicável o entendimento exposto no caso do qual se pretende extrair a *ratio decidendi*.

Veja-se, por exemplo, o caso da súmula 453 do STJ. Diz o enunciado que: “os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”. Ou seja, se o julgador se abster de apreciar o pedido implícito<sup>452</sup> de honorários advocatícios, sobre o qual não tenham sido opostos embargos de declaração, e, considerando que esta decisão transitou em julgado, nada será devido a este título, ainda que se pretenda apurá-lo em ação autônoma. O direito a esta verba, então, precluiu, não cabendo interpretar o silêncio da decisão como uma condenação implícita. Na elaboração desta súmula o Superior Tribunal de Justiça deixa claro que a decisão tem de trazer explicitamente a condenação para possibilitar sua execução. De igual maneira, os efeitos da revogação do precedente devem ser explicitamente considerados, para que assim possam operar. Em não havendo esta ponderação, ocorrerá que ele não terá o condão de precisar a data a partir da qual o precedente está revogado, o que se assemelha a uma lei em que não se sabe precisar a data em que foi promulgada e, por isso, começou a operar efeitos.

Não se quer dizer com isso que a decisão não resolverá o caso concreto. Este será resolvido sempre, apenas se questiona se esta decisão que se omitiu acerca da delimitação temporal dos efeitos do novo entendimento (*overruling*) pode surtir efeitos como precedente. Entende-se que estas decisões continuarão sendo novos precedentes, apenas não se pode afirmar que ela disse o que não quis dizer. Não se poderá, portanto, aplicá-la sem que no caso em que se deseje utilizar sua *ratio decidendi* se efetue o juízo de modulação para que se defina a operação de efeitos. Ou seja, não se pode presumir que o silêncio é a opção pelo efeito retroativo, tampouco opção pelo prospectivo.

---

<sup>452</sup> É a interpretação que se faz da leitura do *caput* do art. 20 do CPC: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”.



De um jeito ou de outro, portanto, o juízo de modulação se faz necessário, seja no caso em que se está aplicando o *overruling*, seja no caso posterior em que se deseje utilizá-los como precedentes. Afinal, quem cala não diz absolutamente nada!

## 5. CONCLUSÃO

A partir da argumentação exposta no presente trabalho, infere-se que os precedentes judiciais assumem, atualmente, no direito brasileiro, uma posição de destaque, sendo intensamente debatidos e cada vez mais abordados pela legislação. Inseridos no Brasil desde a época do Império, quando importada de Portugal a figura dos assentos obrigatórios – mecanismos os quais faziam vigorar aqui as decisões de lá –, os precedentes foram assumindo maior importância no decorrer da fase republicana, com a previsão desta figura jurídica em diversas leis, mencionadas no texto.

De acordo com os exemplos mencionados nesta dissertação, é possível perceber que a legislação pátria vem aumentando o prestígio a este instituto, que se intensificou, sobremaneira, no final do século X e início do século XXI, tendo culminado com a dedicação de um capítulo exclusivo para tratar do tema no projeto de Novo Código de Processo Civil.

É verdade que a ausência de familiaridade com a teoria dos precedentes ainda é grande, sobretudo pela falsa ideia de que se trata de instituto típico e exclusivo da tradição da *common law*. Soma-se a isto a falsa impressão de que falar em precedentes é tratar de um direito imutável estativo, cujo respeito cego aos julgamentos anteriores engessar o ordenamento jurídico.

Não é assim. Quedou demonstrado neste estudo, inicialmente, que os precedentes existem tanto na *common law* quanto na *civil law*, bem como se atestou que há diferença entre *common law* e a doutrina de respeito absoluto dos precedentes. Isto é, aplicar a teoria dos precedentes não necessariamente demanda a incidência da vinculação. Por isso, é plenamente possível que haja precedente, como sempre houve, em que a sua observância não seja vinculante.

Este foi o caso da comunidade jurídica do Brasil que, num primeiro contato com a teoria dos precedente, e apesar das pontuais manifestações de vinculação, encarou os precedentes num tom persuasivo, mas não vinculante.

Contudo, esse posicionamento mudou a partir de quando o direito pátrio alterou seu entendimento quanto à função judicante. Atualmente, o juiz assume um papel de fundamental

importância na construção da norma. Não se restringe ele mais a somente declarar a vontade da lei, sendo também ator na construção do direito. A nova perspectiva é de que o juiz integra a criação do direito, elaborando a norma jurídica individualizada do caso que está sob sua apreciação.

Conforme a doutrina, hoje majoritária, reconhece-se que o ato de julgar e interpretar são inseparáveis, um é corolário do outro. Não se pode julgar sem interpretar, e neste processo de interpretação o juiz atribui sentido aos enunciados normativos, numa verdadeira confecção de sentido a um texto que, após interpretado, se tornará norma.

Tal interpretação, apesar de subjetiva – por inevitável –, não é ilimitada. As balizas que a orientam são os princípios constitucionais, que impõem toda interpretação seja feita conforme a constituição, num processo de legitimação constitucional do sentido atribuído ao texto normativo. Não se trata mais de exercer um silogismo puro representado pela subsunção da premissa maior (lei) na premissa menor (fato). Não cabe mais, na atual conjuntura constitucional, esse reducionismo prático da função julgadora.

Conforme explicitado no presente estudo, essa nova percepção da atividade judicante deve muito à nova técnica de redação aplicada aos documentos legislativos: a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou vagos. Referida técnica dominou os textos normativos, numa clara tentativa de dar longevidade e maleabilidade aos escritos das leis. Caracterizasse, justamente, pela sua vagueza e imprecisão, impondo ao julgador o preenchimento da lacuna, sendo que, para tanto, o juiz deverá integrar o seu sentido, preenchendo-lhe o vazio e, por isso, complementar a criação da norma.

Não quer isto dizer que o juiz agirá discricionariamente. Como explicitado em tópico anterior deste texto, não há conveniência e oportunidade nesta atividade. Não há escolha dentre opções. Há, somente, uma decisão a se tomar, a correta, tratando-se de uma liberdade investigatória do magistrado, que não se confunde com discricionariedade.

Ressaltou-se que, tradicionalmente um país de *civil law*, o Brasil enxergava no primado da lei a segurança jurídica constitucionalmente prevista. Cabia ao juiz revelar a vontade da lei, a fim de evitar arbitrariedades que subvertessem a vontade do legislador. Os tempos mudaram e o

juiz passou assumir este novo papel, de coautor da norma junto com o legislador, o que, inclusive, foi por incentivado por meio da utilização de conceitos vagos na legislação.

Ponderou o autor que a nova percepção sobre a função judicante teve um efeito colateral. Inebriados com a possibilidade de também criarem o direito, muitos julgadores do país extrapolaram os limites de seus poderes e, supostamente respaldados pelo princípio do livre convencimento motivado, passaram a criar as leis individualmente, e não como parte de um sistema jurídico, não como parte de uma instituição, o Poder Judiciário. Passou-se a prolação de decisões não concatenadas com o sistema, configurando, assim, para os leigos, nada mais do que a opinião isolada de um membro, sem organicidade.

O direito, então, é encarado pelo jurisdicionado como não uníssono, desarmonioso, como uma loteria. A imprevisibilidade do ordenamento impede que o cidadão paute suas ações com base no que a própria Administração Pública orienta sobre o que é o direito. Afinal, para o cidadão comum, o que foi dito hoje, pode ser desdito amanhã e isso afeta a calculabilidade do direito, caracterizando o ordenamento como instável.

Diante de decisões tão dispares, e que desconsideram a teoria dos precedentes, e sob a perspectiva do jurisdicionado, tem-se que a segurança jurídica, a qual se acreditava ser ínsita ou obrigatoriamente assegurada pelas decisões judiciais, não mais existe, ou, ao menos, não está sendo atingida. Na visão do operador do direito, a segurança jurídica, em sua dimensão objetiva (respeito à coisa julgada, ato jurídico, direito adquirido, etc.), pode até estar sendo assegurada, mas, na dimensão subjetiva (a relação de confiança entre os cidadãos e o Estado), definitivamente, não está.

Seguindo o raciocínio lógico perfilado pelo autor, respeitar a segurança jurídica é também proteger a confiança do jurisdicionado, que enxerga nas decisões emanadas do Poder Judiciário a expressão mais pura do direito, do que é certo e errado, do que se é permitido ou proibido fazer. Mas esta confiança deixa de ser tutelada na medida em que carece de coerência o ordenamento jurídico, enquanto não puder o cidadão agir com base nas decisões judiciais, sem se preocupar em ser surpreendido com uma nova decisão contrária à que estimulou a sua conduta.

Por isso, o autor vislumbra, na teoria dos precedentes, a saída para conferir coerência, estabilidade, unidade, previsibilidade e calculabilidade ao direito. Através do respeito aos precedentes é possibilitado ao Poder Judiciário, ao menos, não desconsiderar desarrazoadamente o que ele mesmo atestou em decisões anteriores.

Assim, revelada a importância dos precedentes judiciais para a garantia e efetivação do princípio da segurança jurídica, esta dissertação explicitou que o precedente configura qualquer decisão cujo raciocínio jurídico (*ratio decidendi*) desenvolvido para solucionar o caso seja utilizado no futuro, para resolver outro caso. É a decisão cuja relevância repercute para o futuro, não sendo necessária sua reiteração (jurisprudência dominante), nem sua estratificação (súmula).

Ficou evidente, neste escrito, que o problema das divergências jurisprudenciais deve ser abordado explorando-se a técnica de manejo dos precedentes: o *distinguishing* método. Através desta técnica, permite-se verificar se algum caso anterior já julgado assemelha-se ao novo caso em apreço.

Nesse sentido, o autor trabalhou com a ideia de que lidar com precedentes é a arte de comparar casos, e que desta comparação poderá suceder uma das seguintes situações: a) se a similitude for negativa, não se aplica o precedente e, assim, configurado está o *distinguishing* resultado; b) se forem casos semelhantes, aplicar-se-á a *ratio decidendi* do precedente ao novo caso ou constatar-se-á a necessidade de superação do precedente.

Pois bem. A superação de precedentes é tema diretamente relacionado ao mito do engessamento do direito. É a prova de que caracterizar o direito como imutável, devido à utilização da doutrina dos precedentes, é enganar-se com uma falsa premissa. Conforme demonstrado no presente texto, a teoria dos precedentes defende o respeito a decisões passadas, mas desde que observados requisitos e critérios específicos; e, de outra banda, admite a superação dos precedentes que já não mais servem de parâmetro para o julgador, por razões de ausência de congruência social e inconsistência sistêmica. A primeira ocorre quando não se identifica no precedente a compatibilidade de seu conteúdo com os anseios sociais dos cidadãos; ao passo que a falta de consistência sistêmica é identificada pela ocorrência de decisões inconsistentes entre si, dentro do mesmo ordenamento jurídico.

Explicitou o autor as duas técnicas de superação dos precedentes. A mais radical delas é o *overruling*, na qual o precedente é revogado e um novo entendimento surge. É um juízo negativo acerca do precedente. Sua ocorrência, entretanto deve ser evitada, pois contrária ao princípio da continuidade e estabilidade do ordenamento jurídico. Por isso, sua aplicação exige uma forte carga de argumentação.

A decisão de revogação de um precedente deve ser expressa na sua intenção, visando atender ao princípio constitucional de motivação da decisão. Mas não basta uma motivação qualquer. É imprescindível que a motivação apresentada seja robusta o suficiente para convencer a todos de que uma guinada no entendimento deve ser procedida, uma vez que frustra-se, assim, a confiança depositada no precedente revogado; abala-se a segurança jurídica.

Mais branda, a outra técnica é o *overriding* e não implica a revogação do precedente, senão a sua limitação. Isto é, há clara redução do campo de incidência do precedente. Aqui, não há declaração de que o precedente anterior está errado, apenas um ajuste nas hipóteses por ele abarcadas, criando uma verdadeira exceção à regra.

Buscou o autor destacar que, inobstante parecer mais suave, o *overriding* pode configurar um verdadeiro *overruling* na exceção por ele criada: a mudança de entendimento, reduzindo-se seu campo de atuação, representa a negativa de aplicação do precedente àquele caso específico, inobstante a afirmação de que o precedente continua vigente para orientar outras hipóteses.

Como dito, ambos os casos devem ser muito bem fundamentados, pois frustram a confiança e surpreendem o cidadão, muita vezes, de maneira negativa. Assim, para evitar esta quebra de confiança abrupta é que existe a técnica de sinalização (*signaling*). Através dela, é emitido um aviso à sociedade de que um determinado precedente, no qual se deposita confiança, está em vias de ser revogado. Este aviso não se constitui num ato formal, como uma espécie de comunicado, mas sim num ato incontestado que sirva para abalar a confiança depositada num julgado anterior.

Explicitou o autor que este aviso pode ocorrer de diversas formas: uma decisão de hierarquia inferior contrária a um precedente; um aviso do próprio tribunal titular do precedente; pode ser a existência de votos divergentes quando da aplicação de um precedente; pela

promulgação de lei contrária ou incompatível a um precedente que já exista; e pode ocorrer, também, por parte da doutrina, através de debates que demonstrem a fraqueza e a necessidade de superação do precedente. Em suma, antes de se proceder à superação, é prudente seja identificado um fato que sirva a este papel de sinalizador. Assim, ninguém poderá dizer que foi pego de surpresa pela mudança de entendimento.

Em que pese a adoção de cuidados, como a cabal argumentação e o *sinaling*, é inegável que a superação de precedente quebra uma sequência de decisões ou de ações pautadas nele, de forma que seus efeitos podem causar danos às pessoas que agiram conforme suas diretrizes. Por isso, o autor acredita que discutir sobre qual efeito a superação de precedente acarreta é de suma importância.

Sobre a questão dos efeitos dos precedentes, objeto do presente trabalho, julgou-se importante esclarecer uma relação muito utilizada, mas nem sempre explicada. É bastante comum tratar dos efeitos da superação de precedentes, relacionando-os aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A razão é que, nos dois casos, os alvos das decisões são, presumidamente, tidos como corretos e estáveis (o precedente e a lei, respectivamente). Quando se declara inconstitucional uma lei, até que isso seja feito, e para todos os efeitos, a lei é constitucional e regula relações jurídicas travadas sob sua égide. De igual maneira ocorre com o precedente: enquanto não superado, pauta as ações dos indivíduos, que as calculam com base nestes julgados. Por tais motivos, no estudo dos efeitos da modificação de jurisprudência, utilizar-se á muito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Situação peculiar é a vivida pelo Brasil. Assim como em Portugal, aqui se adota o sistema misto de inconstitucionalidade. O controle difuso foi importado do direito americano, que disseminou a possibilidade de qualquer julgador controlar a constitucionalidade de uma ação ou omissão da Administração Pública. Segundo a doutrina norte-americana, impera o princípio da nulidade da norma constitucional, em que a lei inconstitucional é nula desde a sua criação, pois não se pode conceber que uma lei inconstitucional tenha produzido efeitos. Um contrassenso, alegam. Portanto, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são retroativos.

Por outro lado, o controle concentrado do direito austríaco proíbe que vários julgadores controlem a constitucionalidade, sob pena de acarretar a existência de decisões divergentes.

Prefere-se, destarte, à concentração da decisão nas mãos de um só tribunal. Neste tipo de controle, os efeitos são prospectivos, pois se entende que, enquanto não declarada inconstitucional, a norma pertence ao ordenamento jurídico e produz efeitos, até porque emanada do próprio Estado, no exercício da função dos legisladores.

Apesar da adoção de ambos os controles, o controle de constitucionalidade no Brasil retira a sua essência na teoria americana, já que instituiu ação declaratória de inconstitucionalidade, numa clara referência de que a declaração é o reconhecimento de algo que já existia, mas que só naquele momento é declarado. Reforçando essa tese, a própria lei que regula o procedimento do controle de preceitua que os efeitos são retroativos, e não prospectivos. Por tudo isso, sempre se entendeu que o efeito retroativo é o padrão.

Mostrou-se, nesta dissertação, que cada um dos efeitos tem suas virtudes e desvantagens. Os efeitos retroativos da superação de precedentes são aqueles que atingem fatos anteriores à revogação da decisão; e são justificados porque o magistrado aplica o direito previamente existente. Assim, estaria aí reconhecido o acerto da teoria declaratória de que o magistrado apenas declara a existência de um direito preexistente, revela o direito como ele sempre foi; entende-se que houve apenas um equívoco anterior na sua aplicação. Outro ponto que milita em defesa da adoção deste efeito é que o caso que origina a superação do precedente é formado por fatos ocorridos no passado, de forma que se lhe fosse aplicado o efeito prospectivo, estar-se-ia inviabilizando que a nova decisão lhe beneficiasse, o que, certamente, seria um contrassenso e um desestímulo ao jurisdicionado que pleiteou a sua superação.

Inobstante a robustez das justificativas, foram apresentadas críticas ao efeito retroativo. Em primeiro lugar, esta retroação indiscriminada dos efeitos abala a certeza no direito, já que quebra a confiança depositada no precedente. As pessoas programam suas atitudes com base nos precedentes e a sua revogação, com efeitos para o passado, impede a calculabilidade do sistema, pois imprevisível o rumo que o ordenamento jurídico tomará. Nesse sentido, a alteração de julgados com efeitos retroativos não prestigia a proteção da confiança. Outra crítica é a imposição da liberdade negativa, já que se priva o cidadão da segurança jurídica em relação aos eventos passados e remove a liberdade real de o cidadão agir. O cidadão que age com receio de ser afetado pelo futuro não está livre, pois, sem o respaldo de decisões judiciais solidificadas, encontra-se impossibilitado de avaliar todas as condutas juridicamente admitidas, sentindo-se livre e confiante para se comportar de acordo com as suas escolhas.



Retroagir os efeitos da revogação do precedente é retirar uma liberdade real já conquistada, já solidificada; é penalizar um ato realizado sob a égide da, outrora, legalidade.

Destacou-se, desse modo, que o foco das críticas ao efeito retroativo é a preservação da confiança. Esta é a maior preocupação da doutrina que defende a prospecção dos efeitos decorrentes da superação de precedentes.

Tendo sido mencionado que o efeito, até então, considerado padrão é o retrospectivo, o autor indica que a doutrina está modificando seu entendimento, para sustentar como regra geral da modificação de precedentes o efeito prospectivo, o que foi ratificado pela elaboração do enunciado n.º 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

Em análise detalhada, o autor expôs os efeitos prospectivos, nos quais as consequências da mudança de entendimento são projetadas para o futuro, e não para os fatos ocorridos no passado. Se é a proteção da confiança que milita contra os efeitos retroativos, é esta proteção que fundamenta o efeito prospectivo. Este efeito se caracteriza pela existência de um duplo regramento, um para os casos passados e outro para os casos futuros. Uma mesma decisão, assim, iria regular situações delimitadas por um marco temporal.

Dentre as vantagens apontadas para a adoção desses efeitos, encontram-se a possibilidade de correção da jurisprudência consolidada, a preservação da confiança depositada no precedente e o estímulo ao planejamento e a calculabilidade do direito, na medida em que poderá o cidadão projetar suas ações com base nas decisões solidificadas, pois as ações inspiradas nos precedentes não serão posteriormente tornadas ilegítimas. Ademais, defende-se também que a administração pública está adstrita ao princípio da não surpresa e que a aplicação desses efeitos é a aceitação que os precedentes, em decorrência de um tempo razoável, configuram direito vigente.

Desta forma, a revogação do precedente com efeitos prospectivos teria vigência a partir de sua introdução no sistema jurídico, atingindo, frise-se, somente a partir daí os casos futuros. Ficou demonstrado, entretanto, que esta introdução no âmbito jurídico não se dá com a publicação formal do julgamento, senão com a divulgação de seu resultado, a publicização do julgamento capaz de desconstituir a confiança anteriormente depositada naquele precedente. Além disso, não há relação entre o trânsito em julgado e os efeitos do julgamento como precedente; há

precedente formado, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão que o originou. Vale lembrar que o trânsito em julgado é requisito da coisa julgada, que significa a imutabilidade do dispositivo, enquanto a *ratio decidendi* é extraída da fundamentação do julgado.

Mas não vantagens apresentam os efeitos prospectivos. Conforme mencionado neste texto, os críticos alegam que não tem cabimento um julgamento puramente prospectivo, já que não atingiria o caso em apreço, o que estimularia a prescindibilidade de advogados, afinal estes não poderiam influenciar os julgadores a seu favor. Também há quem diga que um julgamento não aplicado ao caso é mero *obiter dictum*, já que as razões de se decidir não se aplicariam ao caso em julgamento, mas sim para casos futuros, em tese.

Admitir-se, por outro lado, que os efeitos atinjam somente o caso em julgamento, implica desigualdade. Isto porque, situações iguais seriam tratadas de modo diferentes, pois fatos ocorridos no passado não se beneficiariam dos efeitos que só atingiriam o caso sob julgamento, o qual discute questões também ocorridas no passado.

Outra crítica aqui indicada é a de que a regulação do futuro cabe ao legislador, e não ao julgador. Por isso, atribuir efeitos prospectivos se assemelharia ao ato de legislar. Além disso, há quem diga que a atribuição deste efeito é conveniente, confortável, fazendo com que muito rapidamente o julgador se utilize dele sem ponderar sua conveniência, abalando, assim, a certeza que se busca na doutrina do *stare decisis*. Por fim, há de se levar em consideração que a atribuição de tal efeito pode até preservar a confiança, mas não resolve o problema da injustiça cometida.

Esposados ambos os efeitos da superação de precedentes, deu-se ênfase à respectiva modulação de efeitos. Legalmente, este instituto está previsto no art. 27 da Lei 9.868/1999 e no art. 11 da Lei 9.882/1999, dos quais se infere que o Brasil adotou o princípio da nulidade da lei inconstitucional, não permitindo, assim, em regra, efeitos prospectivos. Contudo, como dito, os mesmos dispositivos legais autorizam, excepcionalmente que, em razão da segurança jurídica e do interesse público, os efeitos sejam prospectivos.

Segundo defende o presente trabalho, contudo, a modulação de efeitos da decisão que supera um precedente não é uma exceção: não há que se falar em regra, não há que se falar em

padrão. Não deve existir um tipo de efeito preestabelecido para a superação de precedentes, nem retroativo, nem prospectivo. É necessário avaliar caso a caso qual o efeito mais adequado, através de um juízo de modulação.

Buscou-se, outrossim, deixar claro que modular efeitos não significa somente a atribuição de efeitos prospectivos. Modular é determinar a partir de quando os efeitos da superação de um precedente terão vigência, e, não necessariamente, atribuir tal efeito a partir da data do julgamento, como vem sendo a praxe das decisões brasileiras.

Modulação de efeitos, destarte, é sinônimo de ajuste. Para isso, é preciso se demarcar no tempo a partir de quando o novo precedente irá produzir efeitos. Este é o juízo de modulação que permitirá a produção de efeitos da superação a partir de uma determinada data.

Este exercício de demarcação denomina-se juízo de modulação, por meio do qual o magistrado fixará o exato momento em que uma determinada regra surtirá efeitos, e pode ser feito através do apontamento de uma data específica, de uma quantidade específica de tempo ou, até mesmo, de um evento específico

Quem demandará um ou outro efeito é a confiança; sua proteção caracterizará qual o efeito deve ser empregado naquele determinado caso. Para este fim, impende sejam levados em consideração fatores que mensurem o grau de proteção da confiança. Quanto maiores a vinculatividade, o grau de orientação, a reiteração e a capacidade de generalização, maior será a protetividade da confiança depositada no precedente.

Não se trata de escolher entre duas opções. Só há uma saída. Só há um efeito correto para cada caso. E, frise-se, quem o define é a confiança, a partir do preenchimento de seus pressupostos, quais sejam: base da confiança, confiança, exercício da confiança e frustração da confiança. É preciso ter base de sustentação e que esta base tenha gerado confiança; bem como que o cidadão tenha confiado nesta base e que sua expectativa fundada na confiança tenha sido frustrada.

Defendeu-se, no presente texto, que a maneira mais recomendável de se proteger a confiança é através da utilização da técnica de sinalização, a qual se presta ao papel de alertar ao cidadão que o precedente no qual ele deposita confiança não é mais merecedor desta

credibilidade. Estabelecido este marco temporal em que a confiança foi abalada pelo *signaling*, é possível trabalhar com a modulação dos efeitos.

Por derradeiro, foi desenvolvida a ideia de que o juízo de modulação é item obrigatório quando ocorrer o *overruling*. Defende o autor do presente trabalho que decisão que revoga precedente sem elaborar juízo de modulação é decisão que não atende aos direitos fundamentais da segurança jurídica e à fundamentação das decisões. Decisão que se cala a respeito de seus efeitos é decisão não motivada. A obrigatoriedade, pois, deste juízo de modulação decorre de um raciocínio lógico.

Não se pode admitir que uma decisão altere um entendimento sem se preocupar com a segurança jurídica, mas é exatamente isto que faz uma decisão que não pondera sobre os efeitos da revogação de um precedente.

Caso, entretanto, este juízo não ocorra, caberão embargos de declaração por omissão, uma vez que esta é matéria sobre a qual o órgão jurisdicional deveria se pronunciar independentemente de provocação. Contudo, se a decisão que revogou o precedente se tornar imutável pela ocorrência da coisa julgada, não poderá a ela ser atribuído efeito algum. Caberá ao próximo julgado que quiser utilizá-lo como precedente representativo do novo entendimento ponderar sobre seus efeitos revogadores. Assim, de um jeito ou de outro, o juízo de moderação será feito, ou no precedente revogador, ou no julgado que deseje utilizá-lo como novo precedente sobre determinada situação.

O importante é ter a consciência de que não pode uma decisão que revoga um precedente omitir-se sobre a partir de quando seus efeitos deverão operar, sob pena de ser incompleta. Caberá a esta decisão ponderar acerca da confiança construída pelo precedente que se deseja revogar, a fim de que se identifique a partir de quando ela foi abalada. Esta identificação é feita por meio da técnica de sinalização, que revelará os sinais indicadores desta quebra de confiança. Identificado este ponto, a partir daí correrão os efeitos do novo precedente.

O que não se pode fazer é atribuir palavras a quem nada falou. Assim como merecem repúdio as revogações de precedentes implícitas, merece repúdio a atribuição de efeitos implícitos ao *overruling*. Portanto, para atender aos ditames constitucionais de uma decisão acertada,

caberá ao magistrado formular juízo de modulação dos efeitos da revogação de precedentes, como passo necessário à sua concretização.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. “Precedente *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes”. In: *Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier [coordenadora]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_.; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 229, março/2014.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALLEN, Steven W. *Toward a unified theory of retroactivity*. New York Law School Law Review, vol. 54, outubro/2009.

ALVIM, Arruda. “A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral”. In: *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr. Octavio Campos Fischer e Wilian Santos Ferreira (organizadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ANDREWS, Neil. *The Supreme Court of The United Kingdom and English Court Judgments*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 230, abril/2014.

APPIO, Eduardo. *Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2011.

ARENAL, Maria Amparo Renedo. “Conveniencia Del estudio de La teoria general Del derecho procesual: su aplicabilidad a las distintas ramas del mismo”. *Teoria do processo: panorama doutrinário*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Brandão [coordenadores]. Salvador: Juspodivm, 2008.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do Direito no Sistema Processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. *O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro*. Revista de Processo, ano 39, vol. 229, março/2014.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do art. 27 da Lei n° 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n.º 21. Salvador, 2010.

\_\_\_\_\_. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8.º ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de; FIGUEIREDO, Paulyne Rocha Valença. *Impugnação contra a decisão que determina o sobrestamento de recurso repetitivo: fugindo da cama de Procusto*". Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), vol. 126, setembro/2013.

BARRETTO, Rafael. "Decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal e a sociedade aberta de intérpretes constitucionais: a necessidade de democratização do debate constitucional". In: *Reforma do Judiciário*. Fredie Didier Jr, Edvaldo Brito e Saulo José Casali Bahia [organizadores]. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo do direito constitucional*. Disponível em <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acessado em 29/07/2014.

\_\_\_\_\_. *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*. Disponível em <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.luisrobertobarroso.com.br%2Fwp-content%2Fthemes%2FLRB%2Fpdf%2Fparecer\\_mudanca\\_da\\_jurisprudencia\\_do\\_stf.pdf&ei=vELiU86NDYyuyATHkYIg&usq=AFQjCNE9QcPm1pulrPwGVc9T5UCITaPouA&bvm=bv.72197243,d.aWw](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.luisrobertobarroso.com.br%2Fwp-content%2Fthemes%2FLRB%2Fpdf%2Fparecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf&ei=vELiU86NDYyuyATHkYIg&usq=AFQjCNE9QcPm1pulrPwGVc9T5UCITaPouA&bvm=bv.72197243,d.aWw)>. Acesso em 06/08/2014.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Antonio Adonias A. *A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 227, janeiro/2014.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Assunção de competência e fast-track recursal*. Revista de Processo, São Paulo, ano 34, n. 171, p. 11, maio 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

\_\_\_\_\_. *O direito e a incerteza de suas fontes*. Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais. Número especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá. 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 231, maio/2014.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMARGO, Luiz Felipe Volpe. “A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro”. In: *Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier [coordenadora]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”. In: *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. [coordenador] Salvador: JusPodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *Jurisprudência Lotérica*. RT 78/108-128. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/2001.

\_\_\_\_\_; HELLMAN, Renê Francisco. *Jurisprudência – a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e à segurança jurídica*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 231, março/2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

\_\_\_\_\_. *Juízes legisladores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNEIRO JR., Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CARRAZZA, Roque Antonio. “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – questões conexas”. In: *Eficácia ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CAVARZANI, Vinicius. *O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 231, maio/2014.

CHIARLONE, Sergio. *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*. Revista de Processo - REPRO. ano, 29, v. 229, março/2014.

COHEN, Harlan Grant. *"Undead" Wartime Cases: Stare Decisis and the Lessons of History*. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1551415](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551415)>. Acesso em 10/08/2014.

COSTA, Marília Siqueira da. “As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise a luz do art. 521 do Novo CPC”. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil: baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão especial*



*presidida pelo deputado Fabio Trad. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Henrique Volpi Camargo e Pedro Miranda de Oliveira [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2014.*

COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14/08/2014.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. 4.<sup>a</sup> ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013.

CUNHA, Leonardo José Carneio da. *As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio*. Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas, n.º 25, julho-dezembro/2009.

\_\_\_\_\_. *Recursos repetitivos*. Disponível em <<http://www.leonardocarneiodacunha.com.br/artigos/recursos-repetitivos/>> Acesso em 12/08/2014.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas históricas, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DAVI, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2010.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria geral da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: JusPodivm, 2010.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo José Carneio da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

\_\_\_\_\_. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_; BUENO, Cassio Scarpinella; CRAMER, Ronaldo [coordenadores]. III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Rio de Janeiro. Revista de Processo – REPRO, 2014.

\_\_\_\_\_; e NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011.

\_\_\_\_\_; SOUZA, Marcus Seixas. *Formação do precedente e amicus curiae no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876*. Revista de Processo - REPRO, n. 220, junho/2013.

\_\_\_\_\_. *Cláusulas gerais processuais*. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/pdf/clusulas-gerais-processuais.pdf>>. Acesso em 07/07/2014.

\_\_\_\_\_. *Editorial 49*. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>>. Acesso em 10/08/2014.

\_\_\_\_\_. *Editorial 69*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-69/>>. Acesso em 10/08/2014.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROSETTI, Priscila Soares. “Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common law* e de *Civil law*”. In: *A força dos precedentes*. Luis Guilherme Marinoni (coordenador). Salvador: Juspodivm, 2012.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTEZROTH, Lyn S. *Reflections on fifteen years of the Teague v. Lane retroactivity paradigm: a study of the persistence, the pervasiveness, and the perversity of the court's doctrine*. New Mexico Law Review. Vol 35, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. “Irretroatividade e jurisprudência judicial”. In: *Eficácia ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001.

- FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. *Principais julgamentos STF Supremo Tribunal Federal*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- FERREIRA, Carlos Wagner Dias. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso*. Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5.<sup>a</sup> Região. Recife: TRF 5.<sup>a</sup> Região, n.º 12. Março 2007.
- GAZETTO, Andréa Cristina Oliveira. “A súmula vinculante e o equilíbrio entre os poderes no Brasil”. In: *Súmula vinculante e segurança jurídica*. Leonel Cesarino Pessoa [organizador]. São Paulo: LTr, 2007.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GOODHART, Arthur L. *Determining the case ratio decidendi of a case*. Yale Law Journal, vol. XL, n.º 2, dezembro/1930.
- GOUVEA, Lúcio Grassi. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (coordenador). Salvador: JusPodivm, 2008.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HALE, Matthew. *The history of the common law of England*. Disponível em <[http://books.google.com.br/books?id=\\_qoDAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=_qoDAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em 04/08/2014.
- HARRIS, J. W. *Towards principles of overruling — when should a final Court of Appeal second guess?* In: Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 10. Disponível em <<http://ojls.oxfordjournals.org/content/10/2/135.full.pdf>>. Acesso em 11/04/2013.
- HERBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.
- HONDIUS, Ewoud. *Precedent and the law*. Electronic Journal of Comparative Law, vol. 11.3, dezembro/2007. Disponível em <<http://www.ejcl.org/113/article113-3.pdf>>. Acesso em 10/08/2014
- JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.
- KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. 7.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. *Manual de processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LADEIRA, Aline Hadad; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *O precedente judicial em paralelo a súmula vinculante: pela (re)introdução da faticidade ao mundo jurídico*. Revista de Processo – REPRO, São Paulo, ano 39, vol. 234, agosto/2014.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A incorporação das súmulas vinculantes à jurisdição constitucional brasileira: alcance e efetividade em face do regime legal da repercussão geral e da proposta de revisão jurisprudencial sobre a interpretação do art. 52, X, da Constituição*. Revista de Direito Administrativo, vol. 261, p. 189, setembro-dezembro/2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Institutos do direito comum no processo civil brasileiro*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n.º 21. Salvador, 2010.

LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no direito*. São Paulo: LTr, 2001.

LIMA, Marcellus Palastris; MORAES, Hélio João Pepe de. *Os precedentes judiciais dos Tribunais Superiores na atualidade e no Anteprojeto do Código de Processo Civil*. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, vol. 25, 2012.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. “Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de Novo Código de Processo Civil”. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil: baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão especial presidida pelo deputado Fabio Trad*. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Henrique Volpi Camargo e Pedro Miranda de Oliveira [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACEDO, Lucas Buriel de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura*. Civil Procedure Review, v. 4, n. 3, setembro-dezembro/2013.

MACÊDO, Lucas Buriel. *Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais*. Revista de Processo – REPRO, São Paulo, ano 39, vol. 234, agosto/2014.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Apontamentos sobre o judiciário Americano*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 6, n.º 1, janeiro-julho de 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Súmula vinculante e a EC n. 45/2004”. In: *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. Teresa Arruda

Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr. Octavio Campos Fischer e Wilian Santos Ferreira (organizadores). São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARIANO, Cyrana Monteiro. *Controle de constitucionalidade e ação rescisória em material tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Os precedentes na dimensão da segurança jurídica”. In: *A força dos precedentes: estudos do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Luis Guilherme Marinoni [organizador]. Salvador: Juspodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n.º 139, julho-setembro/1998.

MEIRELES, Edilton. *A citação da doutrina nas decisões judiciais no direito comparado*. Disponível em <<http://ediltonmeireles.com/?cat=27>> Acesso em 12/08/2014.

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

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em <[http://www.tjmg.jus.br/data/files/81/32/26/30/869D8310DACF8D83180808FF/sumula\\_vinculante.pdf](http://www.tjmg.jus.br/data/files/81/32/26/30/869D8310DACF8D83180808FF/sumula_vinculante.pdf)>. Acesso em 11/08/2014.

MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *La construcción de un derecho común iberoamericano. Consideraciones en homenaje a la doctrina de Peter Häberle y su influencia en Brasil*. Disponível em <[http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=465:mendes-gilmar-ferreira--la-construccion-de-un-derecho-comun-iberoamericano-consideraciones-en-homenaje-a-la-doctrina-de-peter-haerberle-y-su-influencia-em-brasil-revista-de-derecho-constitucional-europeo-internet-v-1-p-65-87-2009&id=18:publicacoes-no-exterior&Itemid=74](http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=465:mendes-gilmar-ferreira--la-construccion-de-un-derecho-comun-iberoamericano-consideraciones-en-homenaje-a-la-doctrina-de-peter-haerberle-y-su-influencia-em-brasil-revista-de-derecho-constitucional-europeo-internet-v-1-p-65-87-2009&id=18:publicacoes-no-exterior&Itemid=74)>. Acesso em 02/08/2014.  
Merriam-Webster’s Dictionary of law. 1996.

MERRYMAN, Jonh Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

MITIDIÉRO, Daniel. “Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial”. In *A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Luiz Guilherme Marinoni (organizador.). Salvador: JusPodivm, 2012.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. “A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento”. In: *Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier [coordenadora]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORO, Sergio Fernando. *A Corte Exemplar: considerações sobre a Corte de Warren*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001.

NERY JR. Nelson. *Princípio do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. “Boa-fé objetiva e segurança jurídica: eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior”. In: *Eficácia ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

NEVES, Marcelo. *Entre hidra e hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NICOL, Andrew. *Prospective overruling: a new device for english Courts?* The Modern Law Review, vol. 39, 1976.

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

\_\_\_\_\_. *Stare decises et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOJIRI, Sergio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: RT, 2008.

NUNES, Dierle; ALMEIDA, Helen; REZENDE, Marcos. *A contribuição da doutrina na (con)formação do direito jurisprudencial: uma provocação essencial*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 232, junho/2014.

OLIVEIRA JR., Valdir Ferreira de. “Existe uma teoria geral do processo?”. *Teoria do processo: panorama doutrinário* Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Brandão [coordenadores]. Salvador: Juspodivm, 2008.

OLIVEIRA, Pedro Miranda; ANDERLE, Rene José. *O sistema de precedente no CPC projetado: engessamento do direito?* Revista de Processo - REPRO. v. 232, junho/2014.

OMMATI, José Emílio Medauar. “A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código de Processo Civil”. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o*

*projeto do Novo Código de Processo Civil: baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão especial presidida pelo deputado Fabio Trad.* Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Henrique Volpi Camargo e Pedro Miranda de Oliveira [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2014.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. “Common law, judicial review e stare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro.” *In: A força dos precedentes.* Luis Guilherme Marinoni (org.). Salvador: JusPodivm, 2012.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. *A decisão constitucional vinculante.* Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

PEREIRA, Flavio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa.* Revista eletrônica de Direito do Estado, n.º 15. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/flavio-henrique-unes-pereira/conceitos-juridicos-indeterminados-e-discricionariedade-administrativa-um-estudo-a-partir-da-teoria-da-adequabilidade-normativa>>. Acesso em 07/07/2014.

PEREIRA, Mateus Costa. *Radiografia de uma decisão judicial: rumo à valorização dos precedentes.* Revista de Processo, São Paulo, ano 38, n. 224, outubro/2013.

PEREIRA, Paula Pessoa. “O Estado de Direito e a necessidade de respeito aos precedentes judiciais”. *In: A força dos precedentes: estudos do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR.* Luis Guilherme Marinoni [organizador]. Salvador: Juspodivm, 2012.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SQUADRI, Ana Carolina; ROQUE, Andre; ALMEIDA, Diogo; PANTOJA, Fernanda Medina; HILL, Flavia Pereira; SANTOS, Guilherme Luis Quaresma Batista; SCHENK, Leonardo Faria; FARIA, Márcio Carvalho; GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; RODRIGUES, Roberto; NAVARRO, Trícia. *Judicial rulings with prospective effect – I.B. general legal theory.* Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 232, junho/2014.

PIRES, Thiago Magalhães. “Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral”. *In: As novas faces do ativismo judicial.* André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2013.

QI, Zhang. *O sistema de precedentes e a justiça das decisões judiciais na China.* Revista de Processo – REPRO, ano 38, v. 224, outubro/2013.

RAATZ, Igor. *Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira?* Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 7, vol. XI, janeiro a junho de 2013, p. . Disponível em <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=17&cad=rja&uact=8&ved=0CD8QFjAGOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.e->

[publicacoes.uerj.br%2Findex.php%2Fredp%2Farticle%2Fdownload%2F7998%2F5783&ei=6-zpU\\_7RCuut8gGTk4DgCA&usg=AFQjCNEkuTTx26CtnkiqkkIXrGFPXO-pMA&bvm=bv.72676100,d.b2U](http://publicacoes.uerj.br%2Findex.php%2Fredp%2Farticle%2Fdownload%2F7998%2F5783&ei=6-zpU_7RCuut8gGTk4DgCA&usg=AFQjCNEkuTTx26CtnkiqkkIXrGFPXO-pMA&bvm=bv.72676100,d.b2U) > . Acesso em 12/08/2014.

RAMIRES, Maurício. *A aplicação de precedentes no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RE, Edward D. *Stare decisis*. Revista de Informação Legislativa. ano 31, n.º 122, maio/julho de 1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

REDONDO, Bruno Garcia. *Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação*. Revista de Processo – REPRO, ano 38, vol. 217, março/2013.

ROOSEVELT III, Kermit. *A retroactivity retrospective, with thoughts for the future: what the Supreme Court learned from Paul Mishkin, and what it might*. California Law Review, vol. 95, 2007.

\_\_\_\_\_. *Little theory is a dangerous thing: the myth of adjudicative retroactivity*. Connecticut Law Review, vol. 31, 1999.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSSI, Julio Cesar. *O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas*. Revista de Processo – REPRO, vol. 208, junho/2012.

RUBIN, Fernando. *O cabimento dos embargos de declaração para a concretização de uma prestação jurisdicional efetiva*. Revista de Processo – REPRO, ano 39, vol. 230, abril/2014, p. 180.

SAMPAIO JR., José Herval. “Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?” *In: As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2013.

SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A. S. “O novo CPC e a obrigatoriedade dos precedentes judiciais: uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei”. *In: Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil: baseado no relatório apresentado pelo deputado Paulo Teixeira, na comissão especial presidida pelo deputado Fabio Trad*. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Freddie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luis Henrique Volpi Camargo e Pedro Miranda de Oliveira [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2014.

SANTOS, Evaristo Aragão. “Em torno do conceito e formação do precedente judicial”. *In: Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier [coordenadora]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.



SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf> >. Acesso em: 14/08/2014.

SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In: *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2013.

SHANNON, Bradley Scott. *The retroactive and prospective application of judicial decisions*. Harvard Journal of Law & Public Policy, 2003.

SHIMITZ, Leonard Ziesemer. *Compreendendo os precedentes no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões*. Revista de Processo, São Paulo, n. 226, dezembro/2013.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos Ferreira de Souza. “A decisão de inconstitucionalidade: um diálogo entre Pontes de Miranda e Marcelo Neves”. In: *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Roberto P. Campos Gouveia Filho [coordenadores]. Salvador: JusPodivm, 2013.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 6.º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império*. Dissertação de mestrado em Direito apresentada ao Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia, 2014.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

STEPHENS, Pamela J. *A nova doutrina da retroatividade: igualdade, confiança e stare decisis*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

STRECK, Lenio Luis; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. *Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma teoria dos precedentes?*. Direitos fundamentais e Justiça. Revista do Programa de pós graduação Mestrado e Doutorado da PUCRS, ° 5, 2008. Disponível em <[http://www.dfg.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/5\\_Doutrina\\_7.pdf](http://www.dfg.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/5_Doutrina_7.pdf)>. Acesso em 10/08/2014.

TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2559/39.pdf>>. Acesso em 11/08/2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Interpretação e aplicação de normas jurídicas”. In: *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”. In: *Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier [coordenadora]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo:

VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de A. *Ativismo judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das lacunas legislativas*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n.º 21. Salvador, 2010.

VELANO, Emilia Maria. *Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária*. Curitiba: Juruá, 2011.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Os prejudgados, as súmulas e o TST*. Revista de Informação Legislativa, v. 14, n.º 55, julho-setembro/1977.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”. In: *Direito Jurisprudencial*. Tereza Arruda Alvim Wambier (coordenadora). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, ano 34, n. 172, p. 129, jun. 2009.

\_\_\_\_\_. “A desvinculação da ideia de discricionariedade administrativa e liberdade do juiz”. In: *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2008.

WISTRICH, Andrew J. *The evolving temporality of lawmaking*. Connecticut Law Review, vol. 44, fevereiro/2012.

ZANETI JR., Hermes. “Brasil: um país de ‘common law’? As tradições jurídicas de ‘common law’ e ‘civil law’ e a experiência constitucional brasileira como constitucionalismo híbrido”.

*In: Pontes de Miranda e o direito processual*. Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Roberto P. Campos Gouveia Filho [organizadores]. Salvador: JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. “A teoria circular dos planos (Direito Material e Direito Processual)”. *In: Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. [coordenador] Salvador: JusPodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização do processo : a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10183/4525>>. Acesso em 15/08/2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZONDER, Michael. *The law-making process*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.