

JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JÚNIOR

O PRECEDENTE VINCULANTE E SUA EFICÁCIA TEMPORAL NO SISTEMA
PROCESSUAL BRASILEIRO

RECIFE
2011

JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JÚNIOR

O PRECEDENTE VINCULANTE E SUA EFICÁCIA TEMPORAL NO SISTEMA
PROCESSUAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado da Universidade Católica de
Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia.

RECIFE
2011

A862p Ataíde Júnior, Jaldemiro Rodrigues de
O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema
processual brasileiro / Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior ;
orientador Lúcio Grassi de Gouveia, 2011.
272 f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.
Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas,
2011.

1. Processo civil - Brasil. 2. Precedentes judiciais - Brasil. I. Título.

CDU 349.7(81)

JALDEMIRO RODRIGUES DE ATAÍDE JÚNIOR

O PRECEDENTE VINCULANTE E SUA EFICÁCIA TEMPORAL NO SISTEMA
PROCESSUAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado da Universidade Católica de
Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia
Orientador

Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha

Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos

Prof. Dr. Delosmar Domingos de Mendonça Júnior

Aos meus pais, Jaldemiro e Coeli, que semearam em mim e em meus irmãos o amor pelo estudo e sempre fizeram tudo que estava ao seu alcance para nos proporcionar uma boa educação.

Aos meus irmãos Thiago e Raquel, que sempre me fizeram sinceros votos de sucesso.

À minha esposa Janiffer e a meus filhos David Willian e Maria Júlia pelo constante incentivo e compreensão nos muitos momentos de ausência.

AGRADECIMENTOS

Cresci ouvindo de meus pais que a gratidão é uma das maiores virtudes de um homem. Então, este é o momento de externar o reconhecimento a todos aqueles que contribuíram de alguma forma com o presente trabalho.

Agradeço, inicialmente, ao orientador desta dissertação, Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia, que, através da disciplina “instrumentalidade e cognição”, ministrada com muita proficiência, transmitiu largos conhecimentos a mim e demais alunos; além do que me conduziu nessa caminhada com muita tranquilidade e cordialidade.

Com especial atenção, agradeço ao Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha, que, desde os tempos em que ainda era aluno especial do mestrado, cursando a disciplina “Federalismo e Unificação da Jurisprudência”, fez despertar o interesse pela necessidade de uniformização e estabilização da jurisprudência, inspirando, assim, a presente dissertação. Agradeço, ainda, por ter estado sempre disponível, indicando obras de fundamental relevância e dirimindo dúvidas.

Aos colegas de classe, especialmente, Antônio Carlos, Eduardo Lessa, Joaquim Dias Filho e Ricardo José pela espontaneidade na troca de informações e materiais, numa rara demonstração de amizade e solidariedade.

À minha esposa, Janiffer Celani Rodrigues de Ataíde, e a meu irmão, Thiago Batista de Ataíde, que indicaram correções e sugeriram maiores esclarecimentos em diversos tópicos, contribuindo, assim, para o melhor desenvolvimento desta dissertação.

Ao meu primo, Pedro Henrique Sousa de Ataíde, esforçado estudante de direito, a quem desejo um futuro brilhante, que muito me auxiliou na coleta de material bibliográfico.

Aos companheiros de escritório que souberam suportar minha ausência em muitos momentos difíceis.

A Nélia, dedicada funcionária da secretaria do mestrado, que sempre se prontificou em ajudar a mim e demais colegas.

Ao Dr. Marcelo Alves Dias de Souza que me disponibilizou o raro livro de Victoria Iturralde Sesma – *El Precedente en el Common Law* –, que há muito encontra-se com edição esgotada, sendo de difícil aquisição até mesmo no exterior.

E, principalmente, a DEUS, pela oportunidade e pelo privilégio de viver essa experiência, pela luz que me conduziu no caminho certo nos momentos de dúvida e pela força de vontade que me deu, não deixando que fraquejasse nos momentos de cansaço.

RESUMO

O estudo busca demonstrar que o desenvolvimento das tradições jurídicas de *civil law* e de *common law* fora fortemente determinado pelo contexto histórico vigente na França e Inglaterra, respectivamente, o que influenciou a idolatria à lei, no primeiro sistema, e o respeito ao *stare decisis*, no segundo; sendo certo, porém, que com a aproximação dessas duas grandes famílias em virtude da crise da modernidade, do constitucionalismo e de outros relevantes fatores, necessária se faz a adoção do precedente vinculante no *civil law*, a fim de proporcionar maior segurança e previsibilidade na realização do direito. Constata-se, ainda, que o Direito brasileiro vem caminhando rumo ao sistema de precedente vinculante há aproximadamente duas décadas; não significando, com isso, que o novo modelo esteja completamente implementado. Nesse passo, torna-se imprescindível a sistematização da eficácia temporal dos precedentes, principalmente, daqueles que anunciam uma nova *norma jurídica*, a fim de evitar afronta à irretroatividade do direito, à segurança jurídica, à previsibilidade, à não surpresa, à justa confiança e à boa-fé objetiva, valores esses que, justamente, pretende-se proteger com os precedentes vinculantes.

Palavras-chave: *Civil Law*. *Common Law*. Precedente Vinculante. Eficácia temporal dos precedentes. Irretroatividade do direito.

ABSTRACT

This study aims to demonstrate that the development of the legal traditions of civil law and common law was strongly determined by the historical context present in French and England, respectively, which influenced the idolatry of the law, in the first system, and the respect of the *stare decisis*, in the second; however, with the approach of these two large families due to the crises of modernity, of constitutionalism and other relevant factors, it is necessary to adopt the binding precedent in civil law, in order to provide greater security and predictability in the achievement of the law. We can also observe that the Brazilian Law has been moving towards the system of binding precedent for nearly two decades; but that does not mean that the new model is fully implemented. Thus, it is essential to systematize the temporal effectiveness of the precedents, especially those that announce a new legal rule, in order to avoid the disrespect of the non-retroactivity of the law, of the legal security, predictability, non-surprise, fair confidence and objective good-faith, exactly the values that we intend to protect with the binding precedents. That means, with the mentioned systematization of the temporal efficacy we try to avoid that the retroactive application of the new precedents ends up denying the very basis of the *stare decisis*.

Keywords: Civil law. Common law. Binding precedent. Temporal effectiveness of the precedents. Non-retroactivity of the law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 OS MODELOS PROCESSUAIS DE <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>	16
2.1 A DAS EXPRESSÕES <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>	16
2.2 EXPLICAÇÕES ACERCA DA CONVENIÊNCIA EM SE REFERIR A TAIS FAMÍLIAS DO DIREITO.....	17
2.3 A DIVERSIDADE DO CONTEXTO HISTÓRICO DE DESENVOLVIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DO <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>	18
2.3.1 A formação do <i>civil law</i> e o significado da “Supremacia do Parlamento”	21
2.3.2 A formação do <i>common law</i> e o significado da “Supremacia do Parlamento Inglês”	23
2.4 CONSEQUÊNCIAS DOS DIFERENTES CONTEXTOS HISTÓRICOS DE FORMAÇÃO DO <i>CIVIL LAW</i> E DO <i>COMMON LAW</i>	26
2.4.1 A questão da criação judicial do direito no <i>civil law</i> e no <i>common law</i>	26
2.4.2 O <i>civil law</i> e a busca da segurança jurídica no texto da lei	29
2.4.3 O <i>common law</i> e a busca da segurança jurídica no precedente (<i>stare decisis</i>)	32
2.5 MITOS DE INCOMPATIBILIDADE DO <i>STARE DECISIS</i> COM O <i>CIVIL LAW</i>	34
2.6 DIFERENÇAS ENTRE AS JURISDIÇÕES DE <i>CIVIL LAW</i> E DE <i>COMMON LAW</i> E A TENDÊNCIA EVOLUTIVA DE CONVERGÊNCIA	35
2.6.1 A questão das fontes do direito	35
2.6.2 A forma de pensar dos juristas do <i>civil law</i> e do <i>common law</i>	37
2.6.3 Diferenças estruturais entre o <i>civil law</i> e o <i>common law</i> e o cotejo com o sistema brasileiro	38
2.7 CAUSAS DE APROXIMAÇÃO ENTRE AS JURISDIÇÕES DE <i>CIVIL LAW</i> E DE <i>COMMON LAW</i>	39
2.7.1 O constitucionalismo	39
2.7.2 O impacto do <i>Welfare State</i>	44
2.7.3 Cláusulas gerais e conceitos indeterminados	47
2.7.4 Das transformações sociais e as causas repetitivas	53
2.8 O PRECEDENTE VINCULANTE (<i>STARE DECISIS</i>) DIANTE DAS TEORIAS DO SISTEMA LUHMANN E CANARIS.....	57
2.9 A QUESTÃO DO MELHOR MODELO: <i>CIVIL LAW</i> OU <i>COMMON LAW</i> ?	60

3 DA UTILIZAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL AO CASO EM JULGAMENTO	62
3.1 DEFINIÇÃO E FUNDAMENTO	62
3.2 <i>RATIO DECIDENDI (HOLDING) E OBITER DICTUM</i>	64
3.2.1 Teorias sobre a <i>ratio decidendi</i> na Inglaterra e Estados Unidos	65
3.2.2 Problemas dos <i>common lawyers</i> na determinação da <i>ratio decidendi</i>	68
3.2.3 A <i>ratio decidendi</i> no direito brasileiro	70
3.2.4 Ausência de <i>ratio decidendi</i>	73
3.2.5 <i>Ratio decidendi</i> e decisões <i>per incuriam</i>	75
3.2.6 <i>Ratio decidendi</i> e decisões contraditórias de mesma instância hierárquica, ou de instâncias diferentes embora que com competência definitiva	76
3.2.7 <i>Obter dictum</i>	78
3.3 TÉCNICAS UTILIZADAS NA APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE: <i>DISTINGUISHING</i> E <i>OVERRULING</i>	80
3.3.1 <i>Distinguishing</i>	82
3.3.1.1 Distinções inconsistentes	84
3.3.2 Da utilização de técnicas situadas entre o <i>distinguishing</i> e o <i>overruling</i> : <i>technique of signaling, transformation e overriding</i>	84
3.3.3 <i>Overruling</i>	86
3.3.3.1 <i>Anticipatory overruling</i>	88
3.4 CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS QUANTO À AUTORIDADE	91
3.4.1 Precedentes obrigatórios ou vinculantes	92
3.4.2 Precedentes relativamente obrigatórios	94
3.4.3 Precedentes persuasivos	95
4 JUSTIFICATIVAS AO PRECEDENTE VINCULANTE NO SISTEMA BRASILEIRO	96
4.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	96
4.2 OS CONSTITUCIONAIS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA ISONOMIA, DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	99
4.3 O PAPEL DO STF E A FUNÇÃO PARADIGMÁTICA DE SUAS DECISÕES	103
4.4 O PAPEL DO STJ E A FUNÇÃO PARADIGMÁTICA DE SUAS DECISÕES	109
4.5 OS POSSÍVEIS RISCOS DO PRECEDENTE VINCULANTE NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	118

4.5.1 O risco de se uniformizar jurisprudência sem amadurecimento da interpretação legal	118
4.5.2 O risco de engessamento da jurisprudência com o bloqueio na produção jurisdicional dos órgãos de primeira instância	122
4.6 AS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	125
4.7 A ESCALADA DO SISTEMA BRASILEIRO RUMO AO PRECEDENTE VINCULANTE	130
4.8 A IDENTIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO E AS CONSEQUÊNCIAS DAÍ DERIVADAS: RECLAMAÇÃO; LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	138
4.8.1 Reclamação	139
4.8.2 Litigância de má-fé	142
4.8.3 Antecipação de tutela	144
5 A EFICÁCIA TEMPORAL DOS PRECEDENTES	146
5.1 A RELEVÂNCIA DO ESTUDO DOS EFEITOS TEMPORAIS DO PRECEDENTE ..	146
5.2 CLASSIFICAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DO PRECEDENTE	151
5.2.1 Aplicação retroativa pura e aplicação retroativa clássica	154
5.2.2 Aplicação prospectiva pura, aplicação prospectiva clássica e aplicação prospectiva a termo	155
5.3 DOS EFEITOS TEMPORAIS DO PRECEDENTE NO BRASIL	158
5.3.1 A identificação da <i>norma jurídica</i> e da <i>norma individual</i> nos precedentes dos Tribunais Superiores e, a relação dialética entre a irretroatividade da <i>norma jurídica</i> e retroatividade da <i>norma individual</i>	159
5.3.2 A classificação dos precedentes quanto à novidade da norma que anunciam	163
5.3.3 As peculiaridades do precedente em matéria constitucional – o princípio da nulidade da lei inconstitucional	169
5.3.4 O juízo de ponderação entre os princípios e regras em rota de colisão quanto à eficácia temporal dos precedentes	174
5.3.4.1 Normas de primeiro grau – Distinção entre as regras e os princípios	175
5.3.4.1.1 Os diferentes graus de reprovabilidade do descumprimento de princípios e regras	179
5.3.4.1.2 A questão da solução do conflito entre princípios e regras pela hierarquia	180
5.3.4.1.3 Proposta conceitual dos princípios e regras	181
5.3.4.2 Normas de segundo grau – Postulados normativos	182

5.3.5 O STF e a possibilidade de aplicação de efeitos prospectivos aos seus precedentes	184
5.3.6 O STJ e a possibilidade de aplicação de efeitos prospectivos aos seus precedentes	190
5.3.7 A distinção entre a coisa julgada, eficácia <i>erga omnes</i> e efeito vinculante dos precedentes e, a noção de termo inicial do efeito vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores.	203
5.3.8 A eficácia temporal dos precedentes e as relações jurídicas instantâneas, permanentes e sucessivas	208
5.3.8.1 As relações jurídicas permanentes e sucessivas e os limites temporais da coisa julgada	212
5.3.9 O ordenamento jurídico brasileiro e a previsão de meios processuais que ensejam a aplicação retroativa do novo precedente	217
5.3.10 A inexistência de contradição entre a irretroatividade da <i>norma jurídica</i> e a aplicação de efeito retroativo ao <i>novo precedente em sentido não surpreendente</i>	221
5.4 DA ANÁLISE CRÍTICA DA EFICÁCIA TEMPORAL DO NOVO PRECEDENTE NO BRASIL	223
5.4.1 A aplicação retroativa pura e a Ação Rescisória por violação à lei, em matéria constitucional	224
5.4.2 A aplicação retroativa pura e a “Impugnação ao Cumprimento de Sentença”, fundada na inconstitucionalidade do título judicial	232
5.4.3 A aplicação retroativa pura e a Ação Rescisória por violação à lei, em matéria infraconstitucional	234
5.4.4 A aplicação retroativa clássica e a observância do novo precedente do STJ às causas em curso	239
5.5 UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS QUE DEVEM SER ATRIBUÍDOS A CADA UM DOS TIPOS DE PRECEDENTES DO STF E STJ, CLASSIFICADOS QUANTO À NOVIDADE DA NORMA QUE ANUNCIAM	241
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	251
REFERÊNCIAS	256

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo, será demonstrado que o contexto histórico-social da França e Inglaterra foram determinantes para a formação e o desenvolvimento do *civil law* e do *common law*, respectivamente.

A formação e o desenvolvimento do *civil law* foram fortemente marcados pelo contexto histórico vigente na França pré-revolucionária, onde os membros do Judiciário francês constituíam uma classe aristocrática, não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, liberdade e fraternidade, como ainda mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Em virtude da fundada desconfiança nutrida nos juízes franceses da época, foi que se pretendeu alcançar a segurança jurídica no texto da lei, derivando daí os dogmas da supremacia da lei; da estrita separação dos poderes e do juiz como a *bouche de la loi* (boca da lei).

Já o Direito inglês teve uma continuidade histórica, sendo produto de uma longa evolução, iniciada no ano de 1066, que não foi perturbada por nenhuma revolução. Na Inglaterra, não há como se identificar uma nítida ruptura da ordem jurídica, e sim um desenvolvimento gradual do *common law*.

Diversamente do que ocorreu na França, na Inglaterra, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. Também por esses motivos não houve necessidade de criar e impor o dogma da aplicação estrita da lei; não precisou negar-se a natureza das coisas, impedindo a interpretação das leis. O juiz inglês, tradicionalmente, ia muito além da interpretação das leis, extraía direitos e deveres, a partir do *common law*.

Ao longo do tempo, diversos fatores proporcionaram a aproximação entre as famílias da *civil law* e da *common law*, dentre os quais se destacam os seguintes: a) o constitucionalismo; b) o Estado social; c) os conceitos indeterminados, cláusulas gerais e regras de textura aberta e, d) as demandas de massa.

Em que pese os supracitados acontecimentos terem ensejado grandes transformações no direito, explicitando ainda mais a insuficiência da lei, para, por si só, assegurar previsibilidade, uniformidade e estabilidade às decisões judiciais, grande parte da doutrina tradicional do *civil law* tenta encobrir a necessidade de adoção de institutos próprios do *common law*, que possam contribuir para consecução dos referidos valores.

Pois bem, o presente estudo tem como objeto perquirir sobre a compatibilidade do instituto do *stare decisis*, originário dos países de tradição do *common law*, com os sistemas jurídicos dos países de tradição romano-germânica, especialmente, o do Brasil. Também constitui-se objeto do presente estudo a eficácia temporal dos precedentes dos Tribunais Superiores.

É inegável que todas as transformações ocorridas com o constitucionalismo; o Estado Social; os conceitos indeterminados, cláusulas gerais e regras de textura aberta e, as demandas de massa têm aberto espaço para mais elevado grau de criatividade do Judiciário, aproximando o juiz do *civil law* ao seu colega do *common law*.

Nesse cenário, foi que a divergência jurisprudencial no Brasil atingiu níveis inaceitáveis, tornando a lei insuficiente para garantir segurança jurídica à sociedade.

O sistemático desrespeito aos precedentes compromete o próprio Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias leis regendo a mesma conduta, o que indubitavelmente gera um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade. Como assevera Teresa Wambier (2009, p. 146): “de que adianta ter uma só lei com diversas interpretações possíveis? Tantas pautas de conduta haverá, quantas forem estas interpretações. É como, repetimos, se houvesse *várias leis* disciplinando a mesma situação.”

Eduardo Cambi (2001, p. 111), no clássico artigo intitulado *Jurisprudência Lotérica*, afirmou que “quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera *insegurança jurídica*, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional”.

Ainda de acordo com Eduardo Cambi, o patológico fenômeno que o mesmo chamou de *jurisprudência lotérica* elimina a certeza do direito, sendo causa de crise, na medida em que é a certeza e a previsibilidade quanto à aplicação do direito que dão segurança à sociedade; já que sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou da vida.

Aí encontra-se a relevância do presente estudo, na medida em que visa trazer contribuições, a fim de que, no sistema jurídico brasileiro, o direito seja realizado com mais uniformidade, previsibilidade, estabilidade, isonomia e celeridade.

Há, ainda, uma segunda questão de grande importância que consiste na necessidade de sistematização da eficácia temporal dos precedentes, principalmente, daqueles que anunciam uma nova *norma jurídica*, a fim de evitar afronta à irretroatividade do direito, à previsibilidade, à não surpresa, à justa confiança e à boa-fé objetiva, valores esses que, justamente, pretende-se proteger.

As principais questões a serem respondidas, na primeira parte da dissertação, são as seguintes: a) se o precedente vinculante é compatível com o sistema jurídico brasileiro; b) se já fora incorporado ao ordenamento jurídico, desde quando e em que hipóteses e, c) se a adoção do precedente vinculante “engessa” a evolução da jurisprudência.

Na segunda parte da dissertação, os problemas referem-se aos seguintes aspectos: a) se os precedentes dos Tribunais Superiores são aplicados retroativamente; b) se tal prática fere ou não a regra da irretroatividade do direito (art. 5º, XXXVI, CF) e, c) o que pode ser feito para evitar que a mudança de orientação jurisprudencial das Cortes Superiores venha a surpreender os jurisdicionados, traíndo suas justas expectativas normativas?

A investigação proposta neste estudo é eminentemente dogmática, não envolve grandes reflexões filosóficas, nem está inserida no domínio da Teoria Geral do Direito. A menção a *Jus*-filósofos como Bobbio, Kelsen, Perelman, Dworkin, Hart, Luhmann, Canaris e outros, foi sempre na busca de algum ponto filosófico que pudesse esclarecer ou resolver as questões problemáticas ora investigadas, pois como diz Hart (2010, p. 01) “se houver algum ponto filosófico que possa esclarecer ou resolver questões que os não filósofos consideram problemáticas, será sempre possível, simultaneamente, expor-lhes o ponto filosófico e utilizá-lo para resolver tais questões”.

O estudo embasou-se, com maior ênfase, em obras de hermenêutica jurídica, direito processual civil, direito constitucional e de direito tributário, este último, em virtude de aí se encontrarem os mais avançados estudos sobre a irretroatividade da jurisprudência. Obras de direito comparado como as de John Merryman, René David, Mauro Cappelletti e Mario Losano foram fundamentais à melhor compreensão do *common law*. Os periódicos, a exemplo da Revista de Processo, foram imprescindíveis ao estudo, pois aí constantemente eram encontrados os mais atuais estudos sobre o tema.

A pesquisa também teve como fontes importantes a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional, merecendo destaque o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que aborda os dois principais objetos do presente estudo (o precedente vinculante e a eficácia temporal dos precedentes).

Procurou-se, sempre que possível, ilustrar as discussões com precedentes do STF e do STJ, que também foram utilizados para melhor analisar institutos típicos do *common law*, como a *ratio decidendi*, o *distinguishing*, o *overruling etc.*, ou melhor, pretendeu-se ver como funcionariam tais institutos frente ao precedentes das Cortes Superiores do Brasil.

Enfim, o fio condutor do presente trabalho é o princípio da segurança jurídica, através do qual objetiva-se, de um lado, alcançar maior previsibilidade, uniformidade,

estabilidade, isonomia e celeridade na realização do direito brasileiro e, de outro, proteger as justas expectativas normativas dos cidadãos que pautaram seu agir, programaram suas vidas, com fulcro na orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores. Nisso reside a importância do estudo.

2 OS MODELOS PROCESSUAIS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

2.1 A DAS EXPRESSÕES *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

No ocidente, é corriqueira a contraposição entre duas grandes famílias do direito, de um lado, a romano-germânica e, do outro, a anglo-saxônica, às quais se aplicam, em língua inglesa, respectivamente, as conhecidas denominações *civil law* e *common law*¹.

Tais famílias jurídicas possuem características próprias e comuns. Na primeira, incluem-se, como o nome indica, os sistemas formados sobre a base romana, com a contribuição trazida pelos povos germânicos que invadiram o império. A tal família pertencem os ordenamentos da maior parte dos países da Europa Continental e das regiões colonizadas pelos mesmos. A segunda família (*common law*) compõe-se do direito inglês e dos sistemas a ele filiados, com realce para o norte-americano (BARBOSA MOREIRA, 2007a, p. 40).

O termo *common law* tem ainda várias outras acepções. Pode ser utilizado em oposição aos costumes locais, significando o direito comum a toda a Inglaterra (DAVID, 2002, p. 359; LOSANO, 2007, p. 324).

Pode significar um direito consuetudinário, num sentido especial, onde os costumes que, são fonte desse direito, não nascem do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes (LOSANO, 2007, p. 325).

Por *common law*, também pode-se entender o elemento casuístico do Direito anglo-americano (*case law*), constituído pelos precedentes judiciais (SESMA, 1995, p. 15).

A expressão, ainda, é utilizada para distinguir o direito formado pelos Tribunais Reais da Inglaterra, em contraposição ao direito produzido pelos Tribunais de equidade (*equity*), onde, quando não se encontrava uma solução no *common law*, decidiam-se os

¹ John Merryman (1986, p. 15) prefere o termo “tradição jurídica”, e não “sistema jurídico”, sob os seguintes argumentos: “Observará o leitor que se usa o termo ‘tradição jurídica’, e não ‘sistema jurídico’. Quer-se distinguir assim entre duas ideias muito diferentes. Um sistema legal, tal como se usa aqui este termo, é um conjunto operativo de instituições, procedimentos e regras legais. Neste sentido, tem o sistema federal e cinquenta sistemas estaduais no Estados Unidos (...) Os sistemas jurídicos nacionais se classificam em grupos ou famílias. Por exemplo, os sistemas legais da Inglaterra, Nova Zelândia, Califórnia e Nova York se chamam sistemas de ‘direito comum’ e tem boas razões para agrupar-los nesta forma. Pelo que não deve sugerir-se que tenham instituições, processos e regras legais idênticas.”. No presente trabalho, ora referir-se-á às famílias de *civil law* e *common law* como sinônimo de tradições jurídicas, nos termos propostos por Merryman, ora referir-se-á a sistema jurídico, pretendendo falar mesmo de sistema brasileiro, alemão etc.

recursos direto ao Rei, com inspiração nos princípios do direito canônico (DAVID, 2002, p. 370-372).

2.2 EXPLICAÇÕES ACERCA DA CONVENIÊNCIA EM SE REFERIR A TAIS FAMÍLIAS DO DIREITO

Michele Taruffo (2010a, p. 167-169) critica as macrocomparações entre as famílias da *commom law* e *civil law*, pois defende que, nos últimos tempos, ocorreram inúmeras transformações que findaram por afastar os sistemas jurídicos de países que compunham uma mesma “família”. A título de exemplo cita os sistemas inglês e norte-americano, que, se já eram historicamente distintos, tornaram-se ainda mais distantes, após o Código de Processo Civil Inglês (*Rules of Civil Procedure*), introduzido em 1999.

Com efeito, o Direito inglês distancia-se a passos largos do modelo de processo *adversarial* – ainda dominante nos Estados Unidos – em que a instrução probatória fica a cargo das partes; ao mesmo tempo em que se aproxima do modelo *inquisitorial* – típico do *civil law* – em que o juiz assume papel mais relevante na instrução probatória (BARBOSA; MOREIRA, 2007a, p. 49-50; TARUFFO, 2004, p. 141-149).

Taruffo (2010a, p. 169) entende que, atualmente, existe uma pluralidade fortemente fragmentada de modelos processuais e, portanto, prefere realizar “microcomparações”, ou melhor, comparações “entre ordenamentos”, ao invés de comparações entre macromodelos. Mesmo assim, adverte que permanece possível referir-se às famílias de *civil law* e *commom law*, desde que se esteja consciente de que os membros das famílias estão progressivamente se afastando uns dos outros, e que se atenuam os vínculos em função dos quais seria possível dizer que estes pertencem a uma ou outra família.

Ressalte-se que, em virtude do objeto do presente estudo, que levará em consideração aspectos históricos e elementos mais fundamentais e estáveis das duas grandes tradições jurídicas – como, por exemplo, as fontes do direito, o raciocínio e as técnicas utilizadas para interpretar e aplicar as regras – torna-se imperiosa a referência às famílias de *civil law* e *common law*.

O agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar a compreensão das duas grandes tradições jurídicas; além do que a noção de “família de direito” não corresponde a uma realidade biológica, recorre-se a ela para fins didáticos,

valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os diferentes direitos (DAVID, 1964, p. 21-23).

Nesse sentido, as palavras John Merryman (1989, p. 17), um dos maiores comparatistas norte-americanos, são elucidativas:

É esta comunhão peculiar o que se chama aqui de tradição jurídica e a que nos permite falar dos sistemas legais da França e Alemanha (e muitos outros) como sistemas de direito civil.

Como implica o termo, uma tradição jurídica não é um conjunto de regras e direito acerca dos contratos, das sociedades anônimas e dos delitos, ainda que tais regras sejam quase sempre, em certo sentido, um reflexo dessa tradição. É melhor um conjunto de atitudes profundamente arraigada, historicamente condicionadas, acerca da natureza do direito, acerca do papel do direito na sociedade e no corpo político, acerca da organização e da operação adequadas de um sistema legal, e acerca da forma em que se faz ou deveria fazer-se, aplicar-se, estudar-se, aperfeiçoar-se e ensinar-se o direito. A tradição jurídica relaciona o sistema legal com a cultura da qual é uma expressão parcial. Situa-se o sistema jurídico dentro da perspectiva cultural.

2.3 A DIVERSIDADE DO CONTEXTO HISTÓRICO DE DESENVOLVIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DA *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Para melhor se compreender o surgimento e desenvolvimento das tradições jurídicas de *civil law* e *common law*, bem como as consequências daí decorrentes, torna-se imprescindível uma análise crítica dos aspectos político, social, jurídico e econômico da França e Inglaterra, países que mais categoricamente representam essas duas grandes famílias do direito.

As jurisdições de *civil law* e *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de diferentes tradições jurídicas (MARINONI, 2009, p. 176).

A França do período pré-revolucionário, apesar da efervescência do racionalismo², do liberalismo³ e do poder econômico da burguesia, persistia em manter a ordem econômica

² “Sistema filosófico baseado na supremacia da razão humana. Tem grande importância no conjunto de tendências que contribuíram para fixar as bases do chamado Movimento Codificador Moderno. (...) A idéia de um sistema jurídico racional, i. e., do novo *ius naturale*, baseado na razão humana e independente de pressupostos e condicionamentos éticos e religiosos, que eleva a razão humana à categoria de valor supremo do indivíduo e da humanidade, inicia-se realmente com o Renascimento (...). Projeta-se na corrente positivista, que, tomando uma nova forma na pandectística, é decisiva no fenômeno das modernas codificações, cuja gênese, em

do feudalismo, a ordem política do absolutismo monárquico e uma ordem jurídica que tentava a todo custo manter o *status quo*, privilegiando uma aristocracia feudal, em detrimento da burguesia.

De acordo com Merryman (1989, p. 40-41), os juízes franceses foram um dos alvos da Revolução de 1789, porque constituíam um grupo aristocrático que apoiava a aristocracia feudal contra os camponeses, as classes médias trabalhadoras urbanas e a burguesia. Além disso, os juízes da França pré-revolucionária não conseguiam distinguir claramente entre a aplicação e a criação da lei, de forma que frequentemente frustravam as intenções progressistas dos seus elaboradores, ou negando-se a aplicar as leis novas, ou interpretando-as de forma contrária à sua intenção, ou melhor, de forma a garantir o *stato quo*.

Por conseguinte, na França, a força irresistível da ideologia liberal ligada aos valores burgueses causou a crise⁴ da ordem social e econômica então vigentes, que, por sua vez, ensejou a necessidade do surgimento de uma nova ordem política e jurídica, suplantando as do *Ancien Régime* e, conseqüentemente, derrubando a monarquia absoluta, bem como a aristocracia feudal e das togas; elevando o parlamento ao centro do poder e criando um sistema jurídico completamente novo.

A Revolução Francesa procurou criar um Direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional, que tinha de ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no seu desenvolvimento e no do poder governamental; já que não havia como confiar nos juízes, que até então estavam ao lado dos senhores feudais e da monarquia. O sentimento no período revolucionário era de que o direito contaria com um grave e insuportável *deficit* democrático, caso as normas traçadas pelos representantes do povo fossem interpretadas pelos magistrados (MERRYMAN, 1989, p. 41-42).

princípios do século XIX, parte dos Estados autoritários, seguindo o exemplo da França revolucionária” (SURGIK, 1977, p. 156-157).

³ “O conteúdo refere-se à relação entre o indivíduo e o poder público, exigindo uma limitação do direito estatal da intervenção. (...) O liberalismo político começou com a filosofia do Estado nos séculos XVII e XVIII (Locke, Montesquieu) e a economia clássica (Smith)”. (...) O *Second Treatise of civil government* (1690) de Locke tornou-se o fundamento básico do movimento liberal, que proibiu a intervenção do Estado nas normas da sociedade e do particular. (...) Montesquieu esboçou o princípio da balança mútua entre os poderes estatais, possibilitando assim a liberdade do burguês. (...) A lei é, segundo a filosofia do liberalismo político, o substrato essencial da liberdade, a realização desta é o fundamento do estado moderno de direito que garante as liberdades do indivíduo”. (HERKELMANN, 1977, p. 352-353).

⁴ Crise significa momento de readaptação da ordem vigente ou sua suplantação por uma nova ordem. As críticas a uma determinada ordem, não devem ser confundidas com a crítica à “ordem” em termos genéricos. As críticas a uma ordem não podem ser confundidas com a antiordem, pois aqueles que combatem uma ordem “A”, na verdade, pretendem implantar uma ordem “B”, e não a desordem, pois não há vida em sociedade sem ordem (SALDANHA, 2003, p. 215-228).

Ou seja, com a Revolução Francesa de 1789, houve uma clara ruptura da ordem política e jurídica. A luta contra o absolutismo significou a pretensão de substituir o rei por outro poder absoluto, a Assembleia Soberana. O parlamento avocou para si a competência exclusiva de criar o direito, de forma que a atividade dos juízes deveria se restringir à mera declaração da lei.

O ideal revolucionário de desenvolver um novo Direito e permitir o desabrochar de uma nova sociedade exigiu a admissão dos argumentos de Montesquieu, aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do Legislativo e do Judiciário, tornando-se imprescindível limitar a atividade deste, mediante sua subordinação de forma rígida ao parlamento, cujos habitantes deveriam representar os anseios do povo.

Já na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo frente ao monarca, como ainda haviam desempenhado papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. Os juízes ingleses, afirmando o direito de ancestral tradição na nação (*common law* formado a partir de 1066), sem qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado, contribuíram para a unificação do Poder e implantação da nova ordem econômica, o que se deu de forma razoavelmente rápida e gradual, com a eliminação da jurisdição feudal e de outras jurisdições paralelas (MERRYMAN, 1989, p. 42).

Na Inglaterra, o *common law* se desenvolveu de forma contínua e gradativa, não sendo possível visualizar a suplantação de uma ordem por outra. Nesse sentido, leiam-se as palavras de René David (2002, p. 355):

O jurista inglês – que subestima a continuidade dos direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes direitos – gosta de valorizar a continuidade histórica do seu direito; este surge-lhe como sendo produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução; orgulha-se desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova da grande sabedoria da *common law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e de qualidades correspondentes nos juristas e no povo inglês.

Portanto, não se pode perder de vista que as histórias do poder no *common law* e no *civil law* foram as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes destes sistemas jurídicos. Também não se pode olvidar que tais diferenças foram fortemente acentuadas pela intenção dos inspiradores do Estado legislativo francês, pois “A Revolução francesa, como

toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei” (MARINONI, 2009, p.201).

2.3.1 A formação do *civil law* e o significado da “Supremacia do Parlamento”

Com a Revolução Francesa, o parlamento assumiu um poder quase absoluto, criou um novo Direito e, subjugou o Judiciário, proibindo-o de interpretar as leis e até mesmo de executar suas decisões, tarefa que ficaria a cargo do executivo.

A supremacia do parlamento, na França, foi vista como sujeição do juiz à lei e ao legislativo, vez que a magistratura, por não merecer a confiança dos setores a partir de então dominantes, foi proibida de interpretar as leis, para não distorcê-las e, assim, frustrar os objetivos do novo regime, que tinha o novo Direito como imprescindível para a realização dos escopos da Revolução Francesa (MERRYMAN, 1989, p. 56).

Ressalte-se que não era por acaso essa desconfiança na magistratura francesa. No *Ancien Régime*, os membros do Judiciário francês constituíam uma classe aristocrática, não apenas sem qualquer compromisso com os valores da liberdade, igualdade e fraternidade, como ainda mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as leis sempre no sentido que fosse mais conveniente à manutenção do *status quo*. “Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais” (MARINONI, 2009, p.196).

Montesquieu, ao elaborar a tese de que não poderia haver liberdade caso o Judiciário não estivesse separado dos Poderes Legislativo e Executivo (teoria da separação dos poderes), partiu da sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juízes da sua época, já que nasceu em uma família de magistrados. Antes da Revolução Francesa, os cargos de juiz consideravam-se propriedades que podiam comprar-se, vender e herdar-se. O próprio Montesquieu herdou tal cargo, conservou-o durante uma década e o vendeu (MERRYMAN, 1989, p. 40; SOBOUL, 1981, p. 73).

Pois bem, na França, a pretexto de se garantir a consecução dos ideais revolucionários da liberdade, igualdade e fraternidade, submeteu-se o juiz ao parlamento,

através do dogma da estrita aplicação da lei, segundo o qual o juiz atua mediante a mera descrição dos termos da lei, destituído de qualquer poder criativo e de *imperium*.

O Estado liberal clássico, instituído com a Revolução Francesa, tinha como um de seus principais objetivos garantir a liberdade dos cidadãos, tendo sido marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada.

Não foi por acaso que os direitos humanos de primeira geração (direitos de liberdade) surgiram nessa época. Tais direitos, que tem o indivíduo como titular e são oponíveis ao Estado, para serem respeitados, exigem apenas um não fazer, uma não intervenção (BOBBIO, 2004, p. 24-26; BONAVIDES, 2007, p.563-564).

Ressalte-se que a principal forma de limitar a intervenção do Judiciário na vida dos particulares foi a premissa de que o julgamento apenas afirmaria o que estava contido na lei. Acreditava-se que não havendo diferença entre o julgamento e a lei – impregnada dos valores burgueses – estaria garantida a liberdade política.

Obviamente que esse modo de pensar repercutiu sobre o Estado-juiz, uma vez que de nada adiantaria delimitar a atividade do legislador com os fundamentos do liberalismo e, permitir ao juiz interpretar a lei. Por isso é que Montesquieu (2004, p. 58) afirmava que a decisão judicial deveria corresponder apenas a um “texto exato da lei”, pois de outra maneira constituiria uma opinião pessoal do juiz e, dessa forma, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”, já que o juiz, ao seu alvedrio, poderia atribuir ao texto da lei sentido diverso do contido em sua literalidade impregnada dos valores do liberalismo.

Por esse motivo foi que Montesquieu (2004, p. 180) definiu o juiz como a “*bouche de la loi*” (boca da lei), ao asseverar que os juizes de uma nação não são mais “que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.”

Como dito, na França revolucionária, pretendeu-se proibir o juiz de interpretar a norma; imaginou-se que uma legislação clara e completa possibilitaria ao juiz simplesmente aplicar a lei, e, desta maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar o alcance da lei (MERRYMAN, 1989, p. 84).

Outrossim, estabeleceu-se que na excepcionalidade de conflito, obscuridade ou falta de lei, o juiz obrigatoriamente deveria apresentar a questão ao Legislativo para a realização da “interpretação autorizada” (MERRYMAN, 1989, p. 85).

2.3.2 A formação do *common law* e o significado da “Supremacia do Parlamento Inglês”

O jurista inglês se orgulha da continuidade histórica do seu direito, que considera como sendo produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução (DAVID, 2002, p.355).

Com efeito, na Inglaterra, não há como se identificar uma nítida ruptura da ordem jurídica, e sim um desenvolvimento gradual do *common law*.

A história do Direito inglês foi marcada por quatro períodos principais. O primeiro é o período anglo-saxônico, anterior à conquista normanda de 1066. O segundo é o período da formação do *common law*, que vai de 1066 ao advento da dinastia dos Tudors (1485), no qual se desenvolve, em substituição aos costumes locais, um sistema de direito novo, comum a todo o reino. O terceiro é o período da rivalidade com a *equity*, que vai de 1485 a 1832, sendo marcado pelo desenvolvimento, ao lado do *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas “regras de equidade”. O quarto é o período moderno, que começa em 1832 e continua até os dias de hoje, no qual o *common law* teve que observar um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração (DAVID, 2002, p. 356).

Tão relevante foi o magistrado inglês para a consolidação do *common law*, que se tornou usual a expressão *judge make law*. No entanto, apesar da expressão *judge make law*, o poder do juiz era o de afirmar o *common law*, o qual se sobrepunha ao Legislativo, que, por isto, deveria atuar de modo a complementá-lo (MARINONI, 2009, p. 184; HILL, 1992, p. 314-315).

Na Inglaterra, o Legislativo não se opôs ao Judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir. O juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, sempre ligado aos mais elevados valores da sociedade e, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão.

John Merryman (1989, p. 42) chega a afirmar que o juiz inglês “havia se constituído numa frequente força progressista ao lado do indivíduo contra o abuso de poder do governante, e havia desempenhado um papel importante na centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo”.

Ante todo esse contexto, na Inglaterra, diversamente do que ocorreu na França, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em

favor do rei ou do absolutismo⁵. Também por esses motivos não houve necessidade de criar e impor o dogma da aplicação estrita da lei; não precisou negar-se a natureza das coisas, impedindo a interpretação das leis. O juiz inglês, tradicionalmente, ia muito além da interpretação das leis, extraía direitos e deveres, a partir do *common law* (MARINONI, 2009, p. 184-185).

A Revolução Gloriosa de 1688, correspondente inglês da Revolução Francesa, jamais teve a pretensão de criar um novo Direito, de anular os poderes dos juízes e subjugá-los ao Legislativo. Muito pelo contrário, pautou-se pela afirmação do *common law* contra o rei e seus princípios davam ao Judiciário condição para controlar os atos legislativos, já que o parlamento, embora supremo diante do monarca, também se encontrava submetido ao *common law* (MARINONI, 2009, p. 192).

Com efeito, o juiz inglês teve espaço para desenvolver o *common law* e, a partir dele, controlar a legitimidade dos atos estatais. O célebre caso *Bonham*, decidido por volta de 1610, pelo juiz-presidente Coke, bem demonstra essa realidade. Em tal julgamento entendeu-se que as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, e, quando forem com ele incompatíveis, são nulas e destituídas de eficácia. Disse Coke, nesta ocasião, que “foi dito em nossos livros que, em muitos casos, o *common law* controlará leis do parlamento e, algumas vezes, decidirá que são elas absolutamente destituídas de eficácia; de modo que, quando uma lei do parlamento é contrária ao direito e à razão comum, com eles incompatível ou impossível de ser executada, o *common law* a controlará e decidirá pela sua nulidade” (CAPPELLETTI, 1992, p. 58-59; KELLY, 2010, p. 240).

Há um segundo fato de grande relevância também protagonizado pelo juiz Coke, que, em 1612, em célebre confrontação com o Rei Jaime, anunciou o princípio do primado do direito ou do Estado de Direito. Segundo John Kelly, na ocasião, realizava-se uma conferência do rei com vários juízes sobre o tema do alcance das jurisdições eclesiásticas concorrentes com a jurisdição dos tribunais de *common law*. Jaime asseverava que, sendo o juiz supremo abaixo apenas de Deus podia arbitrar entre tais jurisdições, oportunidade em que foi contestado por Coke, que disse que tais questões, segundo o direito imemorial do reino, sempre foram da alçada dos tribunais de *common law*. Leia-se trecho do embate:

⁵ Muito pelo contrário, como informa Merryman (1989, p. 72), na Inglaterra e nos Estados Unidos os juízes chegavam a ser venerados, tidos por verdadeiros heróis culturais. Leia-se: “No mundo do direito comum sabemos o que é um juiz. É um herói cultural, inclusive uma figura paternal. Muitos dos grandes nomes do direito comum são nomes de juízes: Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo. Sabemos que nossa tradição legal é criada originalmente e acrescida e melhorada pelas mãos dos juízes que raciocinam cuidadosamente entre um caso e outro e constroem um corpo de direito que obriga os juízes posteriores a decidir os casos similares de maneira similar, através da doutrina do *stare decisis*”.

Então o rei disse que pensava que o direito estava fundado na razão e que ele e outros tinham a razão, e não somente os juízes: ao que redargui que era verdade que Deus havia dotado sua Majestade de excelente ciência e grandes dons da natureza; porém, sua Majestade não era instruída nas leis de seu reino da Inglaterra, e as causas que dizem respeito à vida, ou à herança, ou aos bens, ou às fortunas de seus súditos não devem ser decididas pela razão natural, mas pela razão artificial e pelo julgamento da lei, o que é uma arte que requer longo estudo e experiência antes que um homem possa atingir o conhecimento dela: e que a lei era a régua de ouro e a justa medida para decidir as causas dos súditos; e que protegia sua Majestade em segurança e paz: com o que o rei ficou profundamente ofendido, e disse que por essa hipótese ele devia estar abaixo da lei, o que era traição afirmar; ao que aduzi o que Bracton disse, a saber *quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege* (o rei não é colocado sob a autoridade de outro homem, mas sob a de Deus e a da lei) (KELLY, 2010, p. 305).

Um terceiro acontecimento histórico de peso, que elucida a estreita ligação entre o Judiciário e o Legislativo, e não a submissão do primeiro ao segundo, consistiu no conflito travado em 1616 entre os tribunais de *common law* e a jurisdição do Chanceler (*equity*) apoiada pelo rei. No século XVI, durante a dinastia dos Tudors, desenvolveu-se, em paralelo à jurisdição de *common law*, a jurisdição do Chanceler (recurso ao rei), que, com base em princípios do direito canônico, decidia os casos não solucionados pelo *common law*. Porém, quando jurisdição do Chanceler começou a invadir a competência dos tribunais de *common law*, surgiu grande resistência dos *common lawyers*, que apoiados pelo parlamento, deram início a um violento conflito. Em 1616 tal conflito fora decidido pelo Rei Jaime I, favoravelmente, à jurisdição do Chanceler. No entanto, os chanceleres, temendo a hostilidade do parlamento, aliado histórico do Judiciário, preferiram não abusar da vitória e firmar um pacto tácito para manter o *status quo*, comprometendo-se a não realizar mais novas intromissões em detrimento dos tribunais de *common law* (DAVID, 2002, p. 374-375).

Pois bem, a Revolução Gloriosa não teve a menor intenção de submeter o juiz ao parlamento ou mesmo o objetivo de impedir o juiz de afirmar o *common law*. O princípio da *supremacy of the English parliament* teve a intenção de passar a noção de supremacia do direito (*common law*) sobre o monarca, e não o propósito de significar onipotência da lei ou absolutismo do parlamento; tanto é que possibilitava ao Judiciário controlar os atos legislativos que eventualmente fossem de encontro ao *common law* (MARINONI, 2009, p. 193).

A *supremacy of the English parliament* tem significado completamente distinto ao da supremacia do Legislativo vista aos olhos dos franceses. Na Inglaterra, a luta contra o

absolutismo consistiu em opor, às pretensões do rei, os privilégios e liberdades tradicionais dos ingleses, representados e defendidos pelo parlamento e judiciário. Nesse contexto, merece destaque o célebre *Bill of Rights*, editado no primeiro ano da Revolução, em 1689, ao qual Guilherme de Orange teve que se submeter, como condição para ascender ao trono (MARINONI, 2009, p. 194-195)⁶.

A *supremacy of the English parliament*, imposta com a Revolução Gloriosa, somente teve o mesmo sentido do princípio da supremacia do Legislativo, tal como visto pela Revolução Francesa, com relação às colônias (a exemplo dos Estados Unidos), pois nestas as leis coloniais deveriam ser aplicadas pelos juízes locais, exceto se estivessem em confronto com as Leis do Reino (MARINONI, 2009, p. 193).

2.4 CONSEQUÊNCIAS DOS DIFERENTES CONTEXTOS HISTÓRICOS DE FORMAÇÃO DO *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

2.4.1 A questão da criação judicial do direito no *civil law* e no *common law*

Há séculos se discute, se o juiz, ao decidir uma causa, cria o direito, ou apenas declara um direito preexistente. Duas teorias se confrontam acerca da natureza jurídica da decisão judicial, a teoria declaratória e a teoria constitutiva.

No *civil law*, durante séculos, prevaleceu a teoria declaratória, como consequência lógica do dogma da estrita aplicação da lei, segundo o qual o juiz atua mediante a mera descrição dos termos da lei, destituído de qualquer poder criativo e de *imperium*.

⁶ Entendimento diametralmente oposto é defendido por Cappelletti (1992, p. 60-61), de acordo com o qual a doutrina de Coke, que dava ao Judiciário o poder de controlar a atividade do Rei e do Parlamento, foi abandonada na Inglaterra com a Revolução de 1688 (Revolução Gloriosa), a partir da qual foi, então, proclamada a até hoje vigente da *supremacia do Parlamento*.

Cappelletti (1992, p. 57-63) demonstra, ainda, que a *supremacia do Parlamento inglês*, paradoxalmente, criou ambiente favorável ao surgimento do *judicial review* (*supremacia do Poder Judiciário*), no Estados Unidos da América, pois em virtude de tal princípio as leis das colônias americanas só poderiam ser aplicadas se estivessem em consonância com as Cartas da Coroa britânica, de forma que com a independência das Colônias inglesas da América em 1776, um dos primeiros atos foi a substituição das velhas “Cartas” coloniais pelas novas Constituições e, como os juízes já estavam habituados a realizar o cotejo entre as leis e as Cartas coloniais, foi muito natural que passassem a realizar esse mesmo cotejo com relação às novas Constituições.

Porém, com a crise da modernidade⁷, ocorreram profundas transformações na hermenêutica jurídica, sendo inegável nos dias atuais que a atividade de interpretar a lei, constitui-se, também, em criação do direito, em construção do sentido da norma (CAPPELLETTI, 1993, p. 21)⁸.

O próprio Kelsen (2003, p. 269-272), o pai do positivismo jurídico, já havia esclarecido que em virtude da necessária indeterminação relativa da norma jurídica, ela pode ser metaforicamente referida como uma moldura, dentro da qual se acomoda uma pluralidade de significações cientificamente pertinentes, podendo quaisquer delas prevalecer por escolha do juiz.

O eminente *Chief Justice* Barwick (apud CAPPELLETTI, 1993, p. 20-21) bem esclareceu essa questão da atividade criativa do juiz, quando afirmou que ainda “a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.”

Em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘*law-making*’ (CAPPELLETTI, 1993, p. 25).

Portanto, embora na época da Revolução Francesa tenha prevalecido, no *civil law*, a teoria declaratória; no estágio atual, é indiscutível o papel criativo do juiz na realização do direito.

⁷ Com apoio em João Paulo Allain Teixeira (2002, p. 17-18), pode-se apresentar a seguinte noção de *crise da modernidade*: A crise da modernidade reflete sobre o modelo de racionalidade dominante na era moderna, atingindo fortemente o Estado, a política e a atividade jurisdicional. “Os dias atuais revelam um quadro de crise. Crise da civilização, crise da racionalidade, crise enfim da modernidade”. O foco da crise reside no fato de que as promessas da modernidade não se concretizaram. Constatando-se um excesso de promessas com um déficit do seu cumprimento. Apesar do avanço da técnica, da industrialização, o que se viu foi a exploração dos trabalhadores, que sequer tinham condições de satisfazer as necessidades mais básicas, como: moradia, saúde e educação. No mesmo sentido, *vide* Eduardo Bittar (2005, p. 05-33).

⁸ Nesse mesmo sentido, as palavras de Neil MacCormick (2006, p. 244-245) são elucidativas: “Parece verdadeiro afirmar que a controvérsia frequentemente acirrada, mas sempre árida, a respeito de poderem os juízes ‘fazer leis’ ou ‘legislar’, se deveriam agir desse modo ou se de fato o fazem, é na essência uma questão verbal ou terminológica. (...) É também verdadeiro, porém, que a lei é modificada no momento seguinte à decisão de um importante ‘caso que firme jurisprudência’ em relação ao que era no momento anterior. E essa é uma semelhança notável. O que é essencial é ver tanto a diferença quanto a semelhança”.

Por outro lado, embora, à primeira vista, parecesse bastante lógico que se aceitasse facilmente a atividade criativa do juiz no *common law*, até os dias atuais se discute, na Inglaterra, a natureza jurídica da decisão judicial (se declaratória ou constitutiva).

Na Inglaterra, um dos principais defensores da teoria declaratória foi Blackstone, o qual afirmou que os juízes “*são os depositários das leis; os oráculos vivos que devem decidir em todos os casos de dúvida e que se encontram obrigados, por um juramento, a decidir em conformidade com o Direito do país (...)*” (apud SESMA, 1995, p. 26). Blackstone, na verdade, pretendia disfarçar o papel criativo dos juízes, através da ideologia de que os juízes se limitavam a descobrir o “verdadeiro direito” que está por trás das sentenças constitutivas dos precedentes (BOBBIO, 2006, p. 97).

De acordo com Sesma (1995, p. 28-29), tradicionais juristas ingleses, como Blackstone, resistiam em reconhecer a teoria constitutiva do direito, ou melhor, que os tribunais criavam direito, porque se assim o fizessem estariam aceitando que os tribunais decidiam os casos não com base em normas preexistentes, mas sim com fulcro em direito criado *ex post facto*.

Já Bentham⁹ (apud BOBBIO, 2006, p. 96-97), defendia ardorosamente que o juiz inglês criava o direito e criticava a ideologia de acordo com a qual os juízes disfarçavam sua atividade criativa do direito. Segundo ele, seria uma ficção imaginar que o direito aplicado no caso concreto fora extraído do *common law* sem que houvesse nenhuma pessoa conhecida como seu autor.

Atualmente, é dominante, nas duas grandes famílias do direito, o entendimento segundo o qual a atividade do juiz é interpretativa e criativa, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade (CAPPELLETTI, 1993, p. 128-129; LARENZ, 1997, p. 193).

Hart (2010, p. 137-161), ao analisar a teoria do direito norte-americana como situada entre dois extremos (o Pesadelo e o Nobre Sonho), bem demonstrou que, mesmo nos casos difíceis (*hard case*), a verdade é que os juízes ora criam o direito, exercendo a “prerrogativa soberana de escolha”, ora decidem com base nos elementos existentes no sistema. Nesse sentido, afirmou:

⁹ Bentham sofreu forte influência do iluminismo e, embora seu pensamento não tenha sido aceito na Inglaterra, teve grande repercussão em todo o mundo civilizado. Ele criticava duramente o modelo não escrito do Direito inglês e defendia a “Codificação”, a fim de se dar maior segurança e sistematicidade ao Direito (BOBBIO, 2006, p. 91-100).

Para concluir, permita-me dizer o seguinte: apresentei a teoria do direito norte-americana como situada entre dois extremos, o Pesadelo e o Nobre Sonho; o entendimento de que os juízes sempre criam e nunca encontram o direito que impõem às partes, e o entendimento oposto de que nunca o criam. A exemplo de qualquer outro pesadelo e de qualquer outro sonho, esses dois são, em minha opinião, ilusões, embora tenham muito valor para ensinar ao jurista enquanto ele está acordado. A verdade, talvez não muito empolgante, é que ora os juízes fazem uma coisa, ora fazem outra. Obviamente, não é indiferente, mas de grande importância saber qual eles fazem e quando e como o fazem. (HART, 2010, p. 161).

2.4.2 O *civil law* e a busca da segurança jurídica no texto da lei

Como se pode inferir dos itens anteriores, no *civil law*, até mesmo pela desconfiança nutrida em face da magistratura, no período da Revolução Francesa, buscou-se a segurança jurídica na lei. O parlamento, que representava os anseios do povo, deveria elaborar leis claras e que abrangessem todas as searas possíveis e imagináveis do comportamento humano, a fim de que não se ensejasse qualquer margem interpretativa ou criativa para os juízes, que se limitavam a aplicar estritamente o texto da lei.

Em virtude da experiência vivida na França com os tribunais do período pré-revolucionário, temia-se que os juízes, a pretexto de interpretar a lei, exercessem um poder legislativo disfarçado, daí a razão do dogma da estrita aplicação da lei, que implicava a impossibilidade de o juiz, sequer, interpretar a lei.

Como afirmado por John Merryman (1989, p. 84), um dos objetivos da Revolução Francesa era elaborar leis tão simples, claras e diretas, que tornassem desnecessários os advogados e não deixassem qualquer margem interpretativa para os juízes, permitindo que os cidadãos normais entendessem a lei e determinassem por si mesmos seus direitos e obrigações sem ter que consultar advogados e socorrer-se dos tribunais.

A desconfiança nutrida em face dos Juízes do período pré-revolucionários fez com que os franceses tentassem a todo custo impedir a atividade interpretativa dos juízes, temendo que eles exercessem poder criativo e, assim, desvirtuassem os ideais revolucionários, pois de nada adiantaria o Parlamento elaborar novas leis, se os juízes lhes dessem os contornos que quisessem.

A maior demonstração desse desejo de elaborar uma legislação completa, coerente e clara se deu com o *Landrecht* prussiano de 1794, promulgado por Frederico o Grande. Tal Código continha cerca de dezessete mil artigos detalhados, que estabeleciam regras precisas para governar situações de fato específicas. Pretendia-se que o Código prussiano fosse uma

espécie de catálogo completo à disposição do juiz, contendo todas as soluções possíveis e imagináveis, para resolver qualquer controvérsia que surgisse. Não bastasse essa pretensão de *catálogo universal de soluções*, Frederico ainda criou uma comissão especial para interpretação do código em caso de dúvida e, estabeleceu que o juiz que ousasse interpretar seu código, incorreria na “grande ira” de Frederico (MERRYMAN, 1989, p. 66 e 81).

Resumindo, o Parlamento, imbuído da ideologia revolucionária, pretendia regular todas as situações possíveis e imagináveis da vida, não deixando qualquer margem interpretativa ao juiz, cuja função deveria se resumir à mera aplicação da lei.

Supôs-se que a certeza jurídica decorreria da letra da lei, na medida em que esta possibilitaria ao cidadão segurança e previsibilidade no trato das relações sociais.

Porém, a lei, por mais bem formulada que seja, tem uma “textura aberta da linguagem”, o que gera uma relativa indeterminação das regras, podendo proporcionar, para além dos casos claros – aqueles em que não se sentem dúvidas sobre o significado e aplicabilidade de um regra jurídica –, mais de uma interpretação (HART, 2010, p. 77, 114-120).

Além disso, como observado por Merryman (1989, p. 87), o legislador não consegue antecipar todos os *fattispecie*¹⁰, de forma que mesmo uma lei permanecendo inalterada em sua estrutura; frequentemente, tem o seu significado modificado em virtude de pressões sociais e da ocorrência de fatos novos não antevistos pelo legislador. A consequência disso é que o ideal de segurança jurídica no texto da lei, desfaz-se diante da incerteza quanto aos fatos da vida, de forma que a determinação dos direitos das partes, geralmente, deve esperar os resultados da lide. Ou seja, na verdade, a lei clara, completa, coerente e que preveja todos os fatos, garantindo, pois, segurança aos jurisdicionados, afigura-se uma grande utopia.

Atualmente, é dominante o entendimento de que “não se pode falar da existência de norma antes que se dê sua interação com os *fatos*, tal como pronunciada por um *intérprete*” (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 103). Com efeito, o silogismo subsuntivo, próprio da

¹⁰ Cândido Dinamarco (2009, p. 29-30), tratando da imperfeição das leis e do *fattispecie*, aduz: “A imperfeição das leis é o fundamento central das propostas, aqui contidas, de reler os princípios e renunciar a dogmas ilegítimos. Toda ordem jurídico-positiva é construída a partir de certos *Standards* de conduta ou de fatos da natureza, a que a lei atribui consequências favoráveis ou desfavoráveis aos sujeitos, segundo os juízos lógicos hauridos da experiência e os juízos valorativos presumivelmente captados no mundo axiológico integrante da cultura de uma sociedade ou da própria humanidade globalizada. Os direitos, deveres, obrigações, poderes, faculdades e ônus que dão corpo ao universo das situações jurídicas instituídas pelo direito apóiam-se sempre na observação dos fatos que comumente ocorrem e que o legislador reúne em feixes, ou *massa de fatos* compostas segundo seu critério discricionário. Surge aí o conceito de *fattispecie*, vocábulo italiano de difícil tradução ao vernáculo, empregado para designar os modelos desenhados pela lei mediante a previsão da ocorrência de algum desses fatos a serem impostas sempre que um deles ocorrer (*sanctio juris*)”.

Modernidade e do Positivismo jurídico do século XIX, onde vigorava o dogma da estrita aplicação da lei, é imprestável para se lidar com normas de textura aberta, com cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que exigem uma construção de sentido diante do caso concreto (ÁVILA, 1997, p. 423).

Nos dias de hoje, tem-se compreendido, perfeitamente, que as normas jurídicas não são os textos de lei, nem o conjunto deles, e sim os sentidos construídos a partir da conformação constitucional e da interpretação sistemática dos textos legais. Os dispositivos de lei constituem-se no objeto da atividade hermenêutica e, as normas, no seu resultado (ÁVILA, 2009, p. 30).

Ora, diante dessa nova realidade, das novas técnicas legislativas e da própria elevação da complexidade social, de que adianta ter uma só lei com diversas interpretações possíveis, se haverá tantas “pautas de conduta”, quantas forem as interpretações admissíveis? (WAMBIER, 2009, p. 146).

Portanto, facilmente, pode-se inferir que diante da multiplicidade de interpretações possíveis e admissíveis, não há como se obter a certeza jurídica, simplesmente, no texto da lei.

O pior consiste em que grande parte da doutrina tradicional do *civil law*, mesmo diante da grave divergência jurisprudencial e da multiplicidade de possibilidades hermenêuticas em torno de uma lei, tenta encobrir a necessidade de adoção de um instituto que garanta a segurança, a previsibilidade e a igualdade diante das decisões¹¹.

A tal situação John Merryman (1989, p. 88) dá o nome de “folclore da interpretação judicial”, aduzindo que, “Apesar dos fatos, o folclore da interpretação judicial tem mantido uma persistência surpreendente no mundo do direito civil. Em consequência, existe uma tensão entre o fato e o folclore, e uma literatura abundante trata de preservar o folclore afastando-se dos fatos”.

Advirta-se, contudo, que, nos últimos tempos, muitos países do *civil law*, a exemplo do Brasil, Alemanha, Portugal, Argentina etc., têm admitido, embora que em hipóteses restritas, o instituto do precedente vinculante geralmente observado nas decisões das Cortes Constitucionais, consoante restará demonstrado nos itens seguintes.

¹¹ Para melhor compreensão dessa questão, recomenda-se a leitura de Ovídio Baptista da Silva (2006, p. 01-34), onde o autor critica a postura daqueles que pretendem manter o paradigma racionalista, mesmo estando ultrapassado pelas transformações sociais.

2.4.3 O *common law* e a busca da segurança jurídica no precedente (*stare decisis*)

O Direito inglês é essencialmente jurisprudencial (*case law*) (LOSANO, 2007, p. 325); suas regras são, fundamentalmente, as que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores (DAVID, 2002, p. 408-409).

Na Inglaterra, a lei aparece, tradicionalmente, como uma fonte secundária. Note-se que na Inglaterra não existe Constituição escrita; o que os ingleses chamam de Constituição é o conjunto de regras de origem legislativa, ou na maioria das vezes, jurisprudencial, que garantem as liberdades fundamentais e limitam o arbítrio das autoridades (DAVID, 2002, p. 433).

O *common law* foi desenvolvido pelos Tribunais ingleses e a função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito estabelecidas nas *ratio decidendi* dos julgados, as quais devem ser seguidas, sob pena de destruírem toda a “certeza” e comprometerem a própria existência do *common law* (DAVID, 2002, p. 428).

Por conseguinte, a obrigação de se recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*ratio decidendi*), bem como de se respeitar os precedentes judiciais (*stare decisis*¹²), é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial (DAVID, 2002, p. 428).

Ressalte-se que, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei, por isso que a segurança não foi buscada na lei, e sim nos precedentes, que se mostravam como instrumento hábil a garantir certeza e previsibilidade na aplicação do direito (MARINONI, 2009, p.199).

Assinale-se, por oportuno, que, na Inglaterra, a necessidade de segurança e certeza não foi sentida sempre no mesmo grau, e só depois da primeira metade do século XIX é que se estabeleceu a *regra do precedente* (*rule of precedent*), impondo aos juízes o recurso às regras criadas pelos seus predecessores (DAVID, 2002, p. 428).

É conveniente observar que os únicos precedentes obrigatórios são constituídos pelas decisões emanadas dos tribunais superiores (*Supreme Court of Judicature* e Câmara dos Lordes), de forma que as decisões emanadas de outros tribunais podem ter um valor persuasivo, mas não vinculativo (DAVID, 2002, p. 429).

¹² De acordo com José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 160) *Stare decisis* é o que sobrou da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido.

A Câmara dos Lordes (*House of Lords*¹³), por séculos, foi o órgão de cúpula do Judiciário inglês. Na Idade Moderna, ou melhor, a partir do século XIX, a Corte assumiu o papel de julgar os recursos extremos, sendo as manifestações orais conduzidas por juízes muitíssimo qualificados (ANDREWS, 2010, p. 300).

Em 1934, o acesso à *House of Lords* deixou de ser direito da parte, pois o recorrente passou a precisar de uma permissão do juízo *a quo* ou da própria *House of Lords* para interpor o recurso final (ANDREWS, 2010, p. 301). Tal instituto inglês, embora não se confunda, assemelha-se ao *writ of certiorari* norte-americano e à repercussão geral brasileira (FERREIRA PINTO, 2010, p. 114-115).

Vale salientar que, até a segunda metade do século XX, a Câmara dos Lordes estava estritamente vinculada aos seus próprios precedentes (vinculação horizontal).

Porém, em 1966, o Lorde Chanceler declarou solenemente que, no futuro, a Câmara dos Lordes poderia ultrapassar seus próprios precedentes, se razões prementes, parecessem exigi-lo no interesse da justiça (DAVID, 2002, p. 429). “De acordo com Louis Blom-Cooper’s, entre 1966 e 2009, pelo menos 21 posições da *House of Lords* foram alteradas ou desconstituídas, de acordo com regras excepcionais que autorizam o afastamento de precedentes” (ANDREWS, 2010, p. 310).

Ou seja, tanto no *civil law* como no *common law* percebeu-se que uma determinada norma poderia gerar inúmeras interpretações e, conseqüentemente, diversas decisões judiciais. No entanto, no *common law* intuiu-se que o juiz não poderia ser visto como um mero autômato que declara o direito preexistente, chegando-se a atribuir-lhe a função de criador do direito; ao passo que, no *civil law*, até hoje ainda tem força a ideia de que o juiz apenas extrai a vontade da lei¹⁴.

Por todos esses fatores foi que se inferiu no *common law* que a segurança só poderia ser obtida mediante o *stare decisis*; enquanto que o *civil law* permaneceu preso à ideia de garantir a segurança no texto da lei (MARINONI, 2009, p. 206).

A segurança jurídica é valor caro a qualquer sistema jurídico e, obviamente, interessa aos sistemas das duas tradições jurídicas, sendo que o *civil law*, historicamente, perseguiu-a através do texto da lei e, o *common law*, mediante o precedente vinculante (*stare decisis*).

¹³ A *House of Lords* fora extinta no ano de 2009, tendo seu último julgamento ocorrido em 28.07.2009. A partir de então, o órgão de cúpula do Judiciário inglês passou a ser Suprema Corte do Reino Unido, que se reuniu pela primeira vez em 01.10.2009 (ANDREWS, 2010, p. 301-302).

¹⁴ Ainda é comum lermos nas petições e decisões a expressão “vontade da lei”; “o caso dos autos se subsume a lei”; “silogismo subsuntivo”; “premissa maior”, “premissa menor” etc..

2.5 MITOS DE INCOMPATIBILIDADE DO *STARE DECISIS* COM O *CIVIL LAW*

A doutrina contrária à adoção do *stare decisis*, nos países do *civil law*, criou três mitos, visando demonstrar sua incompatibilidade com o sistema, quais sejam: (i) o *common law* não existe sem o *stare decisis*; (ii) o juiz do *common law*, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa da do seu colega do *civil law*; e (iii) o *stare decisis* é incompatível com o *civil law* (MARINONI, 2009, p. 179).

Em primeiro lugar, não há como se confundir o *common law* com o *stare decisis*, que se afigura apenas um de seus elementos. Conforme já demonstrado, a formação do *common law* se iniciou em 1066 com a conquista normanda e o *stare decisis* somente fora estabelecido na segunda metade do século XIX. Além disso, o *common law* como os costumes gerais, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*, por vários séculos, funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*.

Também não se pode vincular o *stare decisis* à criação judicial do direito e, com base nisso, concluir por sua incompatibilidade no *civil law*. Primeiro, porque, atualmente, nos países de tradição romano-germânica, é dominante o pensamento de que o juiz exerce atividade criativa, e não meramente declaratória, já que o sentido da norma não é simplesmente extraído do texto legal, mas construído no exato momento de decisão do caso concreto. Segundo, porque, durante muito tempo, na Inglaterra, conviveram harmonicamente o *stare decisis* e a teoria declaratória.

Por outro lado, afigura-se flagrantemente equivocado o argumento de que o *stare decisis* é incompatível com os sistemas em que a lei se apresente como fonte primária do direito (*civil law*). Primeiro, porque há países de *common law*, como os Estados Unidos da América, em que a produção legislativa é tão intensa como em países típicos do *civil law*¹⁵. Segundo, porque a Inglaterra, há um bom tempo, vem implementando sua legislação, a exemplo do Código de Processo Civil que já conta mais dez anos, sem que nenhuma bandeira

¹⁵ Neste particular John Merryman afirma que: “É provável que haja num estado norte-americano típico pelo menos tanta legislação vigente como em um país europeu ou latino-americano típico. Do mesmo modo que em um país de direito civil, a legislação validamente promulgada nos Estados Unidos é a lei, a qual se espera que os juízes interpretem e apliquem com o espírito do seu criador. A autoridade da legislação é superior a das decisões judiciais; os estatutos superam as decisões judiciais contrárias (deixando de lado as questões constitucionais), mas não o contrário.”

tenha se levantado pugnando pelo fim do *stare decisis*. Terceiro, porque é fato incontestável que países do *civil law* têm passado a adotar o precedente vinculante, principalmente, com relação às decisões de suas Cortes Constitucionais¹⁶.

Portanto, resta patente que inexistente incompatibilidade entre o *civil law* e o *stare decisis*, muito pelo contrário, países de *civil law* têm caminhado rumo ao precedente vinculante, visando assegurar maior previsibilidade às decisões judiciais.

2.6 DIFERENÇAS ENTRE AS JURISDIÇÕES DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* E TENDÊNCIA EVOLUTIVA DE CONVERGÊNCIA

2.6.1 A questão das fontes do direito

Uma das maiores diferenças existentes entre o *civil law* e o *common law* reside na importância que um e outro dá à lei e ao precedente judicial como fonte do direito.

Porém, desde já, é importante destacar que com o surgimento do Constitucionalismo e do Estado Social, os países de *civil law* passaram a atribuir mais importância à jurisprudência como fonte do direito, ao mesmo tempo em que os países de *common law* passaram a dar maior relevo à lei.

A doutrina clássica do *civil law* considerava a lei como fonte primária do direito e, entendia que a jurisprudência não constituía fonte de direito (DAVID, 2002, p. 16).

Por muito tempo, a lei foi considerada, nos países de *civil law* (de direito escrito), a fonte primordial do direito, quase exclusiva. Nestes países, os juristas procuravam, antes de tudo, descobrir as regras e soluções do direito, debruçando-se sobre os textos legislativos emanados do parlamento, com o auxílio de vários processos de interpretação, a fim de encontrar a solução que em cada caso correspondesse à vontade do legislador (DAVID, 2002, p. 112).

Os juristas franceses do século XIX acreditavam que os seus códigos tinham realizado a “perfeição da razão” e que o meio mais seguro de chegar a uma solução de justiça,

¹⁶ No Brasil, tem-se o instituto do precedente vinculante, desde 1993. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 03/93, acrescentou o § 2º, ao art. 102 da Constituição Federal, atribuindo efeito vinculante à decisão proferida em Ação Declaratória de Constitucionalidade. A quantidade da legislação e seu grau de autoridade não são critérios úteis para distinguir os sistemas de *civil law* e *common law*.

de conhecer o direito, seria simplesmente a exegese destes diplomas legais (DAVID, 2002, p. 114).

Ocorre que esta análise, atualmente, está de fato muito distante da realidade.

Os próprios defensores do positivismo abandonaram o mito da lei, tal como se apresentava no século XIX. Nos dias atuais, reconhece-se o papel criativo do juiz; já ninguém acredita que a lei seja a única fonte do direito e que uma operação puramente lógica de interpretação possa, em todos os casos, conduzir à descoberta da solução de direito adequada (DAVID, 2002, p. 113).

No *common law*, os precedentes é que se configuram na fonte do direito por excelência; ocupando as leis, pelo menos sob o prisma cultural, um aspecto de exceção, embora sejam igualmente numerosas na Inglaterra.

O Direito inglês é essencialmente jurisprudencial (*case law*); suas regras são, fundamentalmente, as que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores (DAVID, 2002, p. 408-409).

Tal diferença reside unicamente no fato de que, no âmbito da família romano-germânica, busca-se a solução de direito partindo-se da lei, enquanto na família da *common law* se pretende o mesmo resultado, só que levando em consideração, prioritariamente, as decisões judiciais. “Disto resultando, nas duas famílias, uma análise diferente da *regra de direito*, concebida sob um aspecto legislativo e doutrinal nos países da família romano-germânica e sob um aspecto jurisprudencial nos países de *common law*” (DAVID, 2002, p.116).

Ressalte-se que um intenso movimento legislativo desenvolveu-se na Inglaterra nos últimos cem anos, muito especialmente depois da Segunda Guerra Mundial. Multiplicaram-se as leis de inspiração dirigista, modificando profundamente o direito antigo. Tal desenvolvimento das tendências dirigistas, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, tende a aumentar a importância da lei. Em paralelo, nos países de *civil law* tem aumentado sobremaneira a importância do precedente judicial, principalmente, em virtude do implemento da atividade criativa do Judiciário, decorrente do *Welfare State*, do constitucionalismo, dos conceitos indeterminados, regras de textura aberta e cláusulas gerais, conforme será abordado nos itens seguintes.

Por conseguinte, também sob o aspecto das fontes do direito, pode-se visualizar uma nítida aproximação entre as famílias de *civil law* e *common law*.

2.6.2 A forma de pensar dos juristas do *civil law* e *common law*

A concepção comum que se tem da regra de direito e do seu nível de abstração e generalidade é um dos pontos fundamentais para classificar um sistema jurídico como de *civil law* ou *common law*. Com efeito, há uma comunhão entre os juristas dos países que aderem à família romano-germânica, relativamente, aos modos de ver e de raciocinar o direito. Nos países de *civil law*, a generalidade reconhecida à regra de direito explica que a tarefa dos juristas seja essencialmente concebida como uma tarefa de interpretação de fórmulas legislativas; ao inverso dos países de *common law*, onde a técnica jurídica, que tem como ponto de partida a *ratio decidendi* dos precedentes, caracteriza-se pelo processo das *distinções*.

A “boa regra de direito” não é concebida da mesma forma nas duas grandes famílias do direito. Nos países de *common law* deseja-se que as regras sejam formuladas de um modo tão precioso quanto possível; nos países de *civil law*, atualmente, deseja-se, pelo contrário, que a regra de direito deixe certa margem de liberdade ao juiz, sendo função do legislador apenas estabelecer *quadros* para o direito e fornecer *diretivas* ao juiz (DAVID 2002, p. 105).

Exemplificando a peculiar forma de raciocinar o direito dos *common lawyers*, David (2002, p. 413) afirma que:

A lei pode, assim, em diversos casos, conceder aos juízes, no direito inglês, um ‘poder discricionário’. Mas esta fórmula geral vai encobrir uma realidade muito diferente daquela que encobriria um direito românico. Com efeito, a fórmula legal só terá sentido aos olhos do jurista inglês quando uma infinidade de *legal rules*, de origem judiciária, tiver fixado com precisão, juridicamente, o modo como o juiz deve fazer uso do seu poder discricionário.

O jurista do *common law* é tão habituado à técnica das *distinções* e a revelar a *legal rule* dos precedentes que, mesmo quando houver lei regulando uma matéria, o jurista americano dirá naturalmente: “*there is no law on the point*” (não há direito sobre a questão), se não existir precedente das Altas Cortes (DAVID, 2002, p. 459).

2.6.3 Diferenças estruturais entre o *civil law* e o *common law* e o cotejo com o sistema brasileiro

Cappelletti (1993, p. 116-128) apresenta algumas diferenças que considera fundamentais entre os Sistemas de *Civil Law* e *Common Law* e, em seguida, sustenta que tais dessemelhanças vêm se atenuando, principalmente, com a criação das Cortes Constitucionais no países de *civil law*. Observem-se as distinções:

a) Do ponto de vista de sua estrutura e organização, as Cortes Superiores tradicionais dos países do *civil law* são profundamente diversas das dos países de *common law*, pois não têm estrutura unitária e compacta. Essa estrutura mais diluída dos tribunais do *civil law* geram um grande número de decisões irrelevantes, que acabam caindo no esquecimento e fazendo com que a autoridade da jurisprudência seja menor e menos visível. As Cortes Superiores dos países de *common law* têm estrutura bem mais compacta e unitária, sendo composta geralmente por poucos membros, cerca de 09 ou 10;

b) Nos países de *civil law* vigora um princípio processual que exclui a possibilidade de os Tribunais Superiores recusarem-se a decidir todos os recursos regularmente levados a seu julgamento, escolhendo decidir apenas os que suscitam questões de maior relevância geral e pareçam de maior gravidade à Corte. A título de exemplo, tem-se o instituto do *writ of certiorari*, que concede às Cortes dos Estados Unidos e de outros países do *Common Law* um poder de escolha, que faculta aos seus membros não decidirem questões que entendam de menor relevância para a sociedade.

c) Diferença concernente à “sociologia judiciária”, ou melhor, ao tipo de juízes que compõem tais tribunais. No *civil law*, os membros das cortes superiores em regra são juízes de carreira, mais discretos e técnicos que não gostam de se colocar em evidência, criando regras de direito; ao passo que no *common law* os juízes das cortes superiores são nomeados por escolha política, que premia uma personalidade de destacado relevo;

d) Em regra, falta nos países do *civil law* algo semelhante à regra formal do ‘*stare decisis*’, isto é, o vínculo aos precedentes judiciais;

e) Diferença relativa à concepção do direito. Nos países de *civil law*, tende-se a identificar o direito com a lei. Nos países de *common law*, pelo contrário, o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito, pois sempre há para além da lei, o *common law*, ou seja, o direito desenvolvido pelos próprios juízes.

Ora, tomando-se o Brasil como parâmetro, para fins de cotejo com as características marcantes do que seria um país de *common law*, pode-se concluir que todas essas supracitadas diferenças ou foram superadas, ou se encontram bem mitigadas.

Com efeito, *(a)* no Brasil, as Cortes Superiores têm reduzido número de ministros. O Supremo Tribunal Federal (STF) conta com onze ministros, e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) com trinta e três; *(b)* o ordenamento jurídico brasileiro já prevê institutos que permitem aos membros das Cortes Superiores escolher recursos de maior relevância para decidir, tais como: a *repercussão geral* e o *julgamento por amostragem dos Recursos Especial e Extraordinário*; *(c)* os Ministros do STF não são obrigatoriamente juízes de carreira, podendo ser nomeados pelo Presidente, dentre juristas de destacada atuação; atente-se que no STJ 1/3 dos Ministros podem ser escolhidos dentre membros do Ministério Público e da advocacia, número esse superior ao reservado nos Tribunais Regionais e Estaduais (1/5); *(d)* o sistema brasileiro já adota o precedente vinculante, como sói acontecer com a *Súmula Vinculante*; *com a Repercussão Geral e, com as matérias decididas em controle concentrado de constitucionalidade*; *(e)* o juiz brasileiro já não identifica o direito com a lei, pois acima desta está a Constituição e, diuturnamente, é levado a cotejar a consonância daquela com esta, para aplicar-lhe ou negar-lhe vigência.

Portanto, há de se concluir que as clássicas diferenças estruturais entre o *civil law* e o *common law* já estão bastante mitigadas no caso do sistema brasileiro, de forma que o fato de o Brasil historicamente integrar a tradição de *civil law*, não se constitui em empecilho à adoção do *stare decisis*.

2.7 CAUSAS DE APROXIMAÇÃO ENTRE AS JURISDIÇÕES DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

2.7.1 O constitucionalismo

O constitucionalismo provocou profundas transformações no *civil law*, aproximando-o bastante do *common law*. É que, a partir do momento em que a lei perdeu a supremacia, submetendo-se à Constituição, a atividade do juiz das famílias romano-germânicas se tornou

bem parecida à dos seus colegas ingleses e norte-americanos, que controlam a lei a partir do *Common Law* e da Constituição, respectivamente.

Com efeito, se o juiz não aplica a lei por reputá-la inconstitucional, interpreta-a conforme a Constituição ou supre uma omissão; pode-se afirmar que sua atividade se limita a declarar a vontade da lei? Pode-se afirmar que ainda existem os dogmas da supremacia da lei e da estrita separação dos poderes, onde a criação do direito cabe exclusivamente ao Legislativo?

É óbvio que um juiz que, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o Legislativo; bem como aquele que acolhe um mandado de injunção para construir a norma jurídica do caso concreto, efetivamente, cria o direito, exercendo atividade bastante semelhante à do juiz do *common law*.

John Merryman (1989, p. 56) demonstrou com muita lucidez as profundas transformações suportadas pela tradição de *civil law* com o advento do constitucionalismo, na medida em que a Constituição eliminou os dogmas da supremacia da lei, da estrita separação dos poderes e, o mais importante, ao estabelecer um parâmetro para a apreciação da validade da lei, mitigou sobremaneira o mito da aplicação mecânica da lei, ou melhor, o mito do juiz como a *bouche de la loi* (boca da lei). Observe-se o que Merryman escreveu sobre o tema:

A concepção dogmática do que é o direito, como muitas outras implicações dos dogmas do período revolucionário, tendo sido minada pelo tempo e pelos acontecimentos. É possível que a inovação mais extraordinária tenha sido o forte movimento feito pelo constitucionalismo, com seu empenho na rigidez funcional, e portanto na superioridade das constituições escritas como fonte do direito. Tais constituições, que eliminam o poder da legislatura para emendar mediante a ação legislativa ordinária, reduz o monopólio da legislatura em matéria de produção de leis. Inserem um elemento novo na hierarquia das fontes do direito, que agora fica assim: 'constituição, legislação, regulamentos e costume'. Ademais, se um tribunal pode decidir que um estatuto é inválido porque está em conflito com a constituição, se destrói o dogma da separação estrita entre o poder legislativo e o poder judicial. (MERRYMAN, 1989, p. 56).

Essas alterações provocadas pelo constitucionalismo repercutiram fortemente sobre o próprio conceito de direito e jurisdição na tradição de *civil law*, restando mais que evidente a relevância de uma doutrina de precedentes vinculantes, visando assegurar maior previsibilidade às decisões judiciais, principalmente, no campo da jurisdição constitucional.

Se não bastasse o fato de o constitucionalismo ter minado praticamente todos os dogmas e mitos da Revolução Francesa; há que se destacar que os inconvenientes surgidos com a adoção do sistema de controle difuso de constitucionalidade acabaram por aproximar as duas grandes famílias do direito, conforme será demonstrado a seguir.

Como é amplamente conhecido, os sistemas de controle de constitucionalidade das leis, classifica-se, no aspecto subjetivo ou orgânico, em: *sistema difuso* – “em que o controle pertence a *todos os órgãos judiciários* de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência” – e *sistema concentrado* – “em que o poder de controle se concentra, ao contrário, *em um único órgão judiciário*” (CAPPELLETTI, 1992, p. 67).

O sistema de controle de constitucionalidade difuso, geralmente, é relacionado aos Estados Unidos, onde foi posto em prática pela primeira vez; já o sistema concentrado tem como paradigma o modelo austríaco, que “foi posto em prática pela Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 (chamada *Oktoberversassung*), redigida com base em um projeto elaborado, a pedido do governo, pelo Mestre da ‘escola jurídica de Viena’, Hans Kelsen, e posta de novo em vigor na Áustria, no último pós-guerra, no texto da Emenda de 1929” (CAPPELLETTI, 1992, p. 67-68).

De acordo com Cappelletti (1992, p. 69-73), o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano (difuso) influenciou fortemente países tanto do continente europeu, como das Américas do Norte e do Sul, da África, da Ásia e da Oceania. O mais interessante é que muitos desses países pertenciam à tradição romano-germânica, conforme se verá a seguir.

Na Europa, pode-se mencionar, como países que sofreram influência do sistema de controle difuso norte-americano, a Suíça, a Noruega, a Dinamarca e, no que mais interessa aos fins do presente estudo, a Alemanha, na época da Constituição de Weimar, e a Itália, nos anos de 1948 a 1956. Para além do velho continente, como influenciados pelo sistema norte-americano, citam-se as ex-colônias inglesas (Canadá, Austrália e Índia), o Japão e o Brasil, em sua Constituição de 1891¹⁷.

¹⁷ Hermes Zaneti Jr. (2005, p. 36-43 e 317) afirma que a aproximação do direito brasileiro com o *common law* iniciou-se em 1891, com a adoção do *Judicial Review* norte-americano. Com base nisso, alega que há um grande paradoxo metodológico no direito brasileiro, que adota, ao lado da tradição constitucional norte-americana, a tradição processual civil da Europa-continental (Alemanha e Itália).

É de se concordar com a primeira afirmação, no sentido de que o sistema brasileiro se aproximou da tradição de *common law*, pois, conforme afirmado neste tópico, o fenômeno do constitucionalismo, em sim, aproximou as duas tradições jurídicas. Porém, discorda-se da segunda assertiva atinente ao paradoxo metodológico. É que, consoante demonstrado neste tópico, não apenas o Brasil, mas também a própria Alemanha e Itália, que Zaneti Jr. elege como paradigma do Brasil no plano processual civil, foram influenciados pelo *Judicial Review* norte-

Como bem revelou Cappelletti (1992, p. 69), o sistema de controle difuso norte-americano fora importado, de forma um tanto quanto ingênua, por países da tradição de *civil law*, que não atentaram para o fato de que tal modelo não tinha como prosperar sem a doutrina do *stare decisis*.

Com efeito, o sistema de controle difuso de constitucionalidade funcionou a contento nos Estados Unidos e demais países do *common law*, em face da doutrina do *stare decisis*, tendo em vista, que após a Suprema Corte decidir a respeito de constitucionalidade de lei, todas as demais instâncias do Poder Judiciário encontravam-se vinculadas a tal decisão, o que ensejava verdadeira eficácia *erga omnes* ao julgamento de (in)constitucionalidade.

Entretanto, nos países de *civil law*, o sistema de controle difuso ensejou sérios e graves inconvenientes, na medida em que proporcionou o surgimento de decisões conflitantes a respeito da constitucionalidade de uma mesma lei. É que se qualquer magistrado tem o poder-dever de apreciar a constitucionalidade das leis, pode muito bem ocorrer que alguns juízes declarem a inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal e deixem de aplicá-lo e, outros, pelo contrário, reputeem-no constitucional e continuem a aplicá-lo. Pode ocorrer, ainda, que mesmo a mais Alta Corte tendo decidido a respeito da (in)constitucionalidade de lei, os juízes de primeira instância continuem a julgar em sentido contrário, já que não estão vinculados ao precedente (CAPPELLETTI, 1992, p. 77-78).

Tais situações são completamente absurdas, pois proporciona que uma mesma lei seja considerada constitucional para uns e inconstitucional para outros. Ou seja, não há racionalidade nenhuma num sistema de controle de constitucionalidade difuso, onde as decisões do órgão máximo do Judiciário, intérprete último da Constituição, não têm efeito vinculante.

Visando superar tais inconvenientes foi que países do *civil law* como a Itália e a Alemanha que, inicialmente, haviam adotado o sistema de controle de constitucionalidade difuso, aderiram ao modelo de controle concentrado, criando suas Cortes Constitucionais, com competência exclusiva para decidir sobre a constitucionalidade das leis. Não é ocioso destacar que no sistema de controle concentrado, os juízes ordinários não têm competência

americano e chegaram adotar, por algum período, o sistema de controle difuso de constitucionalidade. Entretanto, em virtude do grave inconveniente das decisões conflitantes sobre (in)constitucionalidade de lei, aderiram ao sistema de controle concentrado. O Brasil, na Constituição de 1934, tentou fugir do referido inconveniente, criando a Resolução Suspensiva do Senado, porém não teve êxito e, posteriormente passou a adotar o sistema misto de controle, donde o inconveniente com o controle difuso somente está caminhando para solução nos últimos anos. Bom, o que se quer demonstrar é que se o Brasil aderiu à tradição do *common law* com a Constituição de 1891, assim também o aderiram seus paradigmas (Itália e Alemanha), não havendo, pois, que se falar em paradoxo no plano processual.

para apreciar a constitucionalidade de lei; na verdade, surgindo no curso do processo discussão incidental sobre a constitucionalidade de lei, o máximo que os juízes podem fazer é suspender o feito e remetê-lo à Corte Constitucional.

No Brasil, tentou-se, diga-se de passagem, sem êxito, evitar o referido inconveniente, por meio do original instituto da Resolução Suspensiva do Senado, introduzido com a Constituição de 1934. Através de tal resolução o Senado suspendia a execução do ato declarado inconstitucional pelo Supremo, como forma de conferir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 1080).

O que interessa demonstrar é que os mencionados inconvenientes do sistema de controle de constitucionalidade difuso nos países de tradição romano-germânica, contribuíram sobremaneira para a aproximação das duas grandes famílias do direito.

Com efeito, qualquer que seja o sistema de controle de constitucionalidade adotado por um país – seja o concentrado, o difuso ou misto –, o fato é que o constitucionalismo proporcionou uma grande aproximação entre as famílias da *civil law* e da *common law*.

É que alguns países de *civil law* – a exemplo da Áustria, Itália, Espanha e Alemanha¹⁸ – não observando o princípio do *stare decisis* e, visando evitar o inconveniente de decisões conflitantes entre os diversos órgãos e instâncias jurisdicionais a respeito da constitucionalidade de lei, criaram Cortes Constitucionais, com competência exclusiva, cujas decisões dispõem de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Assim, a partir do momento em que as Cortes Constitucionais dos supracitados países passaram a produzir decisões com eficácia vinculante, tornou-se mais que evidente a aproximação dos mesmos ao *common law*.

Por outro lado, alguns dos países do *civil law* que adotaram o sistema de controle difuso, a fim de evitar decisões conflitantes, passaram a atribuir eficácia vinculante aos

¹⁸ Quanto à eficácia *erga omnes* e efeito vinculante das decisões da Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*), leia-se Gilmar Mendes (2007, p. 20): “As decisões do *Bundesverfassungsgericht* fazem coisa julgada formal e material. O § 31, n. 1, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* prevê, ademais, que as decisões proferidas pelo Tribunal ‘vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como todos os Tribunais e autoridades’. Com fundamento no art. 94, II, da Lei Fundamental, prevê o § 31, n. 2, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* que têm eficácia *erga omnes* as decisões proferidas nos processos de controle de normas, inclusive no *processo de verificação de normas*, que permite ao Tribunal verificar, a requerimento de outro Tribunal, se determinada regra de direito internacional pública integra o direito federal (Lei Fundamental, art. 100, II), e no processo de qualificação de normas, relativo à subsistência da lei como direito federal (Lei Fundamental, art. 126; Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 13, n. 14, § 86-89), no processo de recurso constitucional contra a lei, ou contra decisão judicial fundada em lei inconstitucional”. No mesmo sentido, Jorge Miranda (1996, p. 91).

precedentes do órgão encarregado de dar a última palavra em matéria constitucional. A título de exemplo, cita-se a Suíça (CAPPELLETTI, 1992, p. 79).

Por fim, países que adotaram um sistema misto de controle de constitucionalidade de lei, a exemplo do Brasil e de Portugal, estabeleceram eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões proferidas em sede de controle concentrado e, gradativamente, vêm conferindo esses mesmos efeitos às decisões plenárias da Corte Suprema, em sede de controle difuso. Basta ver que em Portugal, o art. 281 (3), prevê que, em tendo sido proferidas três decisões de inconstitucionalidade em casos concretos, têm lugar a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante. No Brasil, consoante será amplamente analisado no item 4.3, há uma marcante tendência de objetivação do controle difuso, como se pode perceber da decisão proferida na Medida Cautelar no RE 376.852/SC e de recentes institutos como a súmula vinculante (art. 103-A, CF e art. 2º, Lei nº 11.417/2006), a *repercussão geral* (art. 102, § 3º e arts. 543-A, § 5º e 543-B, § 2º, do CPC) e o recurso extraordinário nas causas repetitivas (Art. 543-B, §§ 3º e 4º, CPC).

Portanto, é inegável que o constitucionalismo aproximou as tradições jurídicas de *civil law* e *common law*, seja minando os dogmas e mitos da Revolução Francesa, seja ocasionando a produção de precedentes com força vinculante na jurisdição constitucional.

2.7.2 O impacto do *Welfare State*

Cappelletti (1999, p. 17-18) bem demonstra que o Estado Social (*Welfare State*), as Constituições Programáticas e a intensa produção legislativa se tornaram campo fértil ao “direito judiciário”¹⁹ e à aproximação das duas grandes famílias do direito (*Common Law* e *Civil Law*).

O fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo – ocorrido nas duas grandes famílias do direito –, constituiu uma das principais causas do ulterior fenômeno da

¹⁹ “A expressão direito judiciário (“*judiciary law*”) foi usada há mais de século e meio pelo grande filósofo e jurista Jeremy Bentham para definir (e condenar) o fato de que, no ordenamento inglês, “*embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade o criador do direito*”. A reprovação de Bentham era motivada pelo fato de que ele via (e acentuava) sobretudo os “vícios” do direito judiciário: a sua incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na verificação” (CAPPELLETTI, 1993, p. 17-18).

expansão, no mundo moderno, do direito judiciário, ou “jurisprudencial” e, assim, da exacerbção do papel criativo dos juizes (CAPPELLETTI, 1993, p. 18).

É que se as leis, por mais claras que sejam, sempre deixam certa margem para interpretação criativa do juiz, tal margem é sobremaneira intensificada com a desordenada expansão legislativa e o novo estilo de legislar, através de normas programáticas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

O “*Welfare State*”, na origem, essencialmente, um “estado legislativo”, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando num “estado administrativo”, num “estado burocrático” (CAPPELLETTI, 1993, p. 39).

Diante do gigantismo dos Poderes Legislativo e Executivo não restou outra alternativa ao Judiciário tanto do *civil law*, quanto do *common law*, que não fosse tornar-se o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador e o administrador, através da Constituição. Nesse sentido, as esclarecedoras palavras de Cappelletti (1993, p.133):

Com referência a essas famílias jurídicas, contudo, parece-me justificada pelos resultados da presente investigação a seguinte conclusão geral: para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui por si mesma a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas.

Também não se pode olvidar que o aumento do grau de intervenção do Estado, contribuiu para uma mudança na técnica legislativa, deslocando-a progressivamente das regras de conduta, para as medidas de acomodações institucionais. Assim, gradativamente, surgiu um novo modelo de legislação: leis que indicam certas finalidades ou princípios, deixando sua regulamentação a normas subordinadas, a decisões de ministros ou de magistrados (CAPPELLETTI, 1993, p. 41).

Ao contrário dos direitos tradicionais (direitos de primeira geração), para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais (de segunda geração²⁰) – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho –

²⁰ Quanto aos direitos de 2ª geração, as lições de Paulo Bonavides (2007, p. 563-564) são preciosas: “Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado

não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Os direitos sociais exigem permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais (CAPPELLETTI, 1993, p. 41).

Como explica Jorge Miranda (1996, p. 71-72)²¹, a contingência muito petitoria dos direitos sociais, isto é, a grande distância entre sua previsão e a sua efetiva prestação, leva a multiplicarem-se as normas programáticas e a exigir uma maior intervenção do Estado com vistas à satisfação dos seus deveres.

Os efeitos de tão grande transformação do papel do Estado e do Direito nas sociedades modernas, têm influenciado os juízes das duas grandes famílias, que, negando o caráter programático da legislação, passaram a lhe dar efetividade, com o escopo de contribuir na realização das finalidades e princípios contidos no ordenamento jurídico.

Com efeito, o Estado Social conduz a uma situação, como a atual, onde os juízes – diante dessas normas programáticas (de textura extremamente aberta) e da ineficiência do Poder Executivo na realização dos direitos sociais – passa a intervir na consecução das políticas públicas, com vistas a assegurar o *mínimo existencial* sem descurar da *reserva do possível*²² (GRINOVER, 2009, p. 42-48).

No Brasil, há inúmeros exemplos dessa realidade. Se outrora o STF, ainda arraigado a uma concepção clássica da teoria da separação dos poderes, deixou de aplicar diversos dispositivos constitucionais, por entendê-los normas programáticas, carentes de efetividade por ausência de regulamentação, hoje, não perde a oportunidade de “contribuir” para a

social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se pode separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade”.

²¹ “Na perspectiva social, a idéia mestra está na igualdade e já não na liberdade. (...)”

Sabemos que esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autônoma discricionariedade. Onde preexistiriam direitos, imprescritíveis e inalienáveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conteúdo do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*” (MIRANDA, 1996, p.71-72). Nesse mesmo sentido, *vide* Hermes Zaneti Jr. (2005, p. 203-234).

²² Observe-se que o juiz que trabalha com conceitos jurídicos indeterminados como o *mínimo existencial* e a *reserva do possível*, tem espaço para elevado grau de criatividade, que deve ser controlado, no plano processual, pelo precedente vinculante. Renato Nalini (2008, p. 306-307) defende o protagonismo judicial.

consecução dos valores e finalidades agasalhados na Constituição. Exemplo disso ocorreu no Mandado de Injunção nº 708, onde a Corte reconheceu o direito de greve aos servidores públicos civis, determinando a aplicação da lei relativa à iniciativa privada e, além disso, pela primeira vez em sua história concedeu efeito concretista ao mencionado remédio constitucional. Há que se destacar, ainda, a existência de várias decisões do STF²³ e do STJ²⁴, intervindo em políticas públicas, com vistas a assegurar o mínimo existencial.

Pois bem, o que se percebe é que a principal causa de convergência entre as tradições de *civil law* e *common law* reside na necessidade comum de confiar ao Poder Judiciário, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Conforme já demonstrado linhas atrás, essa necessidade constitui a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas (CAPPELLETTI, 1993, p. 133).

É inegável que todo esse contexto tem aberto espaço para mais elevado grau de criatividade do Judiciário, aproximando o juiz do *civil law* ao seu colega do *common law* e, conseqüentemente, exigindo que as fórmulas utilizadas no *common law* com vistas à consecução de isonomia, previsibilidade, uniformidade e estabilidade das decisões judiciais (a exemplo do *stare decisis*) sejam também incorporadas aos sistemas dos países de *civil law*, até mesmo para controle do subjetivismo, a fim de que não culmine em decisionismo.

2.7.3 Cláusulas gerais e conceitos indeterminados

Conforme já demonstrado nos itens anteriores, os dogmas da supremacia da lei e da estrita separação dos poderes, como reflexo da Revolução Francesa e de sua ideologia subjacente, exerceram grande influência nos países de tradição romano-germânica.

Por muito tempo, vigorou a ideia de que era possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, que seriam suficientes para garantir uma absoluta univocidade às decisões judiciais (ENGLISH, 2008, p. 208).

²³ Com apoio em Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 40), pode-se citar: RE 271.286 e AgRg 271.286 e, decisão monocrática do Min. Celso de Mello na ADPF nº 45-9.

²⁴ Com apoio em Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 40), pode-se citar: RESp 212346, RESp 814076, RESp 807683, AgRg no RESp 757012 etc..

Como afirmado por John Merryman (1989, p. 84), um dos objetivos da Revolução Francesa era elaborar leis tão simples, claras e diretas, que tornasse desnecessários os advogados e não deixasse qualquer margem interpretativa para os juízes, permitindo que os cidadãos normais entendessem a lei e determinassem por si mesmos seus direitos e obrigações sem ter que consultar advogados e socorrer-se dos tribunais.

A desconfiança nutrida em face dos Juízes do período pré-revolucionários fez com que os franceses tentassem a todo custo impedir a atividade interpretativa dos juízes, temendo que eles exercessem poder criativo e, assim, desvirtuassem os ideais revolucionários, pois de nada adiantaria o Parlamento elaborar novas leis, se os juízes lhes dessem os contornos que quisessem.

Por isso é que, se apenas o legislativo poderia elaborar leis, e os juízes só poderiam interpretá-las, tal legislação teria que ser completa, coerente e clara, pois se houvesse ambiguidade ou lacuna, os juízes teriam que supri-las e, assim, estariam exercendo o poder do Parlamento, o que atentava contra o princípio da separação dos poderes (MERRYMAN, 1989, p. 84).

A maior demonstração desse desejo de elaborar uma legislação completa, coerente e clara se deu com o *Landrecht* prussiano de 1794, promulgado por Frederico o Grande. Tal Código continha cerca de dezessete mil artigos detalhados, que estabeleciam regras precisas para governar situações de fato específicas. Pretendia-se que o Código prussiano fosse uma espécie de catálogo completo à disposição do juiz, contendo todas as soluções possíveis e imagináveis, para resolver qualquer controvérsia que surgisse. Não bastasse essa pretensão de *catálogo universal de soluções*, Frederico ainda criou uma comissão especial para interpretação do código em caso de dúvida e, estabeleceu que o juiz que ousasse interpretar seu código incorreria na “grande ira” de Frederico (MERRYMAN, 1989, p. 66 e 81).

Resumindo, o Parlamento, imbuído da ideologia revolucionária, pretendia regular todas as situações possíveis e imagináveis da vida, não deixando qualquer margem interpretativa ao juiz, cuja função deveria se resumir à mera aplicação da lei.

Porém, conforme já demonstrado nos itens anteriores, a atividade legislativa dos dias atuais é completamente diversa da existente na época da Revolução Francesa. Se nessa época, o Legislativo tinha a pretensão de regulamentar todos os setores da atividade humana, através de normas claras, a fim de que o juiz se limitasse a aplicar a lei sem interpretá-la, hoje, a técnica empregada é outra. O Legislativo, propositadamente, tem se utilizado de regras de textura aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permitindo às partes e ao Judiciário uma maior latitude na efetividade da tutela jurisdicional.

Observe-se que, se no período revolucionário, o Legislativo tinha a pretensão de onipotência, atualmente, reconhece sua impotência para regular todas as situações concretas e, acaba por adotar a técnica de redação das regras de textura aberta, que permite ao juiz adaptar o direito às mudanças e às peculiaridades dos casos concretos.

Note-se que se na concepção clássica do *civil law* vigorava o *princípio da tipicidade das formas processuais*, de acordo com o qual a esfera de autonomia do cidadão somente poderia ser invadida nos modos e através das formas tipicamente previstas em lei, nos dias de hoje, permite-se ao juiz adotar a técnica processual mais adequada à tutela do direito material, através da conjugação do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF); do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LVIII, CF) e, dos arts. 461 e 461-A do CPC e art. 84 do CDC, que são verdadeiras *cláusulas gerais processuais*, aptas a imprimir efetividade às necessidades de quaisquer direitos (MARINONI, 2008a, p. 24-25).

Hart (2010a, p. 114-119) bem percebeu que o direito, embora deva oferecer regras claras, através das quais o cidadão possa pautar sua conduta, deve também deixar abertas, para solução posterior, as questões que só podem ser adequadamente resolvidas quando surgirem os casos concretos não antecipados.

Pois bem, apresentadas essas questões preliminares, cumpre adentrar mais especificamente no tema das cláusulas gerais.

Fabiano Menke (2006, p. 70-71), com apoio em John Dawson, informa que as *cláusulas gerais* surgiram na Alemanha, no período do pós-Primeira Guerra Mundial. Nesse período, como é de amplo conhecimento²⁵, uma elevadíssima inflação assolou a Alemanha, causando imensuráveis prejuízos aos credores de contratos a preço certo, tendo em vista a considerável defasagem da moeda. Foi nesse contexto que o Judiciário, chamado a intervir com vistas a equilibrar as situações iníquas advindas da crise econômica, encontrou a solução para afastar o desequilíbrio gerado em milhares de relações contratuais, com base em apenas três artigos (arts. 138, 242 e 826) – quase não utilizados – do Código Civil Alemão (BGB) de 1896, que mais tarde ficaram conhecidos como *famous three*.

²⁵ São famosas as passagens que retratam a absurda inflação na Alemanha do pós-Guerra, onde a situação é bem representada quando um cidadão para comprar pão na padaria, leva consigo um carrinho de mão cheio de dinheiro, tamanha era a desvalorização da moeda. Nesse sentido, leia-se trecho de artigo publicado por Odilson Cardoso da Silva (2010): “A Alemanha enfrentou uma forte crise econômica no período de 1919 a 1921, com uma hiperinflação galopante e desemprego maciço. Para tentar minimizar a crise o governo aumentou a oferta de papel-moeda (...) O marco continuava a ser desvalorizado e, para melhor entendimento, temos a relação dólar-marco: em 2/11/1922 um dólar valia 9.000 marcos; em março de 1923 - 22.000 marcos; em abril de 1923 - 40.000 marcos; em agosto de 1923 – um milhão; em 1º de novembro de 1923 – um bilhão de marcos. (...) Só para ilustrar esse quadro de calamidade, no auge da inflação, era preciso um carrinho de mão para transportar as notas necessárias para uma simples compra de pão”.

De acordo com Karl English (2008, p. 229), “havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.

Judith Martins-Costa (1999, p. 303) apresenta uma noção de cláusula geral, do ponto de vista de técnica legislativa, em que esta se constitui “uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’”.

Fredie Didier Jr. (2010b, p. 70) também se arrisca a definir *cláusula geral*, dizendo que “é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”, havendo, assim, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógico-normativa.

No Brasil, as cláusulas gerais começaram a ser adotadas em 1990 com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), tendo sido bastante implementadas nos últimos anos, principalmente, com o advento do Código Civil de 2002, que foi inspirado numa ideia de sistema aberto e móvel, e não mais aquela noção de código bastante em si, fechado, e com pretensões de resolver todos os problemas a partir do conteúdo de seus artigos, que inspirou o Código Civil de 1916 (MENKE, 2006, p. 73).

Como se percebe, as cláusulas gerais têm como características a *vaguesa* na hipótese fática e, a indeterminação na consequência jurídica, de forma que se constitui num texto legal, longe de se apresentar como norma pronta e acabada, já que requer a construção de sentido por parte do intérprete.

Quanto à distinção entre *cláusulas gerais* e *conceitos jurídicos indeterminados*, Fabiano Menke (2006, p. 75) informa que há duas correntes: uma primeira, defendida por Judith Martins-Costa, que os distingue e, uma segunda, erigida por Cláudia Lima Marques, com base na doutrina de Karl English, Karl Larenz e Canaris, que não os diferencia, por entender que o conceito de cláusula geral é mais amplo que o de conceito jurídico indeterminado, de forma que aquela acaba abrangendo este.

De acordo com a corrente defendida por Judith Martins-Costa, os conceitos jurídicos indeterminados podem ser de duas espécies: os referentes a valores e os concernentes às realidades fáticas. Os conceitos jurídicos indeterminados referentes a valores são os que mais se assemelham às cláusulas gerais, pois também apresentam vagueza semântica. Entretanto, com eles são se confundem, pois a norma que contém um conceito jurídico indeterminado já apresenta as consequências, os efeitos jurídicos incidentes sobre a hipótese fática; ao passo que na cláusula geral isso não ocorre, tornando, ainda, mais complexa a operação intelectual do

juiz, que além de lidar com a vagueza semântica, tem que determinar as consequências práticas (MENKE, 2006, p. 75).

Para os fins deste estudo, o que interessa é que o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a começar pela Constituição Federal que fala da *função social da propriedade* (art. 5º, XXIII, CF); *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF) e *razoável duração do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF). Também o Código Civil ao falar: da *boa-fé contratual* (art. 422, CC); *função social do contrato* (art. 421, CC); *interpretação mais favorável ao aderente* (art. 423, CC) e, *prestação manifestamente desproporcional* (art. 157, CC). No mesmo sentido o Código de Processo Civil ao *garantir a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer* (arts. 461 e 461-A, CPC). Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor, ao: “*inverter o ônus da prova, em caso de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência, segundo as regras ordinárias de experiências*” (art. 6º, VIII, CDC); *vedar a exigência de vantagem manifestamente excessiva* (art. 39, V, CDC); *prever a nulidade das cláusulas que estipulem obrigações iníquas ou abusivas* (art. 51, IV, CDC) etc..

Por conseguinte, estando mais que comprovado que o legislador brasileiro, nas últimas décadas, vem optando pela inclusão das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento jurídico pátrio e, levando em consideração que tais normas têm uma tessitura aberta e, em regra, sequer precisam os efeitos jurídicos da hipótese fática, cumpre indagar qual o método mais adequado para o trato dessas espécies normativas, e qual papel se exige do juiz diante delas.

De acordo com Humberto Ávila (1997, p. 423), o silogismo subsuntivo, próprio da Modernidade e do Positivismo jurídico do século XIX, onde vigorava o dogma da estrita aplicação da lei, é imprestável para se lidar com cláusulas gerais, que exigem uma construção de sentido diante do caso concreto²⁶.

O que se quer demonstrar é que se o método subsuntivo ainda é adequado para o trato com as normas de tipicidade rígida, a concreção é o método próprio para a aplicação das normas de textura aberta e, como afirma Karl Larenz (1997, p. 150): “Não existe uma concretização do Direito pura e simplesmente livre, porque isso seria arbítrio, e portanto o

²⁶ Nesse mesmo sentido, ler Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos (2003, p. 101-103), em artigo intitulado: *A nova interpretação constitucional: ponderação e papel dos princípios*: “No fluxo das modernidades aqui assinaladas, existem técnicas, valores e personagens que ganharam destaque. E outros que, sem desaparecerem, passaram a dividir o palco, perdendo a primazia do papel principal. Um bom exemplo: a norma, na sua dicção abstrata, já não desfruta da onipotência de outros tempos. Para muitos não se pode sequer falar da existência de *norma* antes que se dê sua interação com os *atos*, tal como pronunciada por um *intérprete*”.

contrário do Direito. Mas tão-pouco (sic.) existe uma concretização do Direito pura e simplesmente vinculada (...)”²⁷.

É inegável que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo do juiz, que é chamado a interferir mais ativamente na construção do sentido da norma, visando à solução de problemas concretos que lhe são submetidos. Destarte, “não se pode ignorar que de uma maneira ou de outra as cláusulas gerais imprimem no sistema certa dose de imprevisibilidade e de insegurança, à medida que têm a finalidade de alcançar a justiça do caso concreto” (MENKE, 2006, p. 88).

Então, em se tratando de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a grande questão está em achar o ponto de equilíbrio, a fim de que o juiz tenha liberdade para construir o sentido da norma diante do caso concreto e, ao mesmo tempo, o direito possa ser realizado com segurança, previsibilidade e isonomia.

E o que se defende neste trabalho é que os precedentes, mormente, os vinculantes exerçam papel fundamental neste particular, pois se o sentido de uma cláusula geral é construído diante de um caso concreto, ou melhor, se o juiz cria a norma jurídica, para decidir a questão que lhe é apresentada, como se admitir que, diante de fatos semelhantes e diante de uma mesma cláusula geral haja solução diversa? Como ficariam a segurança jurídica, a certeza e a previsibilidade nessa hipótese?

Logo, vale salientar outra importante conclusão para os fins deste trabalho: se os países de *civil law*, a exemplo do Brasil, vêm adotando amplamente a técnica legislativa das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, seus juízes estão exercendo funções bem próximas às dos juízes do *common law*, de forma que a presença de cláusulas gerais nos sistemas de *civil law* constitui-se em mais uma importante justificativa para a adoção da doutrina do *stare decisis*.

Tanto isso é verdade que Humberto Ávila (1997, p. 439-444), ao apresentar os cinco elementos que integram a aplicação do direito na concreção – a) finalidade concreta da norma; b) pré-compreensão; c) valoração judicial dos resultados da decisão; d) consenso como fundamento parcial da decisão; e) precedente judicial – põe em destaque a figura do precedente.

Ou seja, ao sistema que incorpora a técnica legislativa das cláusulas gerais, afiguram-se indispensáveis o instituto do precedente vinculante e o método hermenêutico do grupo de casos, desenvolvido pela doutrina alemã.

²⁷ Nesse mesmo sentido, *vide*: Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos (2003, p. 101-104).

Consoante afirmado por Fabiano Menke (2006, p. 83), “a doutrina alemã pode ser considerada pioneira na teorização e sistematização do denominado método de grupo de casos como auxiliar do intérprete das cláusulas gerais”. Por meio desse método, através de um processo bem parecido à busca da *ratio decidendi* e à técnica do *distinguishing* tão familiares aos *common lawyers*, compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados sobre determinada norma; de forma que havendo identidade fático-normativa entre os casos, é possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado e, “no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já expendidas nas hipóteses assemelhadas”.

Observe-se que o método do grupo de casos também põe em relevo o instituto do precedente; restando, assim, mais de que demonstrado que a adoção da doutrina do *stare decisis* é imprescindível a um sistema que adote a técnica legislativa das cláusulas gerais.

Marinoni (2009, p. 227) bem percebeu que “o que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe do juiz concebido para unicamente aplicar a lei”, de forma que o precedente vinculante, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea²⁸.

2.7.4 Das transformações sociais e as causas repetitivas

Outro fator que tem contribuído sobremaneira para a aproximação das tradições de *civil law* e *common law* consiste no crescente número de causas repetitivas que vêm eclodindo em todo o mundo ocidental, em virtude de transformações nas sociedades, cada vez mais plurais e complexas.

Com efeito, se no auge do positivismo jurídico a regra era o processo civil clássico, das causas individuais de “Caio contra Tício”, nos dias atuais, tem crescido assustadoramente

²⁸ Hermes Zaneti Jr. (2005, p. 103-104) compartilha da mesma opinião, leia-se: “A consequência é óbvia, apesar de polêmica. Ademais, revela-se inerente ao atual estágio do direito constitucional (EC 45/04): **a jurisprudência em um direito de princípios e cláusulas gerais, ao densificá-los na aplicação, cria direito, e não prescinde de um caráter vinculativo para fazer valer uma certa estabilidade desse direito criado.** A jurisprudência é, portanto, fonte primária do direito, ao lado da lei”.

o volume das demandas de massa, das causas repetitivas, que envolvem, de um lado, um grande ator (Estado-fisco; Estado-previdência, instituições financeiras, concessionária de serviços públicos etc.) e, de outro, um sem-número de pessoas, uma coletividade (os contribuintes, os segurados, os correntistas, os consumidores etc.).

Nas últimas décadas, as relações sociais e jurídicas sofreram significativas alterações e as demandas de massa – ao mesmo tempo que são reflexo disso tudo – constituem-se em importante vetor para a ocorrência de verdadeira metamorfose do direito nos sistemas de *civil law*.

E, uma dessas importantes transformações observadas nos últimos anos, nos sistemas de *civil law*, consiste no surgimento de grande número de decisões paradigmáticas nos Tribunais Superiores, cuja *ratio decidendi* se espraia para um sem-número de jurisdicionados e, em certa medida, vinculam as demais instâncias do Judiciário.

É que a *ratio decidendi* das decisões proferidas nas causas repetitivas têm natural vocação expansiva, ou melhor, têm potencial de regular todas lides que pertençam ao mesmo “grupo de casos”, eis que não há nada mais justo que decidir da mesma forma os casos análogos.

Se no processo clássico de “Caio contra Tício” a decisão repercutia apenas no caso individual, prevalecendo na mesma o plano concreto, correspondente à parte dispositiva do julgado²⁹, atualmente, nas demandas de massa, prevalece na decisão dos Tribunais Superiores o seu plano normativo – a *norma jurídica* cristalizada na *ratio decidendi* –, ou melhor, a eficácia seriamente persuasiva e até vinculante do precedente, cujos efeitos transcendem ao caso em julgamento, alcançando inúmeras relações jurídicas.

As transformações ensejadas pelas demandas de massa têm se revelado por diversas maneiras e, uma das mais importantes, para o Direito brasileiro, consiste no fato de que ao STF, desde o advento do instituto da “repercussão geral”, não é mais dado conhecer de recurso extraordinário em que a relevância da questão *não ultrapasse os interesses subjetivos da causa*. Essa é a tendência! Não é de se estranhar que num futuro próximo seja criado instituto semelhante com relação ao recurso especial³⁰.

²⁹ Essa questão da *norma jurídica* e da *norma individual do caso concreto* será melhor analisada no item 5.3.1.

³⁰ Nessa senda, cumpre destacar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) com o art. 896-A – acrescentado à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Medida Provisória nº 2.226/2001, em vigor conforme o art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 – passou a dispor de instituto análogo à repercussão geral, que lhe desincumbe de julgar os recursos de revista cuja causa não ofereça “*transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica*” (grifos nossos).

Observe-se, ainda, que quase todas as alterações legislativas que inseriram precedentes obrigatórios e relativamente obrigatórios³¹, no sistema brasileiro, estão, intimamente, relacionadas ao fenômeno das demandas de massa. Basta ver que a Súmula Vinculante (art. 103-A, CF e art. 2º, Lei nº 11.417/2006) só tem sentido diante da multiplicação de processos sobre uma mesma questão. O mesmo se diga dos recursos especial e extraordinário sobre causas repetitivas (arts. 543-B e 543-C do CPC).

Ora, as demandas de massa constituem-se num fenômeno global, basta perceber que diversos países da tradição de *civil law* vêm inserindo em seus ordenamentos jurídicos institutos, visando dar tratamento adequado às causas repetitivas, isto é, fixar de forma célere e uniforme o entendimento sobre questões jurídicas comuns a várias causas repetitivas. Exemplo disso é o Procedimento-Modelo ou Procedimento-Padrão (*Musterverfahren*) do Direito alemão; assim como a agregação de causas do Direito português, ainda em regime experimental (CARNEIRO DA CUNHA, 2010, p. 149-156).

O fato é que o fenômeno das demandas de massa constitui-se numa realidade e, assim, tem que ser levado em consideração com muita seriedade, principalmente, por parte dos juízes e, sobretudo, dos Tribunais Superiores, pois tal tipo de demanda exige uma única decisão para uma mesma questão jurídica, sob pena de grave afronta aos princípios da isonomia e da legalidade, pois não é salutar para o sistema, nem para a sociedade que causas iguais sejam decididas de forma diferente.

A necessidade de se manter coerência, ordem e unidade no sistema, impondo que casos análogos sejam solucionados da mesma maneira (*treat like cases alike*), privilegia os princípios da isonomia e da legalidade, conferindo maior *previsibilidade* na realização do direito e afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador (CARNEIRO DA CUNHA, 2010, p. 149).

Atenta a tudo isso, a comissão responsável pela elaboração do Projeto de novo CPC demonstrou sua preocupação com a necessidade de uma adequada fixação do entendimento nas demandas de massa, criando o *incidente de resolução das demandas repetitivas* (arts. 895 a 906)³², que, inclusive, produz precedente com eficácia vinculante. Além disso, o anteprojeto aperfeiçoou os institutos dos recursos especial e extraordinário nas causas repetitivas (art. 956 a 958), atribuindo eficácia vinculante ao primeiro, que atualmente, ainda, não se constitui em precedente obrigatório.

³¹ De acordo com a classificação adotada no presente trabalho, quanto à autoridade dos precedentes, conforme será visto em item 3.4.

³² Este instituto será melhor analisado em item 4.5.2.

A exposição de motivos, neste particular, bem revela as ideias da comissão responsável pela elaboração do anteprojeto. Leia-se:

Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, a que adiante se fará referência.

Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo **mais célere** as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: *a)* o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; *b)* no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= períodos em que nada acontece no processo).

Por outro lado, haver, indefinidamente, **posicionamentos diferentes** e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da **mesma norma jurídica**, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que **molde** o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.

Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: “*A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia*”.

Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável.

Portanto, é inegável que o fenômeno das demandas de massa tem contribuído para a aproximação entre as duas grandes famílias do direito.

2.8 O PRECEDENTE VINCULANTE (*STARE DECISIS*) DIANTE DAS TEORIAS DO SISTEMA LUHMANN E CANARIS

A referência feita neste tópico a Niklas Luhmann e a Claus-Wilhelm Canaris não significa uma análise profunda, nem mesmo uma discussão filosófica ou teórica das suas diferentes teorias sobre sistemas.

Aqui se faz menção a Luhmann e Canaris com o único objetivo de demonstrar que o precedente judicial pode encontrar fundamento no seio de suas doutrinas, que estão dentre as mais festejadas teorias sobre sistemas, que, apesar de diferentes, podem justificar o respeito ao precedente, na medida em que ambas colocam o juiz em local de destaque no sistema, aceitam que os precedentes reduzem as possibilidades hermenêuticas e tratam com profundidade da confiança³³.

Com base na teoria dos sistemas de Luhmann (1983, p. 178), pode-se afirmar que o sistema jurídico, voltando-se à solução de conflitos, tem a função de garantir as expectativas normativas de comportamento.

Assim, o sistema jurídico, guiado pela Dogmática, representa uma redução da extrema complexidade da realidade social. O papel do direito nas sociedades contemporâneas seria o desenvolvimento compreensivo da generalização e da estabilização das expectativas normativas de comportamento (LUHMANN, 1983, p. 180).

Como programa de solução de conflitos, o sistema jurídico trabalha com expectativas normativas de comportamento, bem como com o dever de se anteciparem as consequências dos atos e fatos jurídicos. O sistema jurídico, com a meta de possibilitar a vida social, torna-se autoreferencial, oferecendo um mínimo de confiança e de segurança nos julgados e de orientação às expectativas normativas (LUHMANN, 1983, p. 180-181).

Por isso é que uma vez definida a posição dos tribunais sobre certa matéria, surge um quadro de referência, segundo o qual as decisões podem ser esperadas, ou melhor, cria-se assim verdadeira norma judicial de orientação da conduta.

Nesse sentido leiam-se trechos de obras de Luhmann, tratando primeiro da complexidade e depois de sua redução com os processos decisórios:

³³ Misabel Derzi (2009, p. 14, 18-21, 32-34, 40-57, 165-167) – embasada na teoria dos sistemas de Luhmann e na de Canaris, que no seu entender não se contradizem em linhas gerais e se conciliam no que concerne à confiança e à proteção da confiança – erigiu sua tese a respeito da eficácia temporal diante das modificações de jurisprudência no direito tributário, chegando a resultados semelhantes aos propostos no presente trabalho.

A afirmação mais abstrata que se pode fazer sobre um sistema, e que é válida para qualquer tipo de sistema, é a de que entre sistema e meio há uma única diferença, que pode ser descrita como diferença de complexidade: o meio de um sistema é sempre mais complexo do que o próprio sistema (LUHMANN, 2010, p. 183-184).

Do ponto de vista evolutivo da sociedade, caberia considerar o direito como uma espécie de processo de domesticação dos conflitos. Na obra *Sistemas sociais*, eu propus a seguinte tese: o sistema de direito serve como sistema de imunidade, para a sociedade; o que não significa que o direito seja baseado somente nesta razão. Esse nexos entre direito e sistema de imunidade se determina mais ao considerar que o direito se constitui como antecipação dos possíveis conflitos. (...) Quando alguém apela ao direito, o material de comunicação se reordena; os textos se tornam relevantes; citam-se outros casos; as opiniões de determinadas instâncias adquirem importância; torna-se possível remontar no tempo, em séculos, talvez milênios, desde que os fatos possam fornecer informação para o conflito. O direito serve para dar continuidade à informação, ao estabelecer contatos com outros meios de comunicação, como a política e a ciência. Ele é adequado para a sociedade, não só quando pode reconhecer os conflitos existentes, mas também, de fato, quando pode produzir os conflitos suficientes e disponibilizar sua própria complexidade para tentar resolvê-los (LUHMANN, 2010, p. 327-328).

Uma outra particularidade da instauração de processos decisórios reside em colocar em potencial decisório à disposição dentro de um certo quadro de referência, segundo o qual as decisões podem ser esperadas (LUHMANN, 1983, p. 178)

De um critério concebido de forma abstrata resultam melhores possibilidades de integração, nele pode-se acomodar mais expectativas normativas, mas ele também pressupõe processos mais eficientes de seleção que ajudem a superar a grande distância que separa as premissas programáticas para decisões das próprias decisões em cada caso (LUHMANN, 1983, p. 180).

Os processos são antes de tudo mecanismos de institucionalização seletiva. Neles é decidido quais normas geram um consenso real ou presumível, tornando-se socialmente utilizáveis (LUHMANN, 1983, p. 181).

De acordo com a teoria de Canaris (2002, p. 09-23), o significado base de sistema consiste em reunião, conjunto, todo, funcionamento harmônico entre os diversos elementos neste inseridos, que têm como características essenciais a ordenação e a unidade, que juntas exprimem um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível e evitam a dispersão em uma multiplicidade de singularidades desconexas. Logo, constituindo o direito um sistema, deve manter as características básicas da ordenação e unidade³⁴.

Canaris (2002, p. 12 e 14-15) aponta a unidade e a ordem (coerência) como características imanentes à idéia de sistema; uma está intrinsecamente relacionada à outra, o que não significa que não possam ser diferenciadas. A unidade, de acordo com o sentido

³⁴ De acordo com Marcelo Neves (1988, p. 02-03), “Os sistemas proposicionais com função prescritiva (normativa), como o jurídico, por estarem localizados no ‘mundo’ da *práxis* e não na ordem do *logos* ou da *gnose*, prescindem de coerência. Daí Advertirem Alchourrón e Bulygin ser dificilmente aconselhável a restrição do termo *sistema* aos conjuntos proposicionais coerentes, pois não são raros conjuntos normativos incoerentes. Portanto, em relação aos sistemas proposicionais prescritivos, a coerência é tão-só um ideal racional, fundado na exigência de segurança.”

próprio do termo, conduz ao entendimento de que o sistema não possui inúmeras vertentes singulares e desconexas, por isso que o aplicador do direito utiliza o método sistemático de interpretação.

Da teoria do sistema de Canaris, pode-se pinçar, ainda, a noção da natureza constitutiva (criativa) da decisão judicial e a ideia de que somente se admite o sistema como unidade e ordem, regido pelos princípios supremos da segurança e da justiça, de forma que não pode se compadecer com a quebra da confiança e da boa-fé objetiva; tendo em vista que o ordenamento jurídico que positiva a proteção da confiança, assegura os efeitos da “ilusão”, ou seja, assegura os efeitos do fato que induziu à confiança. Tudo isso conduz à projeção dos efeitos futuros que ocorreriam, se não tivesse surgido o fato violador da confiança.

Destarte, o precedente vinculante, ao minorar as possíveis divergências jurisprudenciais, conferido coerência e unidade à ordem jurídica encontra fundamento no conceito de sistema pensado por Canaris. Ademais, também proporciona respeito aos valores supremos do Direito – justiça e segurança, senão leia-se o seguinte trecho da obra de Canaris:

(...) a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a segurança jurídica, aponta na mesma direcção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito (...). (CANARIS, 2002, p. 22).

O que se pretende demonstrar é que tanto na teoria de Luhmann, como na de Canaris, a reiteração dos precedentes dos Tribunais gera uma expectativa normativa de comportamento nos jurisdicionados e enseja a previsibilidade das consequências dos atos, ou melhor, a confiança em que casos idênticos serão decididos da mesma forma, não podendo, portanto, a confiança e a boa-fé objetiva serem quebradas com a aplicação repentina e sorrateira de decisão que não estava dentre as possibilidades hermenêuticas.

Por conseguinte, facilmente, pode-se inferir que a doutrina do *stare decisis* encontra fundamento nessas duas festejadas teorias do sistema, pois na medida em que surgem os precedentes judiciais, diminui-se a complexidade em torno da questão e, conseqüentemente, reduzem-se as possibilidades hermenêuticas, criando nos jurisdicionados expectativas

normativas, que são preservadas, justamente, com a uniformidade e estabilidade na realização do direito, ou seja, cria-se um círculo virtuoso.

2.9 A QUESTÃO DO MELHOR MODELO: *CIVIL LAW* OU *COMMON LAW*?

Assinale-se, por oportuno, que, através das ideias até aqui expostas, não se pretende demonstrar que o sistema de *common law* é superior ao de *civil law* e que por isso países como o Brasil deveriam abandonar toda sua tradição jurídica, transplantando uma nova cultura.

Muito pelo contrário, entende-se aqui que o sistema de *civil law* é bem mais adequado ao atual estado das coisas, principalmente, em virtude das grandes transformações impostas pelo *Welfare State*. Porém, não se pode fechar os olhos para o fato de que um instituto basilar do *common law*, o *stare decisis*, é hoje imprescindível à consecução da segurança jurídica nos países de tradição romano-germânica, em virtude do crescente grau de indeterminabilidade da lei.

Já no século XVIII, o inglês Bentham (apud BOBBIO, 2006, p. 91-100) criticava duramente o modelo de *common law* e defendia a “Codificação”, a fim de imprimir maior segurança e sistematicidade ao Direito.

Como defende David (2002, p. 379), “Para resolver os problemas do *welfare-state*, talvez os direitos românicos do continente europeu, familiarizados com a elaboração legislativa e doutrinal do direito, estejam mais preparados do que o direito inglês.”

Tanto é assim que vem se observando um crescimento sem precedentes da legislação na Inglaterra. Nos Estados Unidos, a produção legislativa é tão intensa, quanto num país típico de *civil law*.

John Marryman (1989, p. 19) esclarece que a questão da superioridade entre os modelos de *civil law* e *common law* há muito tempo perdeu importância, nesse sentido, afirma que “Os juristas refinados do direito comparado de ambas as tradições abandonaram há muito tempo discussões sobre a superioridade ou inferioridade relativas”.

Com apoio em Hermes Zaneti Jr. (2005, p. 90, 106, 341-347), pode-se afirmar que, atualmente, não existe mais modelo puro. Os sistemas de *common law* mostraram-se insuficientes diante do Estado Social, passando a adotar um sem-número de leis escritas. Já os sistemas de *civil law*, por sua vez, mostraram-se incapazes de proporcionar segurança jurídica,

previsibilidade e isonomia diante das leis de textura aberta próprias da época, passando a exigir a adoção do precedente vinculante, para atingir tais valores. Nesse sentido, faz-se mister transcrever dois trechos da obra de Zaneti Jr.:

Esses três fenômenos em conjunto, representam, no nível estrutural, a **quebra da moldura paradigmática** que ainda poderia sustentar alguma razoabilidade ao sistema dos Códigos fechados e ao direito como atividade exclusiva do legislador. Dessarte, **a contraposição direito-legislado e direito-jurisprudencial não se sustenta**. Para além dela, só resta reconhecer que **a diferença**, onde existe, consiste mais no **estilo e na finalidade das normas-estatuto e das normas-jurisprudência**. Revela-se impossível negar o caráter primário das fontes jurisprudenciais, como normas jurídicas em si mesmas. (ZANETI JR., p.106)

Os ordenamentos jurídicos, em ambas as tradições, evoluíram muito no sentido de diminuir a tensão original, de tal sorte que já não é mais legítimo ou realista falar em incompatibilidades paradigmáticas entre os dois grandes ramos do Direito ocidental. Afastada essa incompatibilidade cresce a olhos vistos o movimento de harmonização entre o *common law* e a tradição romano-germânica. (...)

Ou seja, não se pode negar que a lei e a jurisprudência são fontes diferentes, com diversidade metódica de aplicação para solução de casos (questões) jurídicos, contudo, ambas são hoje fontes primárias do Direito. (ZANETI JR., 2005, p. 341-342)

A verdade é que as vantagens e as deficiências do *common law* são em certa medida simétricas às do *civil law*, eis que enquanto o primeiro necessita da adoção de normas gerais e abstratas visando dar maior sistematicidade ao direito, o segundo carece do precedente vinculante, a fim de, através da certeza jurídica proporcionada pela jurisprudência, melhor delimitar a possibilidade de múltiplas pautas de conduta de uma lei (LOSANO, 2007, p.336-337).

3 DA UTILIZAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL AO CASO EM JULGAMENTO

3.1 DEFINIÇÃO E FUNDAMENTO

Analisando-se as características e escopos dos precedentes, permite-se apresentar a seguinte noção: o precedente constitui-se numa decisão judicial, considerada em relação de anterioridade a outras, cujo núcleo essencial, extraível por indução, tende a servir como premissa para julgamentos posteriores de casos análogos³⁵.

Com efeito, em consonância com o afirmado por Cruz e Tucci (2004, p. 12), é de se inferir com certa facilidade que todo *precedente judicial* constitui-se numa decisão já proferida e que é composta por duas partes distintas, quais sejam: *a*) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e, *b*) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.

Ressalte-se, contudo, que a *legal rule* extraível do precedente não cristaliza as questões de fato, e sim as questões de direito conformadas aos fatos relevantes, pois é natural que a decisão acerca de uma questão de fato não possa constituir-se em precedente, na medida em que a decisão sobre fatos é sempre única (MARINONI, 2010a, p. 110).

Disso se infere que o fundamento do precedente judicial está em produzir uma norma jurídica (*legal rule*) com potencial de aplicar-se a uma infinidade de análogos casos futuros. Ou seja, só faz sentido falar-se em precedente, na doutrina do *stare decisis*, quando houver a possibilidade do fundamento determinante de um caso servir para solucionar os casos análogos (*Treat like cases alike*).

É importante destacar, de logo, que o *precedente*, constituindo-se numa decisão única, não se confunde com *jurisprudência* e muito menos com *jurisprudência dominante*³⁶,

³⁵ Marcelo Alves Dias de Souza (2006, p. 41), citando Black, define o precedente judicial como “*um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito*”.

³⁶ De acordo com Priscila Kei Sato (2000, p. 583), existem dois critérios para definição de jurisprudência (pre) dominante, quais sejam: “a) existência de mais de um acórdão que reflita aquele entendimento, ou unicidade de decisão, desde que este faça menção de outros julgados no mesmo sentido; b) decisão do Tribunal Pleno, mesmo que não unânime”.

Delosmar Mendonça Jr. (2009, p. 166), por sua vez, em opinião da qual comunga o autor, sugere a adoção dos seguintes critérios objetivos para aferir-se a ocorrência de jurisprudência predominante: “a) através do incidente de uniformização de jurisprudência, fixando-se entendimento sobre a matéria sem o *quorum* para edição de súmula; b) através de julgamento, em competência originária, pelo tribunal, órgão especial ou Seção do Superior Tribunal de Justiça; c) através de julgamento por órgão colegiado que o regimento indicar, na forma do art. 555,

na medida em que estas pressupõem uma coleção de acórdãos consonantes e reiterados, sobre certa matéria, num dado Tribunal ou em certa Justiça (MACUNSO, 2009, p. 348).

Como bem observado por Caio Taranto (2010, p. 07), o precedente também não se confunde com a norma que dele emana (*ratio decidendi - legal rule*), pois há uma relação de conteúdo e continente entre um dado precedente e a norma dele oriunda.

O precedente judicial, seja ele uma decisão monocrática ou colegiada, dependendo do sistema em que se prende, é classificado em *precedente vinculante (binding precedent)* e *precedente persuasivo (persuasive precedent)*. Vale salientar que os precedentes persuasivos, tradicionalmente, estão mais associados aos sistemas de *civil law* e os precedentes vinculantes aos sistemas de *common law* (princípio do *stare decisis*); sendo certo, contudo, que, atualmente, essa associação encontra-se um tanto quanto ultrapassada, tendo em vista que os países de *civil law*, pelo menos em sede de jurisdição constitucional, há algum tempo vêm produzindo precedentes vinculante.

No *common law*, o aspecto que caracteriza a regra do *precedente* é o seu cunho fortemente coercitivo; sendo esse princípio jurídico denominado *stare decisis*. Essa teoria impõe aos juízes o dever funcional de seguir, nos casos sucessivos, os motivos determinantes (*ratio decidendi*) dos precedentes proferidos em situações análogas. Ou seja, a teoria do *stare decisis* não se contenta em que o órgão jurisdicional encarregado de proferir decisão examine os *precedentes* como subsídio persuasivo relevante a considerar no momento de construir a sentença. “Estes *precedentes*, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior” (TUCCI, 2004, p. 12-13).

Por conseguinte, o *stare decisis* pressupõe um sistema de hierarquia funcional bem articulado, pois tendo as decisões das Cortes Superiores autoridade vinculante com relação às instâncias inferiores, a clara compreensão das relações hierárquicas entre as instâncias é fundamental, a fim de que se saiba quais as decisões obrigatórias para cada instância. Na Inglaterra, por exemplo, estando a *House of Lords* no topo da hierarquia, suas decisões obrigam todas as demais instâncias; já as decisões da *Court of Appeal* vinculam a *High Court of Justice*, mas não obrigam a *House of Lords* (SESMA, 1995, p. 38-43).

Finalizando, pode-se afirmar que precedente judicial é uma decisão, que pode ter eficácia vinculante ou meramente persuasiva, a depender do sistema jurídico, podendo ser

§ 1º, do CPC; d) quando houver decisão de órgão especial ou seção do Superior Tribunal de Justiça em sede de embargos de divergência.”

produzido tanto em ação concreta como abstrata, tendo como fundamento servir de diretriz ao julgamento de futuros casos análogos, visando assegurar maior previsibilidade na realização do direito e tratamento isonômico aos jurisdicionados, ou melhor, tratar da mesma forma os casos similares (*Treat like cases alike*).

3.2 *RATIO DECIDENDI (HOLDING³⁷) E OBITER DICTUM*

Inicialmente, faz-se mister advertir que inobstante se diga que a doutrina do *stare decisis* significa que as Cortes, quanto aos casos em julgamento, devem seguir os precedentes existentes, o seu real significado consiste em que as Cortes estão obrigadas a seguir a *ratio decidendi* desses precedentes (SOUZA, 2006, p. 125).

Por isso é que a correta identificação da *ratio decidendi* de um julgado é questão muito importante num sistema que adota o precedente vinculante, pois apenas a parte da decisão que se constitui em *ratio decidendi* é que vincula o julgamento dos casos análogos futuros.

Com efeito, a busca da definição da *ratio decidendi* parte da necessidade de se evidenciar a porção do precedente que tem efeito vinculante, obrigando os juízes a respeitá-lo nos julgamentos posteriores (MARINONI, 2010a, p. 222).

A definição do que seja *ratio decidendi* e *obiter dictum* de um precedente se torna ainda mais relevante, na medida em que tais institutos não são pontuados ou individuados pelo órgão julgador que profere a decisão, mas sim pelos juízes dos casos posteriores (TUCCI, 2004, p. 175). Por conseguinte, de logo, cumpre ressaltar que o equívoco na identificação da *ratio decidendi* de determinado precedente pode, inclusive, enfraquecê-lo, já que este acaba por não ser seguido, em decorrência de uma distinção indevida (TARUFFO³⁸, 2010b, p. 05).

³⁷ De acordo com Cruz e Tucci (2004, p. 177) *ratio decidendi* e *holding* são sinônimos, sendo este último termo mais utilizado pelos operadores americanos.

³⁸ “Nota-se que mesmo no sistema inglês, no qual o precedente tem maior eficácia, os Juízes utilizam numerosas e sofisticadas técnicas de argumentação, incluindo o *distinguishing* e o *overruling*, para o fim de não considerarem vinculante o precedente que não pretendem seguir. Permanece, portanto, verdadeiro que naquele ordenamento o precedente é dotado de notável força, em quanto é esperado, a princípio, que o Juiz sucessivo o siga – como efetivamente muitas vezes ocorre – mas esta força é sempre *defeasible*, porque o segundo Juiz pode desconsiderar o precedente, quando achar oportuno fazê-lo, ao fim de formular uma solução mais justa para o caso que deve decidir”

No Direito brasileiro, numa primeira perspectiva, pode-se afirmar que a *ratio decidendi* ou razão de decidir é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. A *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação ou com o dispositivo, sendo algo diverso, que é formulado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo (MARINONI, 2010a, p. 221-222).

Apesar de na Inglaterra e nos Estados Unidos existirem problemas para identificação da *ratio decidendi*, que não encontram correspondentes no Brasil, em virtude da cultura secular do instituto nesses sistemas, faz-se necessário iniciar seu estudo pela análise das principais correntes doutrinárias dos ingleses e norte-americanos acerca dos métodos utilizados para a determinação da *ratio decidendi* de um caso. Após a exposição dessas doutrinas e dos problemas vivenciados nos referidos países é que será apresentada uma definição mais completa para a *ratio decidendi* levando em consideração as peculiaridades do Direito brasileiro.

3.2.1 Teorias sobre a *ratio decidendi* na Inglaterra e Estados Unidos

Sesma (1995, p. 81) afirma que a definição da *ratio decidendi* e a escolha do método mais eficaz para sua identificação é uma das questões mais controvertidas na doutrina do *stare decisis*. No seu entendimento, das várias definições de *ratio decidendi*, há cinco consideradas como sendo as dominantes na literatura jurídica anglo-saxônica, são elas:

- a) A regra de direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base para a decisão, isto é, a resposta explícita à questão de direito do caso;
- b) A razão explicitamente dada pelo juiz para a decisão, isto é, a justificativa explícita para a resposta dada à questão do caso;
- c) A regra de direito implícita no raciocínio do juiz ao justificar a decisão, isto é, a resposta implícita à questão de direito do caso;
- d) A razão implicitamente dada pelo juiz para a decisão, isto é, a justificativa implícita para a resposta dada à questão do caso;
- e) A regra de direito pela qual se fundamenta o caso ou se cita como autoridade por um posterior intérprete, isto é, a resposta atribuída à questão de direito do caso.

Em seguida, Sesma (1995, p. 83-89) apresenta as teorias de Wambaugh, Oliphant e Goodhart como sendo as mais relevantes acerca do método eficaz à identificação da *ratio decidendi*.

Wambaugh afirma que a *ratio decidendi* de um precedente é a proposição ou regra sem a qual o caso seria decidido de forma diversa e *obiter dictum* é uma proposição constante do julgamento, mas não necessária à decisão. Como método para identificar a *ratio decidendi* de um julgado, Wambaugh sugere um teste, de acordo com o qual se deve alterar o conteúdo da premissa, para verificar se a decisão mantém-se ou não a mesma; assim, se a decisão sofrer mudança, a premissa era realmente necessária e se constituía em *ratio decidendi*; por outro lado, se a decisão permaneceu inalterada, a premissa era mero *obiter dictum* (SESMA, 1995, p.83-84).

De acordo com Sesma (2006, p. 88-89), Oliphant representa uma visão extrema da escola do realismo jurídico americano. Ele rejeita a busca da *ratio decidendi* no raciocínio do juiz para chegar à decisão, pois entende que a opinião do tribunal é uma racionalização preparada depois da decisão que dá boas razões, mas não as razões reais. Oliphant rejeita a ideia de precedente como norma geral e abstrata, pois entende que o precedente mostra apenas uma experiência judicial quanto às respostas a determinados fatos, e, assim, sugere que os fatos levados ao tribunal sejam considerados como estímulos a uma resposta. No seu entendimento, a combinação dos estímulos e resposta é a *ratio decidendi*, que é a decisão real do caso.

Dias de Souza (2006, p. 128-130) considera Goodhart, através de sua obra “*The Ratio Decidendi of a case*” como o mais influente estudioso da *ratio decidendi* dos precedentes. A teoria de Goodhart consiste, essencialmente, na determinação da *ratio decidendi* de um precedente mediante a consideração: *a*) dos fatos tidos como fundamentais (*material facts*), na ótica do juiz do precedente e, *b*) da decisão do juiz baseada nesses fatos. A razão disso está em que, no julgamento de um caso, o direito é analisado pelo juiz ou por qualquer outro intérprete, levando em conta os fatos do caso, de forma que o peso das proposições afirmadas pelo julgador com base nos fatos fundamentais é sempre maior do que o peso de qualquer outra coisa que o juiz afirme.

Goodhart traçou um método para a determinação de quais fatos de um caso, na ótica do juiz do precedente, foram considerados como fundamentais e quais não o foram, para, assim, encontrar a *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Das dez regras apresentadas por Goodhart é de se considerar como mais relevantes as seguintes: *a*) todos os fatos que o juiz estabelece como fundamentais devem ser tidos por fundamentais ao julgamento e, conseqüentemente,

todos os fatos que o juiz explícita ou implicitamente não considera como fundamentais, não podem ser considerados como tais; b) se na fundamentação de um julgado há menção a vários fatos e não se menciona quais deles são fundamentais, todos assim o devem ser considerados; c) uma conclusão baseada num fato hipotético – qualquer fato cuja existência não tenha sido determinada ou aceita pelo juiz – é uma *dictum*, ou melhor, se o juiz, durante sua exposição, sugere um fato hipotético e dá uma conclusão como se o fato realmente existisse, isso não cria uma *ratio decidendi*, mas mera *dictum*. (SESMA, 1995, p. 84-88).

Goodhart conclui apresentando cinco regras para se encontrar a *ratio decidendi* de um precedente, dentre as quais é de reputar como mais relevantes as seguintes: a) o princípio do caso é encontrado ao se levar em consideração os fatos tratados pelo juiz como fundamentais e sua decisão baseada neles e, b) também é necessário estabelecer quais fatos foram considerados não fundamentais pelo juiz, pois a identificação do princípio pode depender tanto da exclusão como da inclusão (SESMA, 1995, p. 87-88).

Marinoni (2010-b, p. 226) cita exemplo apresentado por Goodhart (caso *Rylands v. Fletcher*), visando demonstrar a aplicação do seu método. Fletcher contratou um empreiteiro para construir um reservatório de água em sua propriedade. O empreiteiro atuou com negligência e a água do reservatório invadiu as terras do vizinho, causando-lhe prejuízos. Goodhart, ao analisar a situação, admitiu como fatos do caso: i) B tinha um reservatório em sua propriedade; ii) o empreiteiro, contratado por B para edificá-lo, agiu com negligência; iii) a água escoou do reservatório e prejudicou A. Foram considerados fatos fundamentais (materiais): i) B tinha um reservatório construído em sua propriedade; ii) a água escoou e prejudicou A. Goodhart assevera que a Corte ignorou o fato relacionado à negligência do empreiteiro, que foi implicitamente considerado como fato imaterial. Logo, não houve responsabilização de B pela negligência do seu contratado, mas sim a instituição da doutrina da “*absolute liability*” (responsabilidade objetiva).

Marinoni (2010a, p. 231), ainda, reputa importante a teoria de Rupert Cross, em *Precedent in English law*, no sentido de que “a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como *passo necessário* para alcançar a sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada (...)”.

Assinale-se, por oportuno, que a doutrina inglesa, mesmo diante de todas essas teorias a respeito do método adequado para se encontrar a *ratio decidendi*, tem compreendido que a interpretação de um caso, para fins de construção de uma regra geral (*legal rule*) aplicável aos casos análogos futuros, é um processo complexo que pode necessitar de várias etapas, como: a determinação da *ratio decidendi* do precedente; a consideração da *ratio*

decidendi à luz dos fatos do caso; a análise das considerações que os juízes dos casos posteriores tem feito a respeito da *ratio decidendi* do precedente; a determinação da *ratio decidendi* dos casos posteriores e, a reformulação de uma regra jurídica com base em casos anteriores (SESMA, 1995, p. 89-90).

3.2.2 Problemas dos *common lawyers* na determinação da *ratio decidendi*

Conforme já afirmado, os norte-americanos e ingleses têm dificuldades para a definição da *ratio decidendi* que não encontram paralelo no Brasil. É que, na Inglaterra e nos Estados Unidos, os juristas pensam a *ratio decidendi* como fundamento necessário ou suficiente para a solução “do caso” (procedência/improcedência).

Isso gera inúmeros problemas, pois há situações em que o juiz ou tribunal faz menção e decide com base em mais de um fundamento (causas de pedir cumuladas)³⁹; há casos em que existem questões preliminares ou prejudiciais à matéria de fundo; há casos em que uma determinada questão de mérito é decidida em favor do vencido etc..

Ressalte-se que mesmo nessas situações, os *common lawyers* buscam encontrar uma única *ratio decidendi*, que seja suficiente para o resultado do caso, atribuindo a qualidade de *obiter dicta* às demais razões, ainda que com base nelas tenha se apreciado uma das causas de pedir; uma questão preliminar ou prejudicial; uma matéria de mérito em sentido favorável ao vencido etc..

Marinoni (2010a, p. 236) se utiliza de um exemplo para demonstrar as falhas nas teorias de Wambaugh, Goodhart e Cross. Observe-se: em *Perry v. Kendrick's Transport* havia duas questões perante a Corte de Apelação. A primeira dizia respeito à impossibilidade de se obter indenização, por injúrias pessoais, com base em *Rylands v. Fletcher*; a segunda, relacionava-se à viabilidade de o réu invocar, em sua defesa e no seu recurso, que o dano foi causado por culpa de terceiro. A decisão de primeira instância, fundando-se em um ou em outro ponto, seria favorável ao réu-apelante. Ocorre que, diante de recurso do autor, a Corte decidiu a primeira questão em favor do mesmo, concluindo que os danos por injúrias pessoais

³⁹ Sesma (1995, p. 94) cita como exemplo o caso *Ashton v. Turner*, em que a ação fora julgada improcedente com base em três fundamentos distintos. Informa que Lord Simonds, em caso posterior (*Jacobs v. London Coutry Council*) entendeu que não se poderia considerar como *obiter dictum* nenhum dos três fundamentos suficientes utilizados pelo juiz para julgar improcedente a ação. Por outro lado, o Lord Denning expressou opinião diferente, entendendo que o juiz de caso posterior não está vinculado aos três fundamentos, podendo optar por um deles (*ratio decidendi*) e ignorar os demais.

poderiam ser cobrados com base em *Rylands v. Fletcher*. No entanto, a Corte decidiu a segunda questão (culpa de terceiro) em favor do réu-apelante, que, assim, saiu vitorioso na apelação.

Tal exemplo infirma as teorias de Wambaugh, Goodhart e Cross. De acordo com Wambaugh os argumentos acerca da questão das injúrias pessoais seriam *obiter dictum*, pois mesmo em se alterando o sentido da decisão acerca de tal questão, o resultado do caso permaneceria inalterado. Também seriam *obiter dictum* à luz do método de Goodhart, pois tendo a Corte decidido o caso com base na culpa de terceiro, deve ter considerado a questão das injúrias pessoais como fato imaterial. De acordo com a teoria de Cross, as alegações acerca da questão das injúrias eram *obiter dictum*, porque a Corte não poderia tê-las considerado como necessárias para a decisão do caso em favor do réu, já que apesar de essa questão ter sido decidida em favor do autor, em nada alterou o resultado “do caso”.

Marinoni (2010a, p. 237) apresenta outro interessante exemplo para infirmar as mencionadas teorias. No caso *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé*, submetido à Câmara dos Lordes, buscava-se anular uma ordem do Ministro da Saúde. Neste caso, foram apresentadas duas defesas: uma alegando que a Corte não tinha competência para examinar a validade da ordem e, outra, no sentido de que a ordem era válida, pois autorizada pelo *Housing Act, 1925*. A *House of de Lords*, por votação unânime, julgou contra o Ministro quanto à questão da competência; porém, por quatro votos contra um, decidiu a segunda questão (validade da ordem) em seu favor.

Logo, é de se indagar se a questão atinente à competência da *House of de Lords* para analisar a validade da ordem do Ministro da Saúde se constitui em *ratio decidendi* ou *obiter dictum*? No Brasil, não haveria qualquer dificuldade em se considerar o motivo determinante para a resolução de tal questão como *ratio decidendi*.

Porém, na Inglaterra e nos Estados Unidos, como se relaciona a *ratio decidendi* aos motivos suficientes ao resultado do caso, tal questão não poderia ser considerada como tal, pois diante de uma decisão de rejeição da preliminar de incompetência, a Corte ainda poderia julgar a causa procedente ou improcedente, de forma que tal questão não poderia ser considerada como necessária ou suficiente ao resultado do caso.

Marinoni (2010a, p. 241-242) entende que um dos principais fatores para os *common lawyers* relacionar a *ratio decidendi* à solução do caso, consiste na preocupação de que um único precedente possa gerar várias “*ratio*”, capazes de definir inúmeras regras que, a partir daí, terão de ser respeitadas pela magistratura e consideradas pelas partes e pelos advogados.

Esse problema enfrentado na Inglaterra e Estados Unidos, deriva de uma circunstância peculiar ao *common law*, como sistema de casos (*case law*). A dificuldade dos *common lawyers* em ver um julgado com várias *ratio decidendi* tem a ver com a ideia de que o precedente reflete a solução “do caso”, e não a solução das questões nele envolvidas. Basta compreender que o precedente de um caso pode resolver mais de uma questão, para se aceitar como *ratio decidendi* as razões com base nas quais se julgam as causas de pedir cumuladas; as questões favoráveis ao vencido; as questões preliminares e prejudiciais etc. (MARINONI, 2010a, p. 244).

3.2.3 A *ratio decidendi* no Direito brasileiro

No Brasil, onde a força dos precedentes não se relaciona obrigatoriamente à resolução dos casos, torna-se natural conferir força de *ratio decidendi* às razões suficientes à solução das questões versadas nos casos, mesmo que estas não sejam necessárias ao resultado do caso.

No sistema brasileiro, como há consciência de que um caso pode conter inúmeras questões, não há dificuldade em se perceber que cada um dos motivos determinantes suficientes para decidir as múltiplas questões jurídicas constitui-se em *ratio decidendi* e, portanto, pode vincular futuras decisões relativas à análoga questão de direito.

No Direito brasileiro, é comum que um precedente possua várias questões nucleares, de forma que cada *quaestio iuris* que constitua o *thema decidendum* e que seja enfrentada no julgado representa uma diversa *ratio decidendi* (TARANTO, 2010, p. 16).

Além disso, faz-se mister destacar que os métodos dos *common lawyers* para encontrar a *ratio decidendi* de um precedente, fortemente ligados às questões fáticas do caso, apresentam-se, em certa medida, inadequados com relação às decisões dos Tribunais Superiores brasileiros, pois os recursos excepcionais (recurso extraordinário e especial) e as ações abstratas de controle de constitucionalidade são de direito estrito, voltados para discussão de questões e teses jurídicas, e não à (re)apreciação de fatos. Nesse particular, é importante ressaltar, inclusive, a tendência de objetivação dos recursos extraordinário e especial, conforme será tratado no itens 4.3 e 4.4.

Como afirma Marinoni (2010a, p. 260), as questões preliminares e prejudiciais, necessárias para se chegar à análise do mérito ou do próprio caso, dão origem a decisões que

obviamente têm plenas condições de oferecer uma *ratio decidendi*, caracterizando-se como precedentes a serem observados no futuro. Exemplos disso são as decisões acerca da competência da Corte para decidir determinada matéria; a decisão sobre hipótese de admissibilidade de recurso; as decisões sobre prescrição e decadência etc.

A maior prova disso é que no Brasil existem inúmeros Enunciados (E.) da Súmula (S.) dos Tribunais Superiores – obviamente construídos a partir da *ratio decidendi* dos precedentes – versando, justamente, sobre questões de admissibilidade dos recursos; pressuposto de Ação Rescisória, competência etc., consoante se depreende da transcrição de alguns Enunciados:

E. S./STF 279 - Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

E. S./STF 280 - Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

E. S./STF 282 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

E. S./STF 343 - Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.

E. S./STF 634 - Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

E. S./STF 635 - Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Outrossim, não há motivo justificado para não se considerar como *ratio decidendi* os motivos determinantes das decisões que tratam de questões resolvidas em favor da parte vencida. Por exemplo, suponha-se que uma ação fora julgada procedente em face de uma concessionária de energia elétrica com fulcro única e exclusivamente na responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, CF). Na apelação, a concessionária alegou que não poderia ser condenada com base na responsabilidade objetiva, pois tendo o autor alegado que o dano decorreu de conduta omissiva, seria caso de responsabilidade subjetiva (RE 382054). O autor, nas contrarrazões, alegou que mesmo em sendo afastada a hipótese de responsabilidade objetiva, o resultado da causa deveria permanecer o mesmo, tendo em vista que restava configurada a negligência da ré. Tendo a apelação sido desprovida no tribunal local, se o STF, no recurso extraordinário, decidir que não seria caso de aplicação de responsabilidade

objetiva, e sim subjetiva, porém, mantiver a procedência da demanda, por entender configurada a negligência da ré, por que não se considerar como *ratio decidendi* e, conseqüentemente, como precedente a ser seguido posteriormente a decisão relativa à questão da inaplicabilidade da responsabilidade objetiva em casos de omissão?

Por outro lado, como ensina Marinoni (2010a, 261), nas ações que contenham cumulação simples de pedidos, é possível ter tantos precedentes quantos sejam os pedidos, eis que podendo os pleitos ser julgados autonomamente, haverá tantas decisões, quantos forem os pedidos, pouco importando se todos forem julgados procedentes, se todos forem julgados improcedentes, ou um ou alguns forem julgados procedentes e outros não. Por exemplo, numa ação de indenização decorrente de morte em acidente de trânsito, pode haver (a) pedido de indenização a título de danos morais; (b) pedido de indenização a título de danos materiais emergentes pelas avarias no veículo, despesas hospitalares e despesas com funeral; (c) pedido de pensão mensal e, (d) pedido de indenização na forma de lucros cessantes. Observe-se que nesse caso há várias questões, cada uma delas demandando uma respectiva decisão.

Ademais, vale salientar que o precedente de um caso pode conter dois motivos suficientes e, por isso, não necessário, à conclusão. Por exemplo, numa ação anulatória de duplicata, o autor pode pleitear a nulidade do título alegando (a) que não decorre de operação comercial realizada entre as partes e (b) que a cártula não se reveste dos requisitos formais previstos em lei. Se a sentença julga procedente a ação com fulcro nos dois argumentos, têm-se dois fundamentos determinantes da decisão, embora não sejam motivos necessários, pois bastaria a presença de apenas um deles para atingir o resultado.

Essa questão da existência de mais de um motivo determinante da decisão encontra-se, inclusive, cristalizada no E. nº 283 da Súmula do STF e no E. nº 126 da Súmula do STJ, consoante se atesta dos transcritos, respectivamente, *in verbis*:

283 - É inadmissível o recurso extraordinário, **quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente** e o recurso não abrange todos eles. (grifos nossos)

126 - É inadmissível recurso especial, **quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer delas suficiente, por si só, para mantê-lo**, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário. (grifos nossos)

Bem expostas as diferenças quanto à busca da *ratio decidendi* entre os sistemas inglês e norte-americano, de um lado, e, do outro, o brasileiro, parece claro que neste a *ratio decidendi* coincide com os “motivos determinantes da decisão”, entendidos estes como os fundamentos essenciais e imprescindíveis à decisão que foi tomada, podendo essa dizer respeito ao caso na íntegra ou às questões do caso (MARINONI, 2010a, p. 272).

Não é ocioso destacar que, no Direito brasileiro, a porção do precedente que goza de eficácia vinculante é a que se constitui nos motivos determinantes da decisão, sendo certo, então, falar em eficácia transcendente da motivação.

Assim, a importância de se identificar os motivos determinantes da decisão consiste, justamente, em encontrar a porção do precedente que vai servir de paradigma para os casos posteriores, proporcionando mais segurança e previsibilidade na realização do direito.

3.2.4 Ausência de *ratio decidendi*

Assinale-se, por oportuno, que nem sempre é possível encontrar com clareza os motivos determinantes (*ratio decidendi*) do precedente. Com efeito, há situações em que se chega a uma decisão sem que seus motivos suficientes e determinantes tenham sido adequadamente discutidos e analisados pelo tribunal. Nesse caso, aquilo que poderia ser tomado como *ratio decidendi* do precedente acaba por não adquirir eficácia vinculante (MARINONI, 2010a, p. 292-293).

Conforme defendido por Sesma (1995, p. 100) e Dias de Souza (2006, p. 139), há casos em que se afigura extremamente difícil identificar a *ratio decidendi*, tendo em vista a insuficiência da fundamentação. Esses casos em que não se consegue identificar um princípio, mesmo que implícito, devem ser considerados como desprovidos de *ratio* e, por conseguinte, de autoridade obrigatória⁴⁰.

Dias de Souza (2006, p. 139) esclarece, que, embora a ausência de fundamentação clara em precedente judicial seja hipótese excepcionalíssima, a experiência revela casos em que a ausência de *ratio* fora declarada, desobrigando os juízes dos casos posteriores com relação ao precedente, por exemplo, *The Mostyn* [1928] AC 57, no qual *Lord Dunedin* disse:

⁴⁰ Sesma (1995, p. 100-101) cita como exemplo o caso *National Enterprises Ltd. v. Racal Communications Ltd.*

“Se não está claro, então eu não penso que seja parte da tarefa de um tribunal afirmar, com grande dificuldade, uma *ratio decidendi*, de forma que seja obrigado por ela”.

Assim, há casos em que a definição da *ratio decidendi* pode exigir a consideração de várias decisões, ou até mesmo de súmula, que, sobrepondo-se às decisões já proferidas sobre a questão, individualize a *ratio decidendi*, até então obscura e indecifrável (MARINONI, 2010a, p. 293).

Também é de se esclarecer que nas decisões tomadas mediante voto médio – quando numa corte composta por vários juízes, apesar de se chegar a um determinado resultado, juízes diversos dão razões diversas para seus julgamentos – não é possível determinar a *ratio decidendi* do caso, não havendo, pois, que se falar em eficácia vinculante (SESMA⁴¹, 1995, p. 96-98; SOUZA, 2006, p. 138).

No Direito brasileiro, pode-se exemplificar tal situação através da Medida Cautelar nº 17.192/RJ, em que a 4ª Turma do STJ, por maioria e, nos termos do voto médio do Min. Luis Felipe Salomão, acompanhado pela Min.^a Maria Isabel Gallotti, *decidiu que eventual levantamento de qualquer quantia depositada tenha como condição imprescindível a prestação de caução idônea e suficiente para garantir eventual prejuízo ao requerente*. Nesse caso, restaram vencidos o Min. João Otávio de Noronha, que indeferia a inicial, extinguindo o processo, sem julgamento do mérito; os Min. Raul Araújo Filho e Aldir Passarinho Junior, que deferiam a liminar.

Nesse exemplo, não se pode afirmar que a Corte chegou a um consenso quanto aos motivos determinantes da decisão, de forma que caso se tratasse de precedente vinculante (o que atualmente não é) não obrigaria as instâncias hierarquicamente inferiores, tendo em vista a ausência de *ratio decidendi*.

Comungando dessa mesma tese, Marinoni (2010b, 282), ao sugerir, *de lege ferenda*, uma proposta de alteração do Código de Processo Civil, elaborou um dispositivo (art. 2º, II) com a seguinte redação:

Art. 2º. Não têm eficácia vinculante:
II – os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, **que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador.** (grifos nossos).

⁴¹ Sesma (1995, p. 97-98) cita como exemplo o caso *Central Asbestos Co. Ltd. v. Dodd*.

3.2.5 *Ratio decidendi* e decisões *per incuriam*

Como explica Dias de Souza (2006, 146), decisão *per incuriam* é aquela que foi prolatada na ignorância de um precedente obrigatório ou de uma lei que tratassem da mesma matéria constante do caso em julgamento.

Nessas situações, resta evidente que se a Corte tivesse tido ciência do precedente ou da lei, certamente, teria decidido o caso de forma diversa e, por tal motivo, decisão dessa natureza não constitui precedente que deva ser seguido (SOUZA, 2006, p. 147).

Afigura-se pertinente a discussão dessa questão no Direito brasileiro, tendo em vista que o Anteprojeto do Novo Código Civil traz o *incidente de resolução das demandas repetitivas*, que confere efeito obrigatório às decisões dos tribunais locais, com relação aos juízes que lhes estiverem vinculados (arts. 898⁴², 903⁴³ e 906⁴⁴).

Assim, suponha-se que um tribunal de justiça estadual, desconhecendo precedente do STJ, julgou determinado incidente em sentido contrário ao entendimento dessa Corte Superior. Nesse caso, seria razoável que os juízes de primeiro grau, vinculados ao referido tribunal estadual, estivessem obrigados a observar a *ratio decidendi* fixada no incidente de resolução de demanda repetitiva? É óbvio que não, em virtude do princípio da hierarquia entre as instâncias, não se pode vincular juiz de primeiro grau a decisão de tribunal estadual, quando esta confronta precedente de Tribunal Superior, inclusive, esse é o sentido do art. 847, IV, do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

⁴² Art. 898. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

§ 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.

§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, **cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.** (grifos nossos)

⁴³ Art. 903. Julgado o incidente, **a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.** (grifos nossos).

⁴⁴ Art. 906. **Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação** para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação serão regulados pelo regimento interno do respectivo tribunal. (grifos nossos).

Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

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

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

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. (grifos nossos).

Defendendo essa mesma tese, Marinoni (2010b, p. 282), ao sugerir uma proposta de alteração do Código de Processo Civil, elaborou um dispositivo (art. 6º, parágrafo único) com a seguinte redação: “*Deixam de ser aplicáveis, independentemente de revogação, os precedentes que se tornarem incompatíveis com decisões de Tribunais Superiores*”.

3.2.6 Ratio decidendi e decisões contraditórias de mesma instância hierárquica, ou de instâncias diferentes embora que com competência definitiva

Dias de Souza (2006, p. 147-148), tratando do problema da existência de decisões em conflito de mesma hierarquia, sugere que, *a priori*, deve-se seguir a decisão mais recente; nada impede, porém, principalmente quando a segunda decisão não trata expressamente da primeira, que o juiz do caso em julgamento opte por qualquer delas, levando em consideração os aspectos de correção, justiça e oportunidade.

Nesse sentido, Dias de Souza (2006, p. 147) cita como exemplo o caso *Colchester Estates (Cardiff) v. Carlton Industries plc*, onde foi dito:

A corte poderia seguir a decisão posterior, de 1984, baseando-se na regra geral de que, quando há duas decisões da **High Court** em conflito, a decisão mais recente deve ser seguida, e a anterior não, demonstrando que a decisão anterior foi considerada no julgamento da mais recente, mas que ainda estava aberto a um juiz, diante de decisões inconsistentes, aplicar a decisão anterior e não a mais recente se ele está convencido de que a recente está errada.

No sistema brasileiro, deve-se ter cautela para não entender duas decisões como sendo de idêntica hierarquia, apenas por pertencerem a um mesmo tribunal. Considerando-se o STJ, por exemplo, deve-se atentar que as decisões da Corte Especial são superiores hierarquicamente às decisões das Seções, que por sua vez são superiores às decisões das Turmas, que são superiores às decisões monocráticas dos Ministros.

Outra questão interessante e correlata à ora discutida, consiste nas hipóteses de decisões conflitantes de tribunais de hierarquia distintas, quando o tribunal hierarquicamente inferior é o intérprete máximo e definitivo da matéria.

Por exemplo, se o STJ é o intérprete máximo da legislação infraconstitucional federal e o STF lhe é superior hierarquicamente, qual orientação deve ser seguida pelos tribunais ordinários, relativamente, ao termo *a quo* do prazo decadencial para propositura de ação rescisória, quando o STJ e o STF têm entendimentos conflitantes^{45/46}?

Não é ocioso destacar que essa matéria chega a ser apreciada pelo STF não em decorrência de discussão sobre a conformação constitucional do art. 495 do CPC – que trata do prazo decadencial da Ação Rescisória –, mas, simplesmente, em virtude de ter que decidir acerca da decadência das ações rescisórias, originariamente, em trâmite na Corte.

No presente trabalho, defende-se que as decisões dos Tribunais Superiores dispõem de eficácia vinculante, em virtude do local privilegiado onde são produzidas, já que ao STF e ao STJ cabe, respectivamente, uniformizar e dar a última palavra acerca da interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal. Assim, como se admitir que um precedente do STF versando sobre matéria estritamente infraconstitucional venha a vincular o STJ e os tribunais ordinários?

O mesmo conflito se dá quando um tribunal de justiça estadual julga em ação abstrata de controle de constitucionalidade lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado, única e exclusivamente, em face da Constituição Estadual; e o STJ, posteriormente, julga a mesma questão jurídica em sentido diverso, em sede de recurso

⁴⁵ O STJ, nos termos do E. nº 401 de sua Súmula, entende que “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”. Por outro lado, o STF adota a tese dos capítulos de sentença, entendendo que o prazo decadencial começa a fluir à medida em que forem transitando em julgado os capítulos da sentença. Nesse sentido a Ação Cautelar nº 112; Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 1780 e Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 1800.

⁴⁶ Há uma outra situação de conflito entre o STF e o STJ, que embora ocorra no direito penal, merece nota. O STF entende que “se a falsidade é meio para o estelionato, aplica-se o concurso formal, não a absorção”, nesse sentido: RHC 83990. O STJ, por sua vez, no E. nº 17 de sua Súmula, entende que “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”

ordinário (art. 105, II, “b”, CF) em mandado de segurança impetrado em face do Governador. Qual das duas decisões deve vincular os desembargadores e juízes do referido tribunal estadual?

Pode-se pensar, ainda, em outra situação bastante factível. Imagine-se que um Tribunal de Justiça estadual, ao apreciar mandado de segurança impetrado em face do governador do Estado, leva ao plenário (art. 97, CF e, arts. 480 a 482, CPC) a questão de inconstitucionalidade de lei estadual questionada, única e exclusivamente, em face da Constituição Estadual. Suponha-se, ainda, que o pleno do tribunal decidiu pela constitucionalidade da lei estadual e, com base nisso, denegou a segurança com fulcro em tal fato. Se o STJ dá provimento ao recurso ordinário interposto pelo impetrante (art. 105, II, “b”, CF), declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei frente à Constituição do Estado, tal decisão vincula os desembargadores e juízes do referido tribunal de justiça?

Com relação aos supracitados exemplos, atente-se que, nos termos do art. 125, § 2º, da CF, cabe aos Tribunais de Justiça julgarem em definitivo a ação direta de (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face da Constituição Estadual.

Pois bem, nessas situações, defende-se solução semelhante à sugerida para o conflito de decisões de mesma instância hierárquica, isto é, que nenhum dos precedentes vincule em termos absolutos os desembargadores e juízes do tribunal de justiça; facultando-se, pois, aos mesmos, optarem pelo precedente que reputem mais correto, justo e oportuno no julgamento dos casos futuros.

3.2.7 *Obiter dictum*

Quanto às definições de *obiter dictum*, são obtidas negativamente, a partir da determinação do que seja *ratio decidendi* de um caso, isto é, se uma proposição ou regra de direito constante de um caso ou questão não faz parte da sua *ratio decidendi*, ela é, *dictum* ou *obiter dictum*, e, conseqüentemente, não obrigatória (SOUZA, 2006, p. 139).

Obiter dicta constituem-se nas proposições constantes da decisão que não são necessárias ao resultado do caso ou da questão, geralmente, são relativas às alegações que nenhuma das partes arguiu; às declarações sobre fatos hipotéticos, bem como às questões que o julgado não está realmente decidindo.

Os pronunciamentos relativos a estes pontos, em regra, não são aprofundados e não decorrem de ampla discussão entre todos os membros do colegiado, sendo feitos de passagem ou lateralmente ao enfrentamento de outra questão, já que quando um fundamento é desnecessário para se chegar à solução de dada questão, em regra ele não é tomado a sério e efetivamente discutido pelos juízes, caracterizando-se, facilmente, dessa forma, como *obiter dictum* (MARINONI, 2010a, p. 280).

Marinoni (2010a, p. 282) apresenta um exemplo lapidar de *obiter dictum*. No RESP nº 954.859⁴⁷, relatado pelo Min. Humberto Gomes de Barros, em que se discutia o termo *a quo* da contagem do prazo de 15 (quinze) dias para cumprimento da sentença (art. 475-J, CPC), decidiu-se que este se iniciava após o trânsito em julgado, independentemente, de intimação; de forma que a parte deveria providenciar o pagamento da condenação nos quinze dias subsequentes ao trânsito em julgado, sob pena da multa de 10%. Ocorre que nesse mesmo julgado restou assentado que se o advogado, por desleixo, omite-se em informar seu constituinte e o expõe à multa, deve ser responsabilizado por tal prejuízo. Ora, é óbvio que essa última parte da decisão constitui-se em *obiter dicta*, pois tal matéria não estava sendo discutida no recurso e certamente não foi amplamente discutida por todos os Ministros da Turma.

Há um outro exemplo ilustrativo da matéria. No RESP nº 838.031⁴⁸, também relatado pelo Min. Humberto Gomes de Barros, discutia-se a legitimidade do Banco do Nordeste do Brasil (BNB) para cobrar judicialmente os créditos do Fundo de Investimento do Nordeste (FINOR) em caso de inadimplência do mutuário. A 3ª Turma do STJ decidiu que o BNB, na qualidade de gestor e operador do FINOR, tinha legitimidade para tanto. Porém, no voto, restou consignado que nos casos em que a cobrança decorrer de desvio de recursos apurados em processo administrativo, a legitimidade será da SUDENE⁴⁹. Ora, tal passagem

⁴⁷ “LEI 11.232/2005. ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE. 1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. 3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%.”

(REsp 954859/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2007, DJ 27/08/2007, p. 252)

⁴⁸ “AÇÃO MONITÓRIA. FUNDO DE INVESTIMENTO DO NORDESTE - FINOR. BANCO DO NORDESTE. LEGITIMIDADE ATIVA. - Cabe ao Banco do Nordeste do Brasil S/A cobrar judicialmente os valores do FINOR, na qualidade de operador e gestor do fundo, e cumpre à SUDENE este papel quando há comprovado desvio de aplicação dos recursos emprestados, apurado mediante processo administrativo.”

(REsp 838031/PB, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJe 23/06/2008)

⁴⁹ Atualmente, extinta e sucedida pela União.

do julgado só pode ser considerada como *obiter dicta*, pois no recurso não se estava discutindo tal matéria.

Marcelo Alves Dias de Souza (2006, p. 140-141), levando em consideração o grau de persuasão dos pronunciamentos que se constituem em *obiter dictum*, classifica-os em: *gratis dictum* e *judicial dictum*. *Gratis dictum* são as afirmações jogadas fora, ditas sem necessidade e que não têm um mínimo de relação com a questão principal, tendo, pois, pouca importância e poder persuasivo. Já as *judicial dicta* constituem-se nas declarações precedidas de extensa argumentação sobre um ponto, que, em regra, tem relação com a questão principal. Com relação aos dois supracitados julgados utilizados como exemplo, pode-se inferir que o primeiro contém *gratis dictum*, pois o pronunciamento de responsabilidade do advogado não guarda qualquer relação com a questão principal; já o segundo, contém *judicial dicta*, pois o ponto da legitimidade da Sudene para cobrar créditos em caso de desvio de recurso, apurado em processo administrativo, guarda íntima relação com a questão principal.

As proposições que se constituem em *obiter dicta* têm mais ou menos poder persuasivo, a depender da Corte de onde provêm; do respeito de que goza o julgador na comunidade jurídica; da força dos argumentos utilizados e do grau de relação com a questão principal.

Dias de Souza (2006, p. 141) servindo-se do caso *Anderson (W.B.) & Sons Ltd v. Rhodes* demonstra que em determinadas ocasiões as declarações *obiter dicta* gozam de grande poder persuasivo, observe-se:

Quando cinco membros da **House of Lords** tenham todos dito, depois de um exame cuidadoso do Direito, que um certo tipo de delito existe, eu penso que um juiz de primeira instância deve prosseguir no fundamento de que ele realmente existe, sem parar para embargar numa investigação se o que foi dito era necessário para a decisão final.

3.3 TÉCNICAS UTILIZADAS NA APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE: *DISTINGUISHING* E *OVERRULING*

Inicialmente, cumpre ressaltar que os sistemas que adotam o precedente vinculante (*stare decisis*) são muito mais flexíveis do que se pensa nos países de tradição romano-germânica.

Nesses sistemas, existem técnicas de aplicação e superação do precedente que permitem, a um só tempo, de um lado, a estabilidade e uniformidade do direito e, de outro, o seu natural desenvolvimento. As duas principais técnicas são o *distinguishing* e o *overruling*, dos quais derivam várias outras formas de distinção ou superação do precedente, conforme será visto adiante.

Antes de se tratar especificamente de tais institutos, faz-se necessário relembrar algumas noções básicas do *stare decisis*.

Pois bem, a vinculação ao precedente se dá na forma *horizontal* – quando a própria Corte está vinculada a seus precedentes – e *vertical* – quando os precedentes obrigam as instâncias hierarquicamente inferiores. Atualmente, em todos os países filiados à tradição do *common law*, a vinculação horizontal é apenas relativa (SOUZA, 2006, p. 149), pois se a Corte deve seguir seus próprios precedentes, também pode rejeitá-los, quando os mesmos se tornarem injustos ou inadequados em virtude da evolução da própria sociedade, da mudança dos valores vigentes, da substancial alteração no mundo dos fatos etc.

É de se registrar que na Inglaterra até o ano de 1966 a *House of Lords* encontrava-se vinculada aos seus próprios precedentes. Nesse sentido, Cappelletti (1993, p. 85) cita o Lord Delvin (Lord Chancellor) que, falando para todos os *Law Lords*, anunciou, em 1966, a intenção da *House of Lords* britânica de mudar a prática até então vigente, passando a permitir a superação de seu próprio precedente, quando lhe pareça justo agir de tal maneira.

Disso resulta que as Cortes inferiores, em regra, somente podem se afastar dos precedentes das Cortes que lhes são hierarquicamente superiores, através da técnica das distinções (*distinguishing*), mediante a qual deixa de aplicar o precedente por constatar a existência de diferenças tamanhas entre os fatos materiais do precedente e do caso em julgamento, que justifique a inaplicabilidade da *ratio decidendi* do primeiro ao segundo.

Noutro aspecto, quando uma Corte Superior, por exemplo, a *House of Lords*, constata que um precedente seu ou das Cortes inferiores se formou erroneamente ou que se tornou inadequado em virtude de mudanças da sociedade, ela realiza o *overruling*, ou melhor, revoga o precedente.

3.3.1 *Distinguishing*

Conforme já esclarecido, só há sentido falar em precedente vinculante, quando a *ratio decidendi* do mesmo puder ser aplicada a casos análogos posteriores. Logo, percebe-se que a observância de um precedente no caso em julgamento requer uma confrontação entre os fatos materiais (relevantes) dos dois casos, para assim saber se a *ratio decidendi* do primeiro afigura-se adequada para servir de motivo determinante à decisão que venha regular as consequências jurídicas dos fatos do caso em julgamento.

Dá-se o nome de *distinguishing* a essa técnica de confronto e diferenciação entre os fatos relevantes de dois casos, que revela a inadequação da aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento, em virtude da diversidade fática entre os mesmos.

Note-se que não é qualquer diferença fática entre o precedente e o caso em julgamento que autoriza a inaplicabilidade daquele. As diferenças têm que versar sobre os fatos materiais, de forma que distinções sobre fatos não fundamentais ou irrelevantes, não justificam a inobservância do precedente (MARINONI, 2010a, p. 327).

Ressalte-se que o precedente pode ser interpretado de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*), ou melhor, não se exige uma submissão “cega” aos precedentes, eis que as Cortes podem estender um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entenderem que assim estão promovendo justiça; assim como podem restringi-lo, caso sua aplicação possa ensejar um resultado indesejável. Destarte, pode-se afirmar que *stare decisis* não é apenas uma teoria que historicamente resguardou a uniformidade, previsibilidade e estabilidade na aplicação do direito, mas que também permitiu, através da flexibilização decorrente das restrições e ampliações inerentes, a evolução e o progresso do direito (TUCCI, 2004, p. 171-172).

Cruz e Tucci (2004, p. 172-173) apresenta dois exemplos interessantes, sendo um de aplicação restritiva e outro de aplicação extensiva da *ratio decidendi*.

Com efeito, no caso *Peabody Fund v. Sir Lindsay Parkinson Ltd.*, a *House of Lords* interpretou restritivamente o precedente *Anns v. Merton London Borough*. O caso *Anns* é citado como precedente para as situações em que se imputa responsabilidade ao município por negligência na fiscalização de obras. No caso *Peabody Fund*, procurando circunscrever o dever do poder público de proteger os cidadãos ameaçados de dano à saúde, a *House of Lords* limitou a responsabilidade do município, de forma que não acolheu a ação do proprietário da casa em construção, que alegara prejuízo pela falta de fiscalização no sistema de drenagem,

instalado em desacordo com o projeto aprovado. Ou seja, em *Peabody Fund* o elemento de distinção restritiva foi a inserção do requisito “possibilidade de dano à saúde ou à segurança” (TUCCI, 2004, p. 172).

Já no caso *Lloyd v. Grace Smith Co.*, a *House of Lords* interpretou extensivamente o precedente *Barwick v. The English Stock Bank*. O caso *Barwick* é tido como precedente para as situações de responsabilização de instituição financeira em virtude de danos causados por seus prepostos aos clientes. No caso em julgamento (*Lloyd*), o preposto induziu o cliente do banco a aceitar uma garantia despida de valor, prestada por um terceiro, devedor do banco, para lastrear empréstimo que lhe fora concedido pelo referido cliente. A *ratio decidendi* centrou-se no seguinte argumento:

No que concerne à questão de saber se um comitente é responsável por ato de seu agente, na execução de negócio realizado no interesse daquele, não se deve fazer qualquer distinção entre a fraude ou qualquer outro ilícito. A regra geral é a de que o comitente é responsável por qualquer ilícito do preposto ou do agente enquanto efetivado na execução do serviço e **no interesse do comitente**, mesmo que não fique provada qualquer ordem ou solicitação deste (grifos nossos).

No caso *Lloyd*, em que o preposto fraudou o autor da demanda (cliente do banco) em benefício próprio, e não da instituição financeira, a *House of Lords* permitiu abstrair-se a expressão “no interesse do comitente”, constante do caso *Barwick*, uma vez que a considerou mero *obiter dictum* e, portanto, elemento não essencial da *ratio decidendi* de tal precedente.

Sesma (1995, p. 78) preocupada com o emprego de distinções inconsistentes, adverte que os tribunais muitas vezes se utilizam da distinção para não aplicar o precedente cuja solução considera injusta ou incorreta; para tanto, chegam até a distinguir o indistinguível como a única maneira de escapar das garras de um precedente indesejado, que, de outro modo, seria obrigatório.

Por conseguinte, é destacar que o *distinguishing*, embora muito relevante para a flexibilização e evolução do direito num sistema de *stare decisis*, deve encontrar limite no princípio da isonomia, já que o próprio fundamento do precedente vinculante é tratar do mesmo modo os casos similares (*treat like cases alike*).

3.3.1.1 Distinções inconsistentes

Marinoni (2010a, p. 333) informa que no *common law* admite-se a utilização de distinção incompatível com as razões do precedente, para afastar sua aplicação, sem ter que revogá-lo formalmente; isso, quando o Tribunal ainda não está plenamente convencido de que o precedente deve ser revogado. “A distinção inconsistente, assim, constitui espécie de passo provisório para a revogação total do precedente, o que fez surgir, no direito estadunidense, o denominado princípio da provisoriedade” (MARINONI, 2010a, p. 333).

O exemplo citado por Marinoni para demonstrar a utilização de *distinção inconsistente* foi o caso da inexecutabilidade das promessas de doação. Leia-se:

Exemplifica-se com o caso das chamadas promessas de doação, consideradas inexecutáveis por precedente anterior ao final dos anos 30 do século passado. Eisenberg propõe a hipótese em que o tribunal, não seguro da aplicação de tal precedente para firmar o entendimento de que as promessas confiáveis e seguras são executáveis, mas distingue o caso em exame para concluir que a promessa de depósito, quando confiável, é executável, e, assim, prefere dar um passo provisório, firmando distinção inconsistente, rumo a posterior definição, em que poderá elaborar princípio geral de confiança. Note-se que se a promessa, por ser confiável, é executável, pouco importa se ela é de doação ou de depósito. A distinção, relativa à promessa de depósito confiável, não é consistente com as razões do precedente, que define como inexecutáveis as promessas de doação, independentemente de serem ou não confiáveis. (MARINONI, 2010a, p. 333-334).

3.3.2 Da utilização de técnicas situadas entre o *distinguishing* e o *overruling*: *technique of signaling, transformation e overriding*

Nos Estados Unidos, admite-se o emprego de certas técnicas que se situam num espaço entre o *distinguishing* e o *overruling*, quais sejam, a *technique of signaling, transformation e overriding*. “Por meio delas o tribunal não revoga o precedente, mas também não realiza um adequado *distinguishing*, que permita ver que a solução dada ao caso sob julgamento está em consonância com o resultado a que se chegou o precedente” (MARINONI, 2010a, p. 335).

Com a **técnica da sinalização** (*technique of signaling*) o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve ser observado, porém, por razões

de segurança jurídica, ao invés de revogá-lo, prefere apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação (MARINONI, 2010a, p. 335).

Através de tal técnica, visa-se informar à sociedade que o precedente, que até então orientava sua pauta de conduta, está na iminência de ser revogado, de forma que os jurisdicionados não devem mais planejar seu agir com base no mesmo e, os que assim o fizerem, não poderão alegar afronta às justas expectativas normativas.

Na *transformation*, embora o resultado a que se chega no caso em julgamento seja incompatível com a *ratio decidendi* do precedente, tenta-se compatibilizar a solução do caso em julgamento com o precedente transformado ou reconstruído, mediante a atribuição de relevância aos fatos que foram considerados de passagem (MARINONI, 2010a, p. 344, 347).

Na *transformation*, embora se conclua pelo erro da tese (razão determinante) do precedente, admite-se que se chegou a resultado correto, ou melhor, tendo uma ação sido julgada improcedente, admite-se que chegou a resultado correto (improcedência), porém através de fundamento equivocado. A sua diferença para o *overruling* é que, neste, admite-se o erro tanto nas razões quanto no resultado do precedente.

Como afirma Marinoni (2010a, p. 346): “a *transformation* apenas se sustenta enquanto a Corte ainda supõe que é necessária maior discussão a respeito do tema jurídico. Se a questão está madura para ser definida, achando-se a Corte em condições de definir a nova regra e revogar o precedente, impõe-se o *overruling*”.

Através do *overriding* a Corte limita ou restringe a incidência do precedente, como se fosse uma revogação parcial. Porém, o *overriding* aproxima-se mais do *distinguishing* do que de uma revogação parcial, pois apesar de o resultado do caso em julgamento ser incompatível com a totalidade do precedente, a restrição se dá por meio de distinções consistentes, isto é, com fulcro em situação relevante que não estava envolvida no precedente. O *overriding* pode ser visto como um caso especial de desvinculação do precedente, mediante distinções consistentes. “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” (MARINONI, 2010a, p. 347).

No Brasil, pode-se exemplificar o *overriding* com a interpretação que o STF deu ao E. nº 343 de sua Súmula, que estabelece que: “*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais*”. Após a edição de tal Enunciado, o STF interpretou-o, de modo a restringir seu alcance, por entender que não seria aplicável quando a alegada violação fosse a dispositivo da Constituição. É que o Enunciado nº 343 da Súmula do

STF surgiu no mesmo contexto do Enunciado nº 400, que, na época da Constituição de 1967, vedava o recurso extraordinário (hoje recurso especial), quando a decisão recorrida houvesse dado razoável interpretação à lei, ainda, que não fosse a melhor. O art. 114, III, “a”, da CF/1967 apoiava os Enunciados nºs 343 e 400 da Súmula do STF, porque o Recurso Extraordinário, por afronta à lei federal, era cabível, quando a decisão recorrida “*negasse vigência*” à lei, termo esse muito mais forte que a simples *contrariedade* que autorizava recurso extraordinário por afronta a dispositivo da Constituição. Melhor dizendo, a violação à lei federal para ensejar recurso extraordinário tinha que ser qualificada; ao passo que, com relação à matéria constitucional, bastava a simples *contrariedade*. Logo, como o recurso extraordinário, em matéria constitucional, era cabível pela simples *contrariedade*, o Enunciado nº 343 da Súmula do STF foi interpretado restritivamente, não se aplicando às ações rescisórias fundadas em violação de dispositivo da Constituição.

Aqui se defende que essas três técnicas (*technique of signaling, transformation e overriding*) são legitimamente utilizadas no plano horizontal, pois, em regra, não é razoável que uma Corte inferior deixe de aplicar um precedente de Corte superior, ao argumento de equívoco na fundamentação. Na verdade, consoante restará demonstrado no item 3.3.3.1, o que os tribunais ordinários podem fazer, em casos excepcionais, é o *antecipatory overruling*, após as Cortes Superiores terem se utilizado de uma dessas três técnicas.

3.3.3 *Overruling*

Consoante já asseverado, nos países de tradição do *common law* nunca houve dificuldade em admitir o *overruling*, no plano vertical, ou melhor, sempre se aceitou que uma Corte Superior, por exemplo, a *House of Lords* na Inglaterra, revogasse⁵⁰ precedente de Corte inferior, em constatando que o mesmo se formou em equívoco ou que se tornou inadequado em virtude das mudanças sociais etc..

No plano horizontal, não é ocioso destacar que até o ano de 1966 a *House of Lords* encontrava-se vinculada aos seus próprios precedentes; porém, atualmente, em todos os países filiados à tradição do *common law* a vinculação horizontal é apenas relativa.

⁵⁰ Não se deve confundir *overruling* com *reversal*, sendo esta a reforma de uma decisão por Corte superior, mediante apreciação de recurso (SOUZA, 2006, p. 153).

Assim é que uma Corte Superior realiza o *overruling*⁵¹, quando constata que um precedente seu ou das Cortes inferiores se formou erroneamente ou que se tornou inadequado em virtude de mudanças sociais, alteração do quadro fático-normativo etc.. Nesse sentido, leiam-se as palavras do juiz Wheeler, no caso *Dwy vs. Connecticut Co.*:

A Corte que melhor serve ao Direito é aquela que reconhece que as normas jurídicas criadas numa geração distante podem, após longo tempo, mostrarem-se insuficientes a outra geração; é aquela que descarta a antiga decisão ao verificar que outra representa o que estaria de acordo com o juízo estabelecido e assente da sociedade e não concede qualquer privilégio à antiga norma por conta da confiança nela depositada. Foi assim que os grandes autores que escreveram sobre o *common law* descobriram a fonte e o método do seu desenvolvimento e, em seu desenvolvimento, encontraram a saúde e a vitalidade de tal Direito. Ele não é nem deve ser reacionário. A mudança desse atributo não deve ficar a cargo do Legislativo (MARINONI, 2010a, p. 16).

Os requisitos básicos para a revogação de um precedente são a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica. Porém, antes de realizar o *overruling* a Corte deve realizar juízo de ponderação, visando evitar instabilidade e surpresas injustas aos jurisdicionados (MARINONI, 2010a, p. 392); sendo certo, porém, que tais males podem ser sobremaneira mitigados com a correta atribuição de eficácia temporal ao novo precedente (*v.g., prospective application*), consoante restará demonstrado na segunda parte deste estudo.

Os precedentes deixam de ter congruência social e consistência sistêmica quando se tornam controversos, ensejando distinções inconsistentes e críticas doutrinárias. Da mesma forma, tornam-se incongruentes e inconsistentes quando uma nova concepção geral do direito, uma inovação tecnológica, uma mudança nos valores sociais ou uma substancial alteração no mundo dos fatos impõem sua superação.

Marinoni bem demonstra que a revogação de um precedente controverso, que não goza mais de congruência social e consistência sistêmica, ao invés de ameaçar a estabilidade e não surpresa, promove tais valores; na medida em que a manutenção de um precedente desacreditado atentaria contra as justas expectativas daqueles que, após as sinalizações dos Tribunais, passaram a pautar sua conduta de modo socialmente correto. Nesse sentido, leia-se:

⁵¹ Conforme informa Dias de Souza (2006, p. 152), a revogação de um precedente pode se dá de forma expressa (*plied overruling*) ou implícita (*implied overruling*), não tendo esta distinção grande relevância para os fins do presente trabalho. Por outro lado, como informa Cruz e Tucci (2004, p.179) a revogação pode surtir efeitos retroativos (*retrospective overruling*) ou prospectivos (*prospective overruling*), sendo essa matéria de fundamental relevância para o presente trabalho e será tratada amiúde na segunda parte.

A prevenção contra a surpresa injusta, vista como o valor reflexo (*mirror image value*) da proteção da confiança justificada, também não fundamenta a preservação do precedente quando se está diante das circunstâncias antes expostas. Quando o precedente deixa de ter congruência social, daí advindo distinções inconsistentes e críticas doutrinárias, o *overruling* fica muito longe de poder constituir uma surpresa injusta. Nestes casos, a manutenção do precedente incongruente e inconsistente estaria mais perto de uma surpresa injusta do que o seu oposto, já que os que desconheciam a perda de autoridade do precedente, de um lado, estariam apostando contra as proposições com suporte social, e, de outro, teriam negadas as suas expectativas razoáveis, baseadas na percepção do que é socialmente errado ou certo. (MARINONI, 2010a, p. 398).

Ou seja, quando determinado precedente já vinha sendo alvo de distinções inconsistentes ou de *technique of signaling, transformation* ou *overriding*, não há que se falar em afronta à estabilidade e às justas expectativas dos jurisdicionados, pois estes já vinham sendo informados da iminente revogação do precedente.

Assinale-se, por oportuno, que a revogação de um precedente, até mesmo pela Corte que o criou, deve ser justificada por séria argumentação, já que uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes, isso em virtude do grande crédito atribuído à regra de justiça, que ordena o tratamento igual para casos essencialmente semelhantes (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 2002, p. 120; PERELMAN, 2004, p. 219).

3.3.3.1 *Anticipatory overruling*

Já se afirmou aqui que um Tribunal pode realizar o *overruling* de seus precedentes ou os das Cortes que lhe sejam inferiores.

Marinoni (2010a, p. 402) define *anticipatory overruling* como “atuação antecipatória das Cortes de Apelação estadunidenses em relação ao *overruling* dos precedentes da Suprema Corte. Trata-se, em outros termos, de fenômeno identificado como antecipação a provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte”. Ainda segundo o autor, apesar do sentido literal, *anticipatory overruling* significa, em verdade, a não aplicação de precedente em vias de revogação pela Suprema Corte.

A técnica do *anticipatory overruling*, apesar de polêmica na doutrina norte-americana, e de a Suprema Corte, ainda, não ter se pronunciado expressamente aprovando-a

ou reprovado-a, foi introduzida com arrojo pelos Tribunais dos Estados Unidos e vem sendo utilizada pelas cortes inferiores, ao fundamento de que o precedente não mais constitui *good law*, como já teria sido reconhecido, ainda que implicitamente, pelo próprio tribunal que o produziu (TUCCI, 2004, p. 180).

De todo modo, o abandono do precedente vinculante exige do órgão judicial uma carga qualificada de argumentação, que supõe não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão, mas, além disso, uma justificação complementar que convença do acerto na desconsideração do precedente, haja vista que o *princípio da inércia* – segundo o qual a orientação já adotada em várias oportunidades deve ser mantida no futuro, por ser presumivelmente correta, pelo desejo de coerência e pela força do hábito – conduz à observância de um precedente, a menos que se tenha fundada e relevante razão para não segui-lo (TUCCI, 2004, p. 180-181).

Com efeito, nas palavras de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p. 120):

A inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual, e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes.

Ainda de acordo com Perelman (2004, p. 219), o juiz do caso em julgamento, para motivar juridicamente sua decisão, basta citar o precedente que está seguindo. No entanto, para se afastar do precedente deve justificar seriamente sua decisão, isso em virtude do grande crédito atribuído à regra de justiça, que ordena o tratamento igual para casos essencialmente semelhantes. Logo, o que dizer da argumentação necessária para que uma Corte inferior se afaste de precedente de Corte superior?

Torna-se imperioso destacar que os mais relevantes fundamentos a serem utilizados pelas Cortes de Apelação para o *anticipatory overruling* são: i) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte; ii) uma tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado; iii) ter a Suprema Corte demonstrado que está à espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*” (MARINONI, 2010a, p. 403; SESMA, 1995, p.160-161).

O desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte configura-se quando esta nega expressamente seus fundamentos em casos não similares, ou quando passa a

realizar distinções inconsistentes, em casos similares. A tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado pode ser facilmente notada nos casos em que se utilizou da técnica da sinalização (*technique of signaling*). Em outros casos, a própria Suprema Corte demonstra que está esperando um caso apropriado para revogar o precedente; a título de exemplo, Sesma (1995, p. 160) cita o caso *McCray v. Abrams*, em que um tribunal deixou de aplicar a *ratio* do caso *Swain*, porque a Suprema Corte já tinha deixado claro que estaria à espera de um caso apropriado para adequadamente contextualizar as razões do *overruling*.

Como afirma Marinoni (2010a, p. 409), “por paradoxal que possa parecer, a legitimidade do *anticipatory overruling* advém do dever de a Corte de Apelação se comportar de acordo com a Suprema Corte”.

Com efeito, se a Suprema Corte já deu fortes demonstrações de que em breve revogará seu precedente, nada mais coerente que se possibilitar à Corte de Apelação a não aplicação do referido precedente aos casos em julgamento, nesse meio tempo.

Os que se posicionam contrariamente ao *anticipatory overruling* fundamentam sua posição nas razões de uniformidade, previsibilidade e estabilidade. Entretanto, não se pode olvidar que as Cortes de Apelação somente estão autorizadas a não aplicar o precedente da Suprema Corte, quando esta já deu fortes demonstrações de que tal precedente está em vias de revogação. Assim, para fins de ponderação frente aos valores da uniformidade, previsibilidade e estabilidade, o *anticipatory overruling* produz os mesmos efeitos que o *overruling*. Logo, se tais razões constituem-se em óbice ao *anticipatory overruling* também o seriam para o *overruling*, o que não é mais aceito em qualquer parte do mundo.

Defende-se, neste trabalho, a possibilidade de aplicação do *anticipatory overruling* no Direito brasileiro. Presentes aqueles fundamentos que justificam a utilização do instituto nos Estados Unidos, os Tribunais Estaduais ou Regionais Federais estariam autorizados a não aplicar os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores aos casos em julgamento.

Em verdade, tendo o STJ ou STF demonstrado claramente que estão na iminência de revogar determinado precedente vinculante, por que não se permitir que os tribunais locais, ou até mesmo os juízes de primeira instância deixem de aplicar tal precedente ao caso em julgamento? Por que submeter a parte vencida à interposição de inúmeros e sucessivos recursos para, enfim, ver seu direito reconhecido perante o STJ ou STF, quando estes já haviam demonstrado cabalmente o desgaste de seu precedente?

Suponha-se que o E. nº 343 da Súmula do STF – que veda a ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal

de interpretação controvertida nos Tribunais – seja uma súmula vinculante. Tendo o STF demonstrado em várias oportunidades, embora sem realizar o *overruling*, que tal enunciado não deve ser aplicado às ações rescisórias que versem sobre matéria constitucional, qual a razão para que os tribunais ordinários inadmitam ação rescisória ajuizada com fulcro em violação de dispositivo da Constituição Federal? Nesse exemplo fictício, o tribunal que não aplicasse o precedente estaria se comportando em consonância com o STF.

Não se pode olvidar, contudo, que o juiz ou tribunal para se utilizar do *antecipatory overruling* terá que se desincumbir do ônus de argumentar e demonstrar que o STJ ou STF está na iminência de revogar o precedente vinculante.

3.4 CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS QUANTO À AUTORIDADE

Num sistema que reconhece as decisões judiciais como fonte do direito, todo precedente tem autoridade, variando apenas o grau, em decorrência de diversos fatores, consoante será demonstrado a seguir.

De acordo com Sesma (1995, p. 34-36), há autores que classificam os precedentes em obrigatórios e persuasivos e outros que também os classificam em absolutamente obrigatórios e relativamente obrigatórios.

Sesma (1995, p. 37), percebendo que um mesmo precedente pode ser persuasivo, relativamente obrigatório e absolutamente obrigatório, a depender da situação, prefere classificá-lo apenas em persuasivo e obrigatório.

De logo, é de se rejeitar a classificação em precedente absolutamente obrigatório, pois, conforme já demonstrado anteriormente, em lugar nenhum do mundo há mais precedente absolutamente insuperável, já que ao menos as Cortes Supremas encontram-se autorizadas a revogar seus próprios precedentes, quando assim o exigir a evolução social ou a substancial mudança do cenário fático-normativo.

Para os fins do presente trabalho e levando em consideração o sistema jurídico brasileiro, a classificação que se revela mais adequada é a que tipifica os precedentes, quanto à sua autoridade, em: *a)* persuasivos; *b)* relativamente obrigatórios e, *c)* obrigatórios ou vinculantes. Diz-se que tal estratificação é a mais adequada, porque permite demonstrar, claramente, a força de cada um dos precedentes dos Tribunais Superiores.

Contudo, é importante advertir que a classificação de um precedente quanto à sua autoridade é tarefa um tanto quanto complexa, porque pode depender de uma série de peculiaridades e relações dialéticas, tais como: i) relação entre a questão jurídica versada no precedente e no caso em julgamento; ii) a relação hierárquica entre o tribunal que produziu o precedente e o tribunal do caso em julgamento; iii) o fato de o precedente ser citado na própria Corte que o produziu ou em outra; iv) o fato de o precedente apresentar ou não fundamentação suficiente; v) o fato de o precedente encontrar-se em conflito com outro precedente da mesma Corte; vi) o fato de a questão de direito não ter sido decidida pela maioria dos membros do órgão julgador, em virtude de os diversos juízes terem apresentado variadas razões, tendo a questão sido julgada por voto médio.

Com efeito, o precedente de uma Corte Superior, que, em tese, seria vinculante com relação a uma Corte inferior, pode não sê-lo se esta considerar um *obiter dictum* do precedente ou realizar o *distinguishing*.

Por outro lado, um precedente de determinado tribunal, que é obrigatório para uma Corte inferior, não o é para uma Corte superior; por exemplo: em se considerando vinculante um precedente do STJ, ele obriga os tribunais de justiça e os tribunais regionais federais de todo o Brasil, mas não obriga o STF.

Outrossim, o precedente da mais alta Corte que, em tese, é obrigatório para todos os demais tribunais, é apenas relativamente obrigatório com relação à própria Corte.

Além disso, pode ocorrer que o precedente da Corte suprema, que, em tese, seria obrigatório, na prática, não o seja, em virtude de não se encontrar devidamente fundamentado ou existirem decisões conflitantes na própria corte ou, ainda, ter sido decidido com base em voto médio; hipótese em que não há que se falar em vinculação dos juízes e tribunais inferiores.

Pois bem, analisando o sistema jurídico brasileiro, abstraído-se todas essas peculiaridades e, considerando apenas os precedentes do STF e STJ e sempre em relação às instâncias inferiores, é que se passa a identificar os precedentes que se enquadram em cada um dos tipos da classificação que se adotou linhas acima.

3.4.1 Precedentes obrigatórios ou vinculantes

Precedentes obrigatórios são aqueles cuja autoridade vinculante independe da opinião do juiz do caso em julgamento, que deve segui-lo mesmo não estando convencido do seu acerto; nessa hipótese é que tem lugar a máxima *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido) (SESMA, 1995, p. 36-37; SOUZA, 2006, p. 55).

Defende-se, no presente trabalho, conforme restará melhor demonstrado nos itens seguintes, que constituem-se em *precedentes vinculantes* no sistema jurídico brasileiro: i) as decisões definitivas do STF no controle concentrado de constitucionalidade⁵²; ii) as decisões que deferem liminar em ADIN, ADC e ADPF⁵³; iii) as decisões definitivas do Pleno do STF sobre (in) constitucionalidade de lei em sede de Recurso Extraordinário⁵⁴; iv) as decisões do STF acerca da *repercussão geral*⁵⁵; v) as decisões do STF em Recurso Extraordinário, versando sobre causas repetitivas⁵⁶; vi) as Súmulas Vinculantes⁵⁷; vii) os precedentes do STJ que representem sua jurisprudência uníssona, com relação às turmas recursais estaduais⁵⁸ e, viii) as decisões dos Tribunais de Justiça em sede de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestados, única e exclusivamente, em face da Constituição Estadual⁵⁹.

Ressalte-se que brevemente serão acrescidas mais duas hipóteses de precedentes ao rol dos *precedentes obrigatórios* ou *vinculantes*. É que o Anteprojeto do Novo Código Civil prevê (a) o *incidente de resolução das demandas repetitivas*, cuja decisão tem efeito vinculante (arts. 898⁶⁰, 903⁶¹ e 906⁶²) e, (b) estabelece que as decisões do STJ em Recurso Especial repetitivo, gozarão de eficácia vinculante, nos termos dos arts. 956⁶³, 957⁶⁴ e 958⁶⁵.

⁵² Art. 102, § 2º, da CF; art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868 e art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99.

⁵³ Arts. 11, § 1º e 21, da Lei nº 9.868/99 e art. 5º, da Lei nº 9.882/99.

⁵⁴ Por exemplo: Voto condutor do Min. Gilmar Mendes na Medida Cautelar no RE 376.852/SC; votos dos Min. Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação nº 4.335 e o voto do Min. Gilmar Mendes no RE 197.917.

⁵⁵ Arts. 543-A, § 2º e 543-B, § 2º, do CPC.

⁵⁶ Art. 543-B, §§ 3º e 4º, CPC.

⁵⁷ Art. 103-A, CF e art. 2º, Lei nº 11.417/2006.

⁵⁸ Resolução nº 12/2009 do STJ e EDcl no RE nº 571.572.

⁵⁹ O art. 125, § 2º, da CF faculta aos Estados a criação em suas Constituições do controle de constitucionalidade concentrado de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual. Vários Estados instituíram em suas Constituições o controle concentrado de constitucionalidade; de forma que, em consonância com o princípio da simetria, suas decisões nessas ações abstratas gozam de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1328-1331).

⁶⁰ “Art. 898. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

§ 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 895 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.

§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, **cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.** (grifos nossos).

3.4.2 Precedentes relativamente obrigatórios

Precedentes relativamente obrigatórios são aqueles cuja autoridade afirma-se por si e impõem a solução do caso em julgamento, exceto se o tribunal do caso em julgamento tiver uma boa e fundada razão em contrário, hipótese em que pode se afastar dele, desde que se desincumba do qualificado ônus argumentativo (SESMA, 1995, p. 36-37; SOUZA, 2006, p. 54-55).

No Brasil, atualmente, só há uma espécie de *precedente relativamente obrigatório*, que é a decisão do STJ em Recurso Especial nas causas repetitivas (543-C, §§ 7º e 8º). É que apreciada a questão pelo STJ, os tribunais ordinários devem seguir tal decisão, para negar seguimento aos recursos especiais ou para reexaminá-los. Observe-se que inobstante o tribunal possa manter-se divergente da orientação firmada pelo STJ (art. 543-C, § 8º, CPC), deve apresentar fundadas razões para tanto.

Note-se que é clarividente a diferença do grau de autoridade entre as decisões do STF e do STJ nas causas repetitivas, pois enquanto as decisões do primeiro têm que ser rigorosamente observadas, sob pena de *cassação*⁶¹ ou reforma liminar do acórdão contrário à orientação firmada (art. 543-B, § 4º), as decisões do segundo não dispõem de tão forte poder, já que na hipótese de serem desconsideradas, ensejam apenas o exame de admissibilidade do recurso especial e sua remessa ao STJ (art. 543-C, § 8º).

⁶¹ “Art. 903. Julgado o incidente, **a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.**” (grifos nossos)

⁶² “Art. 906. **Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação** para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação serão regulados pelo regimento interno do respectivo tribunal. (grifos nossos)

⁶³ Art. 956. Sendo decidido o recurso representativo da controvérsia, **os demais órgãos fracionários ou declararão prejudicados os recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese.** (grifos nossos)

⁶⁴ Art. 957. Publicado o acórdão, os recursos sobrestados na origem:

I – não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou

II – **serão novamente julgados pelo tribunal de origem, observando-se a tese firmada**, independentemente de juízo de admissibilidade, **na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior.** (grifos nossos)

⁶⁵ Art. 958. Sobrevindo, durante a suspensão dos processos, decisão da instância superior a respeito do mérito da controvérsia, **o juiz proferirá sentença e aplicará a tese firmada.** (grifos nossos)

⁶⁶ O que logo relaciona à reclamação

3.4.3 Precedentes persuasivos

A definição de *precedente persuasivo* pode ser alcançada por exclusão, ou melhor, são *precedentes persuasivos* todos aqueles que não forem *obrigatórios* ou *relativamente obrigatórios*. Tal tipo de precedente é a regra no Direito brasileiro, eis que deles só se excetuam os supracitados precedentes obrigatórios e relativamente obrigatórios.

A autoridade do *precedente persuasivo* depende da correção intrínseca da decisão, posto que não estando o juiz do caso em julgamento obrigado a levá-lo em consideração, somente o segue quando está convencido da bondade da posição assumida. Ou seja, um precedente é persuasivo para determinado caso, se o juiz deste caso não está obrigado a segui-lo e, mesmo assim, segue-o por estar convencido de sua correção (SESMA, 1995, p. 34-35).

O grau de convencimento de um precedente persuasivo depende de vários fatores, como: o local ocupado pela Corte que o produziu na hierarquia do judiciário; o prestígio do Juiz condutor da decisão; a forma como se encontra fundamentado; se a decisão foi proferida à unanimidade etc..

O caso *Anderson (W.B.) & Sons Ltd v. Rhodes*, citado por Dias de Souza (2006, p. 141), que não se constituía em precedente obrigatório para o caso em julgamento, pois a questão citada era mero *obiter dictum*, apresenta-se como importante exemplo de força persuasiva dos precedentes não obrigatórios da *House of Lords*. Leia-se:

Quando cinco membros da *House of Lords* tenham todos dito, depois de um exame cuidadoso do Direito, que um certo tipo de delito existe, eu penso que um juiz de primeira instância deve prosseguir no fundamento de que ele realmente existe, sem parar para embarcar numa investigação se o que foi dito era necessário para a decisão final.

4 JUSTIFICATIVAS AO PRECEDENTE VINCULANTE NO SISTEMA BRASILEIRO

4.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Se o constitucionalismo proporcionou uma aproximação entre as tradições de *civil law* e *common law*, essa assertiva é ainda mais fortalecida quando se trata do Brasil, que adota um sistema misto de controle de constitucionalidade.

É que, em países que adotam apenas o sistema de controle concentrado de constitucionalidade das leis, a exemplo da Itália e Alemanha, a ausência do *stare decisis* não acarreta grandes inconvenientes, proporcionando a existência de decisões conflitantes entre os diversos órgãos e instâncias do Judiciário.

Nesses países, a divergência jurisprudencial em matéria constitucional é prevenida através da competência única e exclusiva da Corte Constitucional para apreciar a constitucionalidade de lei. As decisões da Corte Constitucional têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, não podendo delas divergir qualquer juiz.

Na verdade, em decorrência da competência exclusiva da Corte Constitucional, os juízes não podem apreciar a constitucionalidade de lei, nos casos em julgamento, nem mesmo de forma incidental; já que surgindo controvérsia dessa natureza, nos autos de uma demanda individual, o juiz deve suspender o feito e encaminhar a discussão à Corte Constitucional (CAPPELLETTI, 1992, p. 84-85).

No entanto, no Brasil, onde se adota o sistema misto de controle de constitucionalidade, qualquer juiz ordinário tem o poder-dever de, nos autos de uma de uma demanda individual, deixar de aplicar uma lei por reputá-la inconstitucional ou, aplicá-la, através das técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade (ou de inconstitucionalidade) sem redução de texto, alterando-lhe o original sentido atribuído pelo legislador.

Em sistema dessa natureza não se pode admitir que o juiz fique livre para decidir como quiser, quando o STF já tenha apreciado a questão, quer em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

É que se o STF afigura-se o intérprete máximo da Constituição, órgão encarregado de dar a última palavra em matéria constitucional, seria completamente incompreensível e

irracional permitir que um juiz decidisse pela constitucionalidade de lei, quando tal Corte já a tivesse declarado inconstitucional, ou vice-versa.

Afigura-se absurda a hipótese de um juiz de 1ª instância desrespeitar decisão do órgão máximo da hierarquia judicial, apenas porque tal decisão fora prolatada em sede de controle difuso, e não concentrado. Qual a grande diferença entre decisões plenárias do STF que declaram (in)constitucionalidade de lei em controle concentrado e difuso a justificar a eficácia vinculante da primeira e meramente persuasiva da segunda⁶⁷?

Não se pode olvidar, ainda, que a questão da (in)constitucionalidade de lei é matéria que tem de ser decidida, imprescindivelmente, de modo uniforme para todos os jurisdicionados, não se concebendo que determinado dispositivo legal seja constitucional para uns e inconstitucional para outros.

Consoante já demonstrado no item 2.7.1, nos países que adotam o sistema de controle difuso de constitucionalidade, só há uma forma de evitar o inconveniente de decisões conflitantes entre os diversos órgãos e instâncias do Judiciário, que é atribuindo eficácia vinculante às decisões da Corte encarregada de dar a última palavra em matéria constitucional.

Entretanto, no Brasil, tentou-se evitar o referido inconveniente através do original instituto da Resolução Suspensiva do Senado, introduzido com a Constituição de 1934. Com efeito, através de tal resolução, o Senado suspendia a execução do ato declarado inconstitucional pelo Supremo, como forma de conferir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1080).

Porém, tal instituto, que se inspirava numa estrita e superada concepção de separação de Poderes, além de nunca ter cumprido bem seu papel, atualmente, encontra-se flagrantemente insuficiente para assegurar coerência e previsibilidade à ordem jurídica brasileira.

Com efeito, a Resolução Suspensiva do Senado, na medida em que se aplica apenas à hipótese de *declaração de inconstitucionalidade* de lei pelo STF em Recurso Extraordinário, afigura-se inadequada para assegurar a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade, já que não se aplica (a) às decisões do STF que declaram a constitucionalidade de lei, (b) bem como às decisões que

⁶⁷ Isso enquanto não editada a Resolução Suspensiva do Senado (art. 52, X, CF).

fixam a interpretação conforme a Constituição ou (c) declaram a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (MENDES, COELHO; BRANCO, 2008, p. 1084-1085).

Por conseguinte, especialmente no Brasil, só há uma forma de se evitar o inconveniente de decisões conflitantes na jurisdição constitucional, que é, justamente, a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões definitivas do STF em recurso extraordinário.

E, conforme restará demonstrado no item 4.3, o sistema brasileiro vem caminhando nessa trilha de aproximação à tradição de *common law*; seja através de alterações legislativas, como a que criou o instituto da *repercussão geral*, do *recurso extraordinário repetitivo* e da *súmula vinculante*; seja através da evolução jurisprudencial do STF, que vem conferindo eficácia vinculante às suas decisões paradigmáticas, como restou evidenciado na Medida Cautelar no RE nº 376.852/SC, na Reclamação nº 4.335⁶⁸ e no RE 197.917.

De acordo com o que será melhor analisado no item 4.3, nos últimos anos, vem ocorrendo uma crescente tendência doutrinária, jurisprudencial e legislativa, denominada de objetivação do Recurso Extraordinário (RE), cuja consequência lógica é a concessão de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões no controle difuso de constitucionalidade.

Essa gradativa objetivação do Recurso Extraordinário (RE), que vem ocorrendo nos últimos anos, significa uma aproximação entre ações concretas e abstratas de controle de constitucionalidade, pois, a cada dia que passa, a função *paradigmática* do STF vem ganhando mais relevo; tanto isso é verdade que, desde o advento do instituto da *repercussão geral* (art. 102, § 5º, CF), ao STF não é mais dado conhecer de recurso extraordinário em que a relevância da questão não ultrapasse os interesses subjetivos da causa.

A consequência lógica dessa objetivação do Recurso Extraordinário é que, às decisões proferidas pelo Pleno⁶⁹ do STF em controle concreto (difuso) de constitucionalidade, deve-se atribuir os mesmos efeitos das decisões proferidas em controle abstrato (concentrado) de constitucionalidade, quais sejam, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante.

Com efeito, se cabe ao STF uniformizar a interpretação da Constituição, é óbvio que suas decisões plenárias, em sede de recurso extraordinário, devem gozar de eficácia vinculante, pois como diz Mancuso (2009, p. 170) “Uniformização sem efeito vinculante é o mesmo que uniformização sem efeito uniformizante”.

⁶⁸ Informativo do STF nº 463, 04 de março de 2011.

⁶⁹ Apenas as decisões do Pleno do STF devem gozar de efeito vinculante, porque as decisões das Turmas, em tese, não são definitivas, eis que podem ser impugnadas por Embargos de Divergência.

Com o fenômeno da objetivação do Recurso Extraordinário tem-se evidenciado que a eficácia vinculante derivada das decisões do STF em controle difuso, funda-se na força peculiar dessas decisões, oriunda do local privilegiado em que o Supremo está localizado no sistema brasileiro de distribuição de justiça.

Consoante será melhor analisado no item 4.3, o escopo do efeito vinculante é assegurar a coerência e previsibilidade da ordem jurídica, de forma que, apesar de o juiz ordinário ter o poder-dever de controlar a constitucionalidade de lei, não significa que possa desrespeitar as decisões do Supremo⁷⁰, pois seria um enorme contrassenso permitir que um juiz ordinário inobservasse a decisão assentada pelo órgão encarregado de dar a última e definitiva palavra acerca da constitucionalidade de lei (MARINONI, 2009, p. 223-224).

Por conseguinte, dúvida inexistente de que a doutrina do *stare decisis* é essencial a um sistema como o brasileiro, que adota o controle difuso de constitucionalidade das leis.

4.2 OS CONSTITUCIONAIS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA ISONOMIA, DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

A *segurança* é contemplada na Constituição Federal, em três faces: como princípio, como valor e como direito fundamental.

⁷⁰ As palavras de Marinoni (2009, p. 206-207) são esclarecedoras quanto ao real sentido do livre convencimento, não se confundido este com a irracionalidade, a insubordinação diante dos precedentes dos Tribunais Superiores. Leia-se: “Supôs-se que os juízes não devem qualquer respeito às decisões passadas, chegando-se a alegar que qualquer tentativa de vincular o juiz ao passado interferiria sobre o seu livre convencimento e sobre a sua liberdade de julgar.

Como é óbvio, o juiz ou tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Por isto, pouco deve importar, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal, acerca de questão de direito, que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O que realmente deve ter significado é a contradição de o juiz decidir questões iguais de forma diferente ou decidir de forma distinta da do tribunal que lhe é superior. O juiz que contraria a sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isto, o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional.

Trata-se de grosseiro mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer sua vontade sobre todos que o rodeiam, e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isto, que este sistema não serve a ele, porém ao povo.

Como princípio implícito a segurança aparece no *caput* do art. 1º; no inc. I, do art. 3º e, no inc. XXXVI, do art. 5º da CF. Com efeito, a segurança se constitui em requisito essencial à própria existência do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), é meio necessário à realização de objetivos fundamentais da República, como: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF) e, por último, é garantia de estabilidade nas relações jurídicas (art. 5º, XXXVI, CF).

Como valor a segurança é indicada desde o preâmbulo da Constituição: “*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 na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias*”. Note-se que, por esse prisma, a segurança é, a um só tempo, um valor supremo de nossa sociedade (ao lado da liberdade, igualdade e justiça) e, um valor transcendente, através do qual se assegura a consecução dos demais (assegurar o exercício dos direitos ...).

Com o sentido de direito fundamental a segurança é prestigiada no *caput*, do art. 5º, da CF, onde aparece ao lado do direito à igualdade perante a lei, do direito à vida, à liberdade, e à propriedade (“*art. 5º. Todos são iguais perante a lei ... garantindo-se direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes*”).

Não se pode olvidar que uma das principais facetas da *segurança jurídica* constitui-se na *previsibilidade* das decisões judiciais, na *certeza jurisprudencial*. Carlos Aurélio Mota de Souza (1996, p. 33), quase uma década antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a súmula vinculante no direito pátrio, defendia que a “segurança jurídica” advém do legislador, mas a “certeza” decorre da atividade do Judiciário de aplicar o direito, indicando, em última instância, quais as ações que podem ser reputadas justas diante da ordem vigente em determinada sociedade.

O sistemático desrespeito aos precedentes, compromete o próprio Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias leis regendo a mesma conduta, o que indubitavelmente gera um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade (WAMBIER, 2009, p. 144).

Como assevera Teresa Wambier (2009, p. 146): “de que adianta ter uma só lei com diversas interpretações possíveis? Tantas pautas de conduta haverá, quantas forem estas interpretações. É como, repetimos, se houvesse *várias leis* disciplinando a mesma situação.”

A essa mesma conclusão chegou Eduardo Cambi (2001, p. 111), no clássico artigo intitulado *Jurisprudência Lotérica*: “Ora, quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera *insegurança jurídica*, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional”.

Ainda de acordo com Eduardo Cambi, o patológico fenômeno que o mesmo chamou de *jurisprudência lotérica*, elimina a certeza do direito, sendo causa de crise, na medida em que é a certeza e a previsibilidade quanto à aplicação do direito que dão segurança à sociedade; já que, sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou da vida.

Ora, é inegável que a adoção da doutrina do *stare decisis* em país do *civil law*, na medida em que proporciona a uniformização da jurisprudência, aumenta em muito a previsibilidade das decisões e, portanto, a segurança jurídica.

Por conseguinte, dúvida inexistente de que o precedente vinculante só tem a contribuir para a consecução da segurança jurídica, ao conferir maior previsibilidade e estabilidade às decisões judiciais.

Assinale-se, por oportuno, que a Comissão responsável pelo Projeto do novo CPC demonstrou toda sua preocupação com a busca de maior certeza e previsibilidade nas decisões judiciais, ao mesmo tempo que expressou seu repúdio ao individualismo exacerbado do juiz, que confunde *livre convencimento* com insubordinação aos precedentes dos tribunais superiores, senão confira:

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.

Noutro aspecto, não se pode olvidar que atenta contra o *princípio da isonomia* admitir-se decisões diferentes para casos semelhantes, principalmente, no cenário atual, onde

tem ganho relevo as demandas de massa, as causas repetitivas, em que a divergência jurisprudencial torna ainda mais evidente a desigualdade perante a lei⁷¹.

Como bem defendido pelo Professor Leonardo Carneiro da Cunha (2010, p. 149), as demandas de massa exigem um tratamento diferenciado, que proporcione uma célere e adequada uniformização da jurisprudência, a fim de que as questões jurídicas idênticas contidas nas causas repetitivas não venham a ser decididas de modo diverso, em flagrante violação ao princípio da isonomia.

Não se pode olvidar que diante das causas repetitivas o fenômeno da jurisprudência lotérica – onde o resultado da causa é ditado pela sorte na distribuição do feito – é ainda mais perverso, pois enseja, sem qualquer justificativa plausível, que causas idênticas tenham soluções diversas.

Há que se destacar que para se preservar o princípio da igualdade, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados, sendo inadmissível que haja diferentes e incompatíveis pautas de conduta, em decorrência da divergência jurisprudencial (WAMBIER, 2009, p. 144).

Ora, se a principal razão do precedente vinculante consiste em “tratar da mesma forma casos similares” (*Treat like cases alike*), resta patente que a adoção do *stare decisis* só tem a contribuir para a preservação e observância do elevado princípio da isonomia, que é uma das principais manifestações da justiça como valor⁷².

Nesse sentido Dworkin (2010, p. 176) afirmou com propriedade que “A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo”.

Outrossim, cumpre ressaltar que a divergência jurisprudencial, mormente, nas causas repetitivas viola os ***princípios da razoável duração do processo*** e da ***efetividade da tutela jurisdicional***, pois, havendo entendimento favorável nas Cortes Superiores, não é razoável submeter a parte a toda uma *via crucis* para tutelar seu direito, simplesmente, porque os juízes

⁷¹ De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 22-23), “se a Constituição assegura que ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5º, *caput*), entendida a *lei* no sentido de norma obrigatória imposta pelo Estado, é logicamente imperioso que essa isonomia seja válida tanto em face da *norma legislada* (= produto final da atividade parlamentar), como perante a *norma julgada*, ou seja, quando o texto de regência vem subsumido aos fatos, no bojo de uma ação judicial.”

⁷² De acordo com Nelson Saldanha (1977, p. 306), o valor justiça tem sido associado às noções de *igualdade* – A justiça seria na sociedade a redistribuição das igualdades possíveis.

de primeira instância e/ou os tribunais locais teimam em se rebelar contra as Cortes a quem cabe dar a última palavra em matéria constitucional e infraconstitucional.

Com efeito, o precedente vinculante contribui para evitar a eternização das demandas, além do que traz economia aos cofres públicos, eis que eliminadas as causas iguais, os juízes poderão dedicar-se às questões novas. “O efeito vinculante é o primeiro passo para tornar a justiça mais rápida e mais ágil. E é isso aí que a sociedade deseja” (CAMBI; BRITO, 2009, p. 154).

4.3 O PAPEL DO STF E A FUNÇÃO PARADIGMÁTICA DE SUAS DECISÕES

O Supremo Tribunal Federal tem como função precípua a guarda da Constituição Federal (art. 102, *caput*, CF), cabendo ao mesmo dar a última palavra, a *ultima ratio*, em matéria constitucional, o que realiza através do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade e do controle difuso-concreto.

Com efeito, o STF é o intérprete máximo e definitivo da Constituição Federal, tendo o mesmo a função de fixar a *única* interpretação cabível, ficando excluídas as demais, por imposição lógica de coesão interna do sistema (MANCUSO, 2009, p. 590).

Por isso é que as decisões definitivas do STF em controle concentrado de constitucionalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, CF).

O que se pretende alcançar com a eficácia *erga omnes* é que ninguém possa se opor à declaração de (in)constitucionalidade, já que tal questão há que ser decidida, imprescindivelmente, de modo uniforme para todos os jurisdicionados, não se concebendo que determinado dispositivo legal seja constitucional para uns e inconstitucional para outros.

A eficácia vinculante tem como escopo conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, ou melhor, coerência da ordem jurídica, previsibilidade e igualdade. Por tal motivo é que se deve isolar os fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*), impedindo que demais órgãos do Poder Judiciário e da administração possam negá-los.

Diz-se que o controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF se dá em ações abstratas ou objetivas, porque a constitucionalidade da norma é analisada em abstrato (em tese), ou melhor, sem que a dúvida acerca da constitucionalidade da norma tenha

surgido quando de sua aplicação em um caso concreto (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1067-1068). Nessas ações abstratas de controle de constitucionalidade não se visa conferir diretamente nenhum direito ou vantagem a parte alguma; nessas ações não há partes em sentido material, nem terceiros juridicamente interessados; por isso é que são ações objetivas, em contraposição às ações subjetivas, onde há partes em sentido material (MARINONI, 2010c, p. 16-17).

As decisões definitivas de inconstitucionalidade do STF em controle difuso (Recurso Extraordinário), tradicionalmente, só gozavam de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, se e após a expedição de Resolução Suspensiva do Senado Federal (art. 52, X, CF). Porém, há uma crescente tendência doutrinária, jurisprudencial e legislativa, denominada de objetivação do Recurso Extraordinário (RE), cuja consequência lógica é a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a tais decisões mesmo na ausência da citada Resolução.

O que se pretende demonstrar é que, nos últimos anos, vem ocorrendo uma gradativa objetivação do Recurso Extraordinário (RE), ou melhor, uma aproximação entre ações concretas e abstratas de controle de constitucionalidade, pois, a cada dia que passa, a função *paradigmática* do STF vem ganhando mais relevo; tanto isso é verdade que, desde o advento do instituto da *repercussão geral* (art. 102, § 5º, CF), ao STF não é mais dado conhecer de recurso extraordinário em que a relevância da questão não ultrapasse os interesses subjetivos da causa.

A consequência lógica dessa objetivação do Recurso Extraordinário é que, às decisões proferidas pelo Pleno⁷³ do STF em controle concreto (difuso) de constitucionalidade, deve-se atribuir os mesmos efeitos das decisões proferidas em controle abstrato (concentrado) de constitucionalidade, quais sejam, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante.

Com efeito, se cabe ao STF uniformizar a interpretação da Constituição, é óbvio que suas decisões plenárias, em sede de recurso extraordinário, devem gozar de eficácia vinculante, pois como diz Mancuso (2009, p. 170) “Uniformização sem efeito vinculante é o mesmo que uniformização sem efeito uniformizante”.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2009, p. 162) afirma que os Tribunais, ao decidirem os casos concretos mediante suas competências originária e recursal, realizam uma *tripla missão*: a primeira, imediata, de resolução do caso concreto, dita função *dikelógica*; a segunda, mediata, dita função *nomofilática*, viabilizada pela aplicação da norma de regência; a terceira, dita *paradigmática*, que se realiza quando vem a ser emitida uma decisão *quadro*,

⁷³ Apenas as decisões do Pleno do STF devem gozar de efeito vinculante, porque as decisões das Turmas, em tese, não são definitivas, eis que podem ser impugnadas por Embargos de Divergência.

permitindo a extração de um entendimento assentado, que servirá de guia para decisão de outros casos análogos.

Porém, quando o STF realiza o controle de constitucionalidade difuso, através do Recurso Extraordinário, sobrelevam-se as funções *nomofilática* – voltada à preservação da inteireza positiva, validade, autoridade e uniformidade interpretativa do texto constitucional – e *paradigmática* – voltada à emissão *decisões-quadro*, capazes de parametrizar o desfecho de muitos recursos que versam sobre a mesma matéria de direito (MANCUSO, 2009, p. 440).

É que o Recurso Extraordinário, sendo de estrito direito, não é vocacionado a corrigir afirmadas injustiças ou má apreciação de provas e, por isso, a decisão nele proferida deve expandir-se *ultra partes*, permitindo a extensão da tese firmada (*ratio decidendi*) aos demais casos análogos, assim atingindo um objetivo de interesse geral (MANCUSO, 2009, p. 386).

Com efeito, no julgamento de um Recurso Extraordinário, ao STF interessa *imediatamente* fixar a correta interpretação da questão constitucional e só, *mediatamente*, resolver o caso concreto.

O STF não pode operar como *terceira ou quarta instância*, ou como mero produtor de mais uma prestação jurisdicional, devendo sim concentrar-se no deslinde de casos *singulares e complexos*, que tenham potencial de repercutir em muitas outras controvérsias análogas ao largo e ao longo do país (MANCUSO, 2009, p. 414).

A tendência de objetivação do recurso extraordinário (aproximação entre ações concretas e abstratas de controle de constitucionalidade) pode ser sentida e demonstrada através de várias mudanças que vêm ocorrendo no Direito brasileiro, tais como:

a) a partir da Emenda nº 12⁷⁴ (publicada em 17.12.2003) ao Regimento Interno do STF (RISTF), que alterou seu art. 321, acrescentando-lhe o § 5º, I a VIII, possibilitou-se a aplicação ao recurso extraordinário, interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, de uma série de regras próprias das ações de controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo: *i*) o inciso VII do referido dispositivo confere eficácia vinculante às decisões proferidas em tais recursos, eis que as Turmas Recursais ou de Uniformização deverão exercer o juízo de retratação ou declarar prejudicados os recursos sobrestados (note-se que tal regra é análoga à relativa às ações de controle concentrado de constitucionalidade, art. 102, § 2º, CF e art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99); *ii*) os incisos I e VI do mencionado dispositivo possibilitam a concessão de medida liminar, para sobrestar na origem, até o

⁷⁴ Destaque-se que todo o supracitado § 5º acrescentado ao art. 321 do RISTF pela Emenda nº 12 foi revogado pela Emenda Regimental nº 19, de 16 de agosto de 2006; mesmo assim prefere-se manter a referência ao mesmo, para fins de demonstrar o caminho percorrido na objetivação do Recurso extraordinário.

pronunciamento do STF, os processos que versem sobre a mesma controvérsia constitucional (note-se que tal regra é idêntica à constante do art. 21, da Lei nº 9.868/99) e, *iii*) o inciso III do aludido dispositivo permite a intervenção de eventuais interessados (*amicus curiae*), no Recurso Extraordinário (note-se que tal regra é semelhante à constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99);

b) no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 375.011 (05.10.2004), relatado pela Min.^a Ellen Gracie, o STF decidiu por dispensar o prequestionamento como condição de admissibilidade do Recurso Extraordinário, numa nítida demonstração de que ao STF interessa fixar o entendimento sobre determinada questão constitucional que considere relevante (DIDIER JR.; CUNHA, 2010, p. 344);

c) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 298.694 (06.08.2003), relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, o STF decidiu por alterar sua tradicional orientação jurisprudencial, para admitir a possibilidade de julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido, aplicando ao mesmo a *causa de pedir aberta*⁷⁵, própria das ações de controle concentrado de constitucionalidade (DIDIER JR.; CUNHA, 2010, p. 344);

d) o STF vem aplicando efeito *ex nunc* (prospectivo) às declarações de (in)constitucionalidade em sede de Recurso Extraordinário, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/99, que é próprio das ações de controle concentrado de constitucionalidade⁷⁶;

f) o STF, considerando a relevância da matéria e apontando a objetivação do recurso extraordinário admitiu, a sustentação oral do *amicus curiae* no Recurso Extraordinário nº 416.827/SC, relatado pelo Min. Gilmar Mendes;

g) na Medida Cautelar no RE nº 376.852/SC, relatada pelo Min. Gilmar Mendes, antes mesmo da supracitada Emenda regimental nº 12, ressaltou-se o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário – que “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva” – e, levando em consideração a plausibilidade dos argumentos em favor da constitucionalidade das normas questionadas, concedeu-se liminar, de forma semelhante ao que ocorre nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, por força do art. 21, da Lei nº 9.868/99;

⁷⁵ A *causa de pedir aberta* nas ações de controle concentrado de constitucionalidade significa que o STF, no julgamento da declaração de (in)constitucionalidade pode levar em consideração todos os aspectos em face da Constituição, e não apenas aqueles suscitados pelo autor. Nesse sentido a Medida Cautelar na ADIN nº 1896-8 e RE nº 357.576-1.

⁷⁶ Nesse sentido decidiu o STF, em 07.05.2004, no RE nº 197.917, relatado pelo Min. Maurício Corrêa.

h) na Reclamação nº 4.335⁷⁷, que se encontra pendente de julgamento e com votação empatada, o Relator, Min. Gilmar Mendes, votou no sentido de que a decisão proferida pelo STF no HC nº 82.959 – declarando a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos – tinha eficácia *erga omnes* e efeito vinculante mesmo na ausência da Resolução Suspensiva do Senado (art. 52, X, CF), pois esta, em virtude do verdadeiro quadro de mutação constitucional, atualmente, deve ter simples efeito de publicidade. No mesmo sentido foi o voto do Min. Gilmar no RE 197.917;

i) o advento de institutos como a súmula vinculante (art. 103-A, CF e Lei nº 11.417 de 16.12.2006), a repercussão geral (art. 102, § 3º, CF e art. 543-A, § 5º, CPC) e o julgamento por amostragem do recurso extraordinário nas causas repetitivas (543-C, CPC), vem conferindo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade; o que antes era possível apenas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Com o fenômeno da objetivação do Recurso Extraordinário tem-se evidenciado que a eficácia vinculante derivada das decisões do STF em controle difuso, funda-se na força peculiar dessas decisões, oriunda do local privilegiado em que o Supremo está localizado no sistema brasileiro de distribuição de justiça. Consoante já afirmado, o escopo do efeito vinculante é assegurar a coerência e previsibilidade da ordem jurídica; de forma que, apesar de o juiz ordinário ter o poder-dever de controlar a constitucionalidade de lei, não significa que possa desrespeitar as decisões do Supremo, pois seria um enorme contrassenso permitir que um juiz ordinário inobservasse a decisão assentada pelo órgão encarregado de dar a última e definitiva palavra acerca da constitucionalidade de lei (MARINONI, 2009, p. 223-224).

Conforme já adiantado no item “h”, acima, questão muito interessante é saber hoje qual o significado da Resolução Suspensiva do Senado, prevista no art. 52, X, da CF, com relação às declarações de (in)constitucionalidade tomadas pelo Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade.

É de se concordar com a posição de Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2008, p. 1080-1085) no sentido de que ocorreu uma verdadeira mutação no significado do art. 52, X, da CF, de forma que atualmente o mesmo tem como função apenas

⁷⁷ Informativo do STF nº 463, 04 de março de 2011.

conferir publicidade às decisões do Supremo de (in)constitucionalidade em controle difuso de constitucionalidade.

A suspensão da execução, pelo Senado, do ato declarado inconstitucional pelo Supremo surgiu na Constituição de 1934, como forma de conferir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1080).

Tal instituto inspirava-se numa concepção de separação de Poderes, que atualmente se encontra completamente ultrapassada.

Com efeito, a Resolução Suspensiva do Senado, na medida em que se aplica apenas à hipótese de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF em Recurso Extraordinário, afigura-se inadequada para assegurar a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade, já que não se aplica (a) às decisões do STF que declaram a constitucionalidade de lei, (b) bem como às decisões que fixam a interpretação conforme a Constituição ou (c) declaram a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1084-1085).

Ora, se nessas três hipóteses de decisão sobre (in)constitucionalidade de lei, em controle difuso, a Resolução Suspensiva do Senado afigura-se inadequada para conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF, é porque ou tais decisões não gozam desses efeitos, ou a Resolução afigura-se prescindível para a configuração desses efeitos; sendo bem mais lógica a opção pela segunda resposta.

É de causar espécie o fato de ter-se entendido por tanto tempo como imprescindível a Resolução Suspensiva do Senado (art. 52, X, CF), quando a doutrina e jurisprudência pátrias sempre defenderam o princípio da nulidade da lei inconstitucional. Se a lei declarada inconstitucional é nula desde sua edição, como conceber que a lei declarada inconstitucional em recurso extraordinário seja inválida para uns (partes do processo) e válida para outros (aqueles que não são partes)?

Ademais institutos como súmula vinculante (art. 103-A, CF e Lei nº 11.417 de 16.12.2006), a repercussão geral (art. 543-A, § 5º, CPC) e o julgamento por amostragem do recurso extraordinário nas causas repetitivas (543-C, CPC), na medida em que permitem a atribuição efeito vinculante às decisões do STF, sem qualquer interferência do Senado Federal, reforçam ainda mais a ideia de superação do art. 52, X, da CF (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1092).

O mesmo se diga das medidas cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e nas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC), pois se o Pleno do STF pode

deferir liminar com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante nesses juízos de cognição sumária, qual o motivo de as decisões definitivas de mérito sobre a (in)constitucionalidade de lei proferidas pelo Pleno do STF, em Recurso Extraordinário, não gozarem de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante?

Todas essas razões demonstram que, no atual contexto constitucional, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, pois a eficácia vinculante das decisões do Supremo nada tem a ver com comunicação ao Senado, sendo a Resolução ilógica e desnecessária para tal fim (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1092-1093; MARINONI, 2009, p. 224).

4.4 O PAPEL DO STJ E A FUNÇÃO PARADIGMÁTICA DE SUAS DECISÕES

Muito do que se disse com relação ao STF, no item anterior, vale para o STJ.

É que, se o STF é o guardião da Constituição, o STJ é o guardião da legislação infraconstitucional federal; é o intérprete máximo e definitivo da legislação infraconstitucional, tendo como função fixar a *única* interpretação cabível em matéria infraconstitucional federal, ficando excluídas as demais, por imposição lógica de coesão interna do sistema.

Com efeito, da mesma forma que o Recurso Extraordinário, o Recurso Especial é de estrito direito, não sendo vocacionado a corrigir afirmadas injustiças ou má apreciação de provas e, por isso, a decisão nele proferida deve expandir-se *ultra partes*, permitindo a extensão da tese firmada (*ratio decidendi*) aos demais casos análogos, assim atingindo um objetivo de interesse geral (MANCUSO, 2009, p. 354-355).

O STJ surgiu com a Constituição Federal de 1988, tendo nascido para receber parcela de competência antes exercida pelo STF, qual seja, o zelo pela *inteireza positiva, autoridade, validade e uniformidade hermenêutica do direito federal comum*. Ou seja, com o STJ o Brasil passou a contar com *dois Tribunais da Federação*: um, o STF, afirmadamente postado como *guardião da Constituição* (art. 102, *caput*, CF); o outro, o STJ, postado como a *ultima ratio* no extenso direito federal comum, assim entendido aquele emanado da União, sem ser trabalhista, militar ou eleitoral, matérias afetas a outros Tribunais de cúpula, respectivamente, Tribunal Superior do Trabalho (TST), Superior Tribunal Militar (STM) e Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (MANCUSO, 2009, p. 600).

Quando o STJ realiza sua função constitucional de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional federal, através do Recurso Especial, também sobrelevam-se as funções *nomofilática* – voltada à preservação da inteireza positiva, validade, autoridade e uniformidade interpretativa da legislação federal – e *paradigmática* – voltada à emissão de *decisões-quadro*, capazes de espriar efeitos sobre um sem-número de causas que versam sobre a mesma matéria de direito (MANCUSO, 2009, p. 618-619; OLIVEIRA, 2003, p. 67).

Os precedentes do STJ, mormente quando condensados em sua jurisprudência dominante ou sumulada, ou quando proferidos em recursos repetitivos, assumem uma *função paradigmática*, ensejando um verdadeiro efeito expansivo, para além dos casos concretos decididos individualmente, a fim de que a tese fixada pela Corte possa cumprir uma dupla finalidade: (i) um *efeito preventivo geral*, em face das controvérsias pendentes ao interno da sociedade, na expectativa de que se resolvam por outros meios, auto e heterocompositivos, quando a controvérsia já tenha alcançado entendimento assentado no STJ, com isso evitando a formação de processos judiciais; (ii) um *efeito compactador e aceleratório*, em face dos processos em trâmite, que poderão ter seu curso abreviado, mediante aplicação da *ratio decidendi* dos precedentes do STJ, com o que se atingirá, conseqüentemente, o tratamento isonômico aos jurisdicionados, numa composição tempestiva dos conflitos. (MANCUSO, 2009, p. 701)

Um passo importantíssimo, para pôr em destaque a função paradigmática do STJ, deu-se no ano de 2009, com o julgamento dos Embargos de Declaração no RE nº 571.572, relatados pela Min.^a Ellen Gracie, onde o STF decidiu que – em virtude da (a) elevada função do STJ de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional e, (b) da inviabilidade de aplicação de sua jurisprudência às decisões dos juizados especiais estaduais, tendo em vista a inadmissibilidade de Recurso Especial em face de acórdão das turmas recursais estaduais e a ausência de Turma de Uniformização de Jurisprudência⁷⁸ – era cabível, em caráter excepcional, a reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional. Tal acórdão encontra-se assim ementado:

⁷⁸ Ressalte-se que no âmbito dos Juizados Especiais Federais, regidos pela Lei nº 10.259/2001, existe a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar jurisprudência do STJ, que, por sua vez, ainda pode apreciar a matéria após decisão da Turma de Uniformização da Jurisprudência.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional. (RE 571572 ED, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26 ago.2009, DJe-223 DIVULG em 26 nov.2009, PUBLIC 27 nov. 2009 EMENT VOL-02384-05 PP-00978).

Em seguida, deparando-se o STJ com a primeira Reclamação (Rcl nº 3.752) após o julgamento dos supracitados embargos de declaração do STF, decidiu a 2ª Seção, mediante voto condutor da Min^a. Nancy Andrighi, criar Resolução para regulamentar, no STJ, o processamento das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. Assim é que fora criada a Resolução nº 12/2009, que prevê, em seu art. 1º, o cabimento de reclamação destinada a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência do STJ, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do CPC.

Noutro aspecto, vale salientar que da mesma forma como ocorre com o Recurso Extraordinário, é perceptível o fenômeno da objetivação do Recurso Especial. Nesse sentido as palavras de Mancuso (2009, p. 702) são incisivas:

A outro ângulo, tal técnica se harmoniza com a tese da *objetivação* dos recursos excepcionais, dirigidos aos *Tribunais da Federação*, proposta justificada pelo fato de que em tais impugnações, sem embargo do legítimo interesse individual perseguido pelas partes, sobreleva o interesse público à higidez, autoridade, validade e uniformidade interpretativa do ordenamento positivo (Constituição: STF; direito federal comum: STJ), a legitimar a expansão da eficácia das decisões aos demais casos nelas subsumidos, em ordem ao tratamento *isonômico* devido aos jurisdicionados em face da lei (CF, art. 5º, *caput*) e à *agilização* da resposta jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII).

A cada dia que passa, o STJ se preocupa mais em assentar a interpretação da legislação federal e menos em decidir o caso concreto. Uma grande demonstração dessa objetivação do Recurso Especial consiste na questão da desistência dos Recursos Especiais já destacados para julgamento no regime das causas repetitivas (543-C).

Considerando que a desistência do recurso produz efeitos imediatos e prescinde da anuência do recorrido (arts. 158 e 501, CPC), o recorrente pode desistir do recurso interposto, quando o mesmo tenha sido destacado para julgamento no regime das causas repetitivas (543-C, CPC)?

Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha (2010, p. 321-322) entendem que, quando o Recurso Especial é selecionado para julgamento no regime das causas repetitivas, surgem dois procedimentos: a) o procedimento recursal principal, destinado a resolver a questão individual do recorrente e, b) o procedimento incidental de definição da tese paradigmática (*ratio decidendi*) a ser adotada pelo STJ. Com base nisso sugerem que o pedido de desistência formulado pelo recorrente deve atingir, apenas o procedimento recursal principal, não surtindo qualquer efeito com relação ao procedimento destinado à fixação da tese jurídica geral, pois é do interesse do STJ posicionar-se, em decisão paradigmática, a respeito das matérias que possam ensejar multiplicidade de recursos especiais.

A Corte Especial do STJ, em Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.063.343 adotou posição mais rígida que a sugerida por Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha, indeferindo integralmente o pedido de desistência, quando o recurso já havia sido afetado para julgamento no regime das causas repetitivas, consoante se depreende da ementa abaixo:

Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. - **É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial**

representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ.

(QO no REsp 1063343/RS, Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em: 17 dez.2008, DJe 04 jun. 2009).

O Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil trata expressamente da matéria e, ao que parece, acolheu o entendimento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha, ao estabelecer, no parágrafo único do art. 911, que o recorrente poderá desistir do recurso, porém tal fato não impedirá que a Corte venha a assentar seu entendimento sobre a questão jurídica que tenha potencial de ensejar multiplicidade de recursos repetitivos. Leia-se a dicção de tal dispositivo:

Art. 911. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. No julgamento de recursos repetitivos, a questão ou as questões jurídicas objeto do recurso representativo de controvérsia de que se desistiu serão decididas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Há outras questões que bem demonstram a objetivação do Recurso Especial, por exemplo: a) tratando-se de recurso especial em causa repetitiva, o relator, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá, nos termos do § 2º, do art. 543-C, do CPC, determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida (note-se que tal regra é semelhante à constante do art. 21, da Lei nº 9.868/99, que trata da ADIN e ADC); b) o relator, considerando a relevância da matéria, poderá, nos termos do § 4º, do art. 543-C, do CPC, admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (*amicus curiae*) (note-se que tal regra é semelhante à constante do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99).

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil impulsiona ainda mais essa tendência de objetivação do Recurso Especial, ou melhor, essa preocupação com que os Tribunais Superiores venham a produzir cada vez mais decisões paradigmáticas. Com efeito, (a) o Anteprojeto prevê a possibilidade de o STF e STJ conhecerem do recurso extraordinário e recurso especial, mesmo quando existir algum vício formal, sempre que a decisão da

questão de mérito contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurídico (art. 944, § 2º); (b) se no atual regime, o STJ nega seguimento a recurso especial que versa sobre matéria Constitucional, o Anteprojeto prevê que, nessa hipótese, o STJ deve remeter o recurso ao STF (art. 947) e, (c) se no atual regime, o STF nega seguimento a recurso extraordinário, quando a violação à constituição é apenas reflexa, o Anteprojeto prevê que, nessa hipótese, o STF deve remeter o recurso ao STJ (art. 948). Observe-se o estabelecido nos arts. 944, 947 e 948 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

Art. 944. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição da República, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

§ 2º Quando o recurso tempestivo for inadmissível por defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício e julgar o mérito de casos repetitivos ou sempre que a decisão da questão de mérito contribua para o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

Art. 947. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa questão constitucional, deverá remeter o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que procederá à sua admissibilidade ou o devolverá ao Superior Tribunal de Justiça, por decisão irrecorrível.

Art. 948. Se o relator, no Supremo Tribunal Federal, entender que o recurso extraordinário versa sobre questão legal, sendo indireta a ofensa à Constituição da República, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento, por decisão irrecorrível.

Além disso, não é de se estranhar que num futuro próximo seja criado para o Recurso Especial instituto de contenção semelhante à repercussão geral do Recurso Extraordinário. Aliás, já existiu, inclusive, Projeto de Lei nesse sentido (PL nº 1.343/2004⁷⁹). Essa é a tendência, tanto é assim que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) com o art. 896-A⁸⁰ – acrescentado à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Medida Provisória nº 2.226/2001, em vigor conforme o art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 – passou a dispor de instituto análogo à repercussão geral, que o desobriga de julgar os recursos de revista cuja causa não ofereça “*transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica*” (grifos nossos).

⁷⁹ Tal Projeto de Lei foi arquivado em 31.01.2007, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

⁸⁰ Ressalte-se que o art. 896-A da CLT, ainda, não vem sendo aplicado pelo TST, em virtude da falta de regulamentação.

Por outro lado, cumpre destacar que um simples paralelo entre as funções do STF e STJ e as atribuições do Tribunal Constitucional português ajudam a concluir que o STJ – em sua função de uniformizar a interpretação da legislação federal e, assim, realizar o controle de legalidade – pode produzir precedentes com eficácia vinculante. É que, em Portugal, compete ao Tribunal Constitucional realizar o controle de constitucionalidade e de legalidade das *leis com valor reforçado*⁸¹ (art. 281, n. , “a” e “b”, da Constituição portuguesa) e as decisões de fiscalização tanto de constitucionalidade como de legalidade têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante⁸².

Portanto, se no Brasil cabe ao STJ realizar o “controle de legalidade” e há uma crescente tendência de objetivação do recurso especial, facilmente, pode-se inferir, por indução amplificadora como fala Ferraz Jr. (2009, p. 01-02), que as decisões paradigmáticas do STJ tendem a gozar de eficácia vinculante.

Ressalte-se, ainda, que o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil em mais de uma oportunidade atribui eficácia vinculante às decisões do STJ. É que os recursos extraordinário e especial repetitivos são tratados em conjunto, tendo os arts. 956, 957 e 958 do Anteprojeto claramente atribuído eficácia vinculante à decisão das Cortes Superiores sobre o mérito da controvérsia, consoante se atesta da transcrição, *ipsis litteris*:

Art. 956. Sendo decidido o recurso representativo da controvérsia, **os demais órgãos fracionários ou declararão prejudicados os recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese.** (negritou-se)

Art. 957. Publicado o acórdão, os recursos sobrestados na origem:

I – não terão seguimento se o acórdão recorrido coincidir com a orientação da instância superior; ou

II – **serão novamente julgados pelo tribunal de origem, observando-se a tese firmada**, independentemente de juízo de admissibilidade, **na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior.** (negritou-se)

Art. 958. Sobrevindo, durante a suspensão dos processos, decisão da instância superior a respeito do mérito da controvérsia, **o juiz proferirá sentença e aplicará a tese firmada.** (negritou-se)

⁸¹ Nos termos do art. 112 (3) da Constituição portuguesa, têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas.

⁸² O controle de legalidade em Portugal pode ser concreto (art. 280) ou abstrato (art. 281). Apenas no controle de legalidade abstrato é que a decisão possui imediata eficácia vinculante. Porém, em tendo sido proferidas três decisões de ilegalidade em casos concretos, tem lugar a eficácia vinculante. Jorge Miranda (2005, p. 267-268) afirma que há discussão se a eficácia vinculante nasce imediatamente com o terceiro julgado, ou se este apenas enseja o início de um processo abstrato, para assentar a eficácia vinculante, sendo esta última a opinião dele.

E mais, os arts. 905 e 906 do Anteprojeto do Novo Código Civil atribuem claramente eficácia vinculante às decisões do STF e STJ, no incidente de resolução das demandas repetitivas, prevendo, inclusive, reclamação, para o caso de não observância da tese jurídica assentada. Leia-se:

Art. 903. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.

Art. 906. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação serão regulados pelo regimento interno do respectivo tribunal.

Por tudo isso é que se defende, no presente estudo, que as decisões paradigmáticas do STJ têm tendência vinculante, devendo num futuro próximo vir a vincular as instâncias inferiores.

Porém, no momento atual, o grande óbice que se identifica à atribuição de eficácia vinculante às decisões do STJ consiste (a) na corriqueira existência de divergência *interna corporis*; (b) na tímida utilização da afetação do julgamento aos órgãos especiais (art. 555, § 1º, CPC), mesmo quando se percebe a possibilidade de divergência entre as Turmas ou Seções da Corte e o potencial efeito multiplicador da demanda e, (c) na dificuldade de fixar o que venha a ser o entendimento definitivo do STJ sobre determinada matéria⁸³.

É certo que tais obstáculos estão mitigados com relação ao julgamento dos recursos especiais nas causas repetitivas, eis que estes são de competência da Seção ou da Corte Especial, em caso de competência concorrente das seções (art. 543-C, § 6º, CPC). Entretanto, ainda assim, vêm ocorrendo fatos surpreendentes que acabam depondo contra a eficácia vinculante das decisões do STJ.

Recentemente, ocorreu um fato emblemático. O Recurso Especial nº 1.188.674/RS, que trata da legalidade do repasse do PIS/COFINS nas faturas de energia elétrica, fora

⁸³ Há matérias que são de competência exclusiva de determinada Seção e outras que competem a mais de uma ou a todas as seções; de forma que, em alguns casos, para fins de jurisprudência dominante do STJ, exigir-se-á a identidade de entendimento das duas Turmas de uma mesma Seção ou a fixação do entendimento pela própria Seção; em outros casos, exigir-se-á a identidade de entendimento de todas as Turmas que compõem as Seções com competência concorrente ou a identidade de entendimento das próprias seções com competência concorrente ou, ainda, a fixação do entendimento pela Corte Especial.

provido monocraticamente pelo relator (art. 557, CPC) sem que a Corte jamais houvesse enfrentado a matéria. É certo que o Relator, posteriormente, teve a grandeza de espírito de rever sua posição, dando provimento a agravo regimental, para incluir o RESP em pauta. Porém, o curto período de vigência de sua decisão foi o bastante para que se multiplicassem milhares de ações Brasil afora, inclusive, ações coletivas.

Ora, o citado caso, tratando-se de um *leading case*, deveria ter o julgamento afetado à Seção ou à Corte Especial do STJ (art. 555, § 1º, CPC c/c arts. 11, VI e, 12, IX, do RISTJ) e, tratando-se de recurso sobre matéria com potencial efeito multiplicador, deveria ter sido destacado para julgamento no regime das causas repetitivas (art. 543-C, CPC), visando prevenir a divergência jurisprudencial e a indevida multiplicação de causas⁸⁴.

Noutro aspecto, há um caso citado por Evaristo Aragão Santos (2010, p. 42-43), que bem ilustra a divergência jurisprudencial *interna corporis* no âmbito do STJ. Trata-se da oscilação do entendimento da Corte acerca da interpretação do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (LACP), que trata da extensão territorial da sentença que julga ação civil pública. O STJ, desde 2001, mantinha o entendimento de restringir os efeitos da sentença aos limites territoriais do órgão prolator (por exemplo: RESP 293.407/SP e RESP 253.589/SP). Esses dois acórdãos, inclusive, foram objeto de Embargos de Divergência, que acabaram inadmitidos pela Corte Especial, sob o argumento de que o entendimento impugnado já estava consolidado na jurisprudência da Corte (Enunciado nº 168 da Súmula do STJ). Ocorre que, em 2006, a 3ª Turma, em acórdão relatado pela Min. Nancy Andrighi, acompanhada pelos Min. Castro Filho e Sidnei Beneti, afastou, por maioria, a aplicação do art. 16 da LACP, que restringe os efeitos da sentença em ação civil pública envolvendo direitos individuais homogêneos. Poucos meses depois, a 3ª Turma voltou a enfrentar a matéria no RESP 944.464/RJ, relatado pelo Min. Sidnei Beneti e, alterou esse último entendimento, inclusive, com o voto da Min. Nancy Andrighi. Pouco tempo depois, mais uma reviravolta. A 3ª Turma voltou a enfrentar a matéria no RESP nº 399.357/SP, relatado pela Min. Nancy Andrighi e, novamente, afastou a aplicação do art. 16 da LACP. Em face desse acórdão foram opostos Embargos de Divergência, que foram providos à unanimidade pela 2ª Seção do STJ, que se fundamentou no argumento de que tal matéria já havia sido sedimentada pela Corte Especial do STJ.

⁸⁴ O Min. Sidnei Agostinho Beneti, no Artigo intitulado “Assunção de competência e *fast-track* recursal” (*RePro* 171/10-11, maio/2009), defende o julgamento prioritário, mediante afetação da causa aos órgãos de maior competência, a fim de consolidar a jurisprudência relativa às macrolides, evitando a multiplicidade de causas repetitivas.

Ou seja, afigura-se bastante razoável defender a tese de que – em virtude da constitucional função do STJ de uniformizar a interpretação da legislação federal comum, bem como dos institutos recém-inseridos no ordenamento jurídico brasileiro – determinados precedentes do STJ gozam de efeito vinculante; contudo, somente com o passar do tempo e com uma maior maturidade alcançada é que isso será possível, já que, por enquanto, os precedentes da Corte sequer têm força persuasiva *interna corporis* e sobre os tribunais que lhe são inferiores (MARINONI, 2009, p. 228).

4.5 OS POSSÍVEIS RISCOS DO PRECEDENTE VINCULANTE NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Dentre as críticas que se têm feito a todas as citadas inovações que vêm sendo introduzidas no sistema processual civil brasileiro, há duas que merecem destaque.

A primeira delas é a de Evaristo Aragão Santos (2010, p. 38-58), que por estranho que possa parecer é um árduo defensor da teoria do precedente judicial. O citado autor, após apresentar o lado negativo da divergência jurisprudencial, apresenta o seu lado positivo, que corresponderia à *maturação do entendimento a respeito da interpretação concreta da lei* e, em seguida, revela sua preocupação com a tendência de generalização da tutela coletiva dos direitos individuais, divisíveis e disponíveis, que pode ensejar a prematura uniformização da jurisprudência.

A segunda relevante crítica é apresentada pelo mestre José Carlos Barbosa Moreira (2007b, p. 310-311), que externa sua preocupação com o fato de que os precedentes vinculantes, aliados a institutos que “bloqueiam” a produção jurisdicional dos órgãos de primeira instância, como a “súmula impeditiva de recurso” (art. 518, § 1º, CPC), findem por impedir a salutar renovação da jurisprudência.

4.5.1 O risco de se uniformizar jurisprudência sem amadurecimento da interpretação legal

Evaristo Aragão Santos (2010, p. 47) defende que, até um determinado momento, pode-se tirar proveito da divergência jurisprudencial, tendo em vista que a pluralidade de manifestações, teses e pontos de vista, pode ser aproveitada para o amadurecimento da interpretação legal, podendo, assim, servir como exercício de maturação para formação de jurisprudência mais sólida substancialmente e, portanto, mais legítima.

No seu entendimento, a diversidade de manifestações do Judiciário traz consigo uma significativa dose de esforço intelectual daqueles que participaram do processo – os advogados das partes e, principalmente, os magistrados. Por isso é que se pode falar que a jurisprudência dominante dos tribunais superiores representa a depuração de tudo quanto foi discutido e decidido no primeiro e segundo graus de jurisdição e, até mesmo nas instâncias extraordinárias, contando, assim, com a contribuição de advogados, juízes, desembargadores e ministros (SANTOS, 2010, p. 48-52).

Com base nisso é que Evaristo Aragão Santos (2010, p. 52-54) revela sua preocupação com o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que traz a ideia de *coletivização dos litígios individuais*, bem como quaisquer outras inovações que venham a propiciar a prematura uniformização da jurisprudência nas demandas de massa.

A preocupação do autor revela-se muito pertinente, sobretudo, diante do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, que prevê o incidente de uniformização de demandas repetitivas, nos seus arts. 895 a 906.

O citado incidente de uniformização de demandas repetitivas tem lugar quando for identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito. Tal incidente pode ser instaurado a pedido do juiz ou do relator, das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Na prática, tal incidente pode ser instaurado quando não haja sequer uma sentença prolatada na demanda repetitiva em questão e, ainda, tem que ser decidido no prazo de seis meses, a partir de quando obrigará todos os juízes e desembargadores vinculados ao tribunal⁸⁵. Além disso, após decididos pelo STJ e STF, respectivamente, os recursos especial e extraordinário interpostos em face do acórdão que julgar o incidente, a tese fixada, a critério desses tribunais, pode vincular o Judiciário de todo o país (arts. 905 e 906).

Ou seja, com o projeto de novo CPC, realmente, há risco de que o entendimento jurisprudencial venha a ser fixado de forma prematura, ensejando novos dissensos, num curto

⁸⁵ Observe-se que os recursos especial e extraordinário têm efeito suspensivo, de forma que os juízes e desembargadores só estão obrigados a seguir o acórdão prolatado no incidente, após o julgamento desses recursos (art. 905); todavia, a partir da admissibilidade do incidente, todos os processos pendentes em primeiro e segundo grau, permanecerão suspensos (art. 899).

lapso temporal, tendo em vista o surgimento de novos argumentos não imaginados ou não trazidos à discussão na época do julgamento do incidente.

Dworkin (2010, p. 315-326, 336-337) analisando a questão da desobediência civil diante de uma lei ambígua e de constitucionalidade discutível – no caso, a lei norte-americana do recrutamento militar para guerra – aduz que, em situações dessa natureza, o Judiciário somente deve proferir julgamento se a discussão estiver madura, ou melhor, o Judiciário deve tolerar o dissenso por algum tempo, como forma de permitir que o debate continue, enriqueça e se aprimore, até que se alcance maior clareza sobre o assunto, pois, do contrário, a decisão pode não resolver o assunto, gerando novos dissensos. Leiam-se os seguintes trechos da citada obra:

Pode parecer que há algo de paradoxal nessas conclusões. Argumentei anteriormente que, **quando a lei é ambígua, os cidadãos têm o direito de seguir seu próprio discernimento, em parte com fundamento na ideia de que essa prática ajuda a dar forma aos temas que irão à decisão judicial**; agora, proponho um caminho que elimina ou adia tal decisão. Essa contradição, porém, é apenas aparente. Do fato de que nossa prática facilita a decisão judicial e a torna mais útil para o desenvolvimento do direito, não se segue que um julgamento deva ocorrer toda vez que os cidadãos agirem de acordo com suas próprias luzes. **O problema que surge em todos os casos é saber se os assuntos em discussão estão maduros para uma decisão judicial e se a decisão judicial resolveria esses assuntos de forma a diminuir a probabilidade de (ou eliminar as razões para) novos dissensos. Nos casos de recrutamento. Não era o melhor momento para que um tribunal se posicionasse a respeito de tais questões. Tolerar o dissenso por algum tempo era uma maneira de permitir que o debate continuasse até que se alcançasse maior clareza sobre o assunto.** Além disso, era evidente que uma decisão sobre os pontos constitucionais em disputa não iria estabelecer, de uma vez por todas, o significado da lei. Os que tinham dúvidas sobre a constitucionalidade do recrutamento continuaram a ter as mesmas dúvidas mesmo depois de a Suprema Corte ter afirmado sua constitucionalidade. Este é um daqueles casos, concernentes aos direitos fundamentais, em que nossas práticas relativas ao precedente estimulam esse tipo de dúvida (DWORKIN, 2010, p. 336-337, grifos nossos).

Defende-se no presente estudo que a chave para mitigar esse risco de uniformização prematura da jurisprudência, está em dois pontos, quais sejam: *primeiro*, os Tribunais devem dar uma interpretação sistemática e teleológica ao art. 895 do Projeto de novo CPC, que trata da admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, de forma a não admiti-lo quando a questão ainda não estiver madura para julgamento, até porque a coexistência de decisões conflitantes, *na primeira instância*, não causa grave insegurança jurídica; *segundo*, os Tribunais devem ter especial atenção com a observância das normas que impõem o extenso debate da questão versada no incidente, tais como: a ampla e específica divulgação e

publicidade acerca da instauração do incidente (art. 896⁸⁶); a possibilidade de todos os interessados participarem da discussão, inclusive, pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (art. 901⁸⁷) e, a possibilidade de sustentação oral, na sessão de julgamento, de todos os interessados na controvérsia (art. 902⁸⁸).

Nessa senda é que se revela de fundamental relevância o instituto do *amicus curiae*⁸⁹, que se já tem ampla previsão no ordenamento jurídico nacional⁹⁰, nos termos do projeto de novo CPC, será consideravelmente alargado, pois a comissão de juristas encarregada bem atentou para o fato de que a participação do *amicus curiae* contribui para o enriquecimento do debate, proporcionando condições ao juiz de “proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país” e, assim, cuidou de prever sua participação, não só no incidente de uniformização das demandas repetitivas, mas *em qualquer demanda e desde o primeiro grau de jurisdição* (art. 320⁹¹), se assim o autorizar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide.

A comissão de juristas responsável pelo Anteprojeto externou sua preocupação com o instituto *amicus curiae*, tendo consignado, na exposição de motivos, o seguinte:

⁸⁶ Art. 896. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

⁸⁷ Art. 901. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

⁸⁸ Art. 902. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§ 1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§ 2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.

⁸⁹ *Amicus curiae* é um expressão latina, que ao pé da letra significa amigo da cúria, amigo da corte. É instituto semelhante ao *friend of the court* do *common law*, que consiste naquele que não sendo parte no litígio, acredita que a decisão vinculante da Corte (*stare decisis*), que tem natural vocação expansiva, poderá afetar seus interesses. *Amicus Curiae* é um auxiliar do juízo, que intervém por provocação do magistrado ou por requerimento próprio, com o escopo de contribuir para pluralizar e democratizar o debate de temas de grande relevância social, bem como para cientificar o Judiciário da repercussão de suas decisões e, assim, proporcionar o aprimoramento técnico de seus precedentes (AGUIAR, 2005, p. 03-23).

⁹⁰ O instituto do *amicus curiae* encontra previsão legal nos seguintes dispositivos: art. 31 da Lei nº 6.385/76 (CVM); art. 89, da Lei nº 8.884/94 (CADE); art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 (ADI e ADC); art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.882/99 (ADPF); art. 482, §§ 1º, 2º e 3º do CPC (Inc. de Decl. de inc.); art. 543-A, do CPC (Repercussão geral no RE); arts. 543-B c/c art. 543-C, § 4º, do CPC (RE e RESP em causas repetitivas); Lei nº 10.259/01, art. 14, § 7º (Inc. Uni. Interp. LF); RISTF, art. 321, § 5º, III, (RE JEC); Lei nº 11.417/06 (Súm. Efeito Vinc.).

⁹¹ “Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.”

Por outro lado, e ainda levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país.

Criou-se regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo *amicus curiae* ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição.

Entendeu-se que os requisitos que impõem a manifestação do *amicus curiae* no processo, se existem, estarão presentes desde o primeiro grau de jurisdição, não se justificando que a possibilidade de sua intervenção ocorra só nos Tribunais Superiores. Evidentemente, todas as decisões devem ter a qualidade que possa proporcionar a presença do *amicus curiae*, não só a última delas.

Finalizando, o autor deste trabalho perfilha-se aos que entendem que é possível compatibilizar a célere uniformização da jurisprudência com a necessidade de amadurecimento da discussão, devendo para tanto serem inadmitidos os incidentes de resolução de demandas repetitivas, quando a questão não estiver madura o bastante para julgamento; bem como serem observadas as regras que impõem a amplitude do debate.

4.5.2 O risco de engessamento da jurisprudência com o bloqueio na produção jurisdicional dos órgãos de primeira instância

Consoante já afirmado, o mestre José Carlos Barbosa Moreira (2007b, p. 310-311) externa sua preocupação com o fato de que os precedentes vinculantes, aliados a institutos que “bloqueiam” a produção jurisdicional dos órgãos de primeira instância, como a “súmula impeditiva de recurso” (art. 518, § 1º, CPC), findem por impedir a salutar renovação da jurisprudência.

Barbosa Moreira (2007b, p. 310-311) defende que é indispensável reservar certa margem de flexibilidade à jurisprudência, a fim de que a mesma possa ajustar-se à realidade cambiante do mundo exterior, já que as mutações da sociedade são captadas em primeiro lugar pelos juízes das instâncias inferiores, convocados a lidar antes dos outros com os conflitos de interesses que as novas condições sociais, políticas e econômicas vão desenhando.

Ainda de acordo com Barbosa Moreira (2007b, p. 311), “Bloquear, de forma direta ou indireta, na produção dos órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios das teses firmadas em grau superior significa, em certos casos, barrar precocemente um movimento, talvez salutar, de renovação da jurisprudência” e, prossegue o mestre, afirmando que a súmula vinculante, em si, não se afigura muito perigosa por esse ângulo; entretanto, a denominada “súmula impeditiva de recurso” (art. 518, § 1º, CPC), ameaça com o risco de imobilismo jurisprudencial.

Data venia, as ideias defendidas no presente trabalho não se compatibilizam com esse pensamento. Não é de se vislumbrar sérios riscos de engessamento da jurisprudência brasileira com a aplicação combinada da súmula impeditiva de recurso e dos precedentes vinculantes.

É que os sistemas que adotam o precedente vinculante (*stare decisis*) são muito mais flexíveis do que se pensa nos países de tradição romano-germânica. Nesses sistemas, existem técnicas de aplicação e superação do precedente (*distinguishing* e o *overruling*) que permitem, a um só tempo, de um lado, a estabilidade e uniformidade do direito e, de outro, o seu natural desenvolvimento.

Como afirma Marinoni (2010a, p. 334), “o direito jurisprudencial nada tem de estático ou insuscetível de alteração ou adaptação às novas realidades e diferentes situações”. A maior prova disso consiste em que na Inglaterra e Estados Unidos há considerável flexibilidade no desenvolvimento do direito.

Eduardo Cambi (2001, p. 116) também defende que o sistema de precedentes vinculantes não impede a evolução do direito, já que visa à uniformidade dentro de determinado contexto histórico, cultural, político, social e econômico. Com efeito, o *stare decisis* não impede o desenvolvimento da jurisprudência frente ao novo cenário fático-jurídico, pois os tribunais podem rever seus posicionamentos quando alterados os fatores que ensejaram a formação do precedente. Nesse sentido Eduardo Cambi cita a experiência norte-americana, cuja Constituição é do ano de 1787, porém já foi interpretada pela Suprema Corte de maneiras diferentes, conforme as circunstâncias históricas, culturais, políticas, sociais e econômicas. Tomando como exemplo a questão da segregação racial, a posição da jurisprudência modificou-se, pelo menos, três vezes:

- i) em 1857, em *Dred Scott v. Sandford*, a Suprema Corte afirmou que os escravos não poderiam ser considerados cidadãos norte-americanos, sendo tutelados, constitucionalmente, pelo direito de propriedade; ii) em 1896, em *Plessy v.*

Ferguson, consolidou-se a doutrina do *Separate but Equal* (isto é, não havia violação da Constituição desde que os Estados tratassem igualmente brancos e negros, o que, na prática, significava que deveria haver, v.g., um ônibus distinto para transportar cada uma das raças); iii) em 1954, em *Brown v. Board of Education*, iniciou-se o final da aplicação da doutrina do *Separate but Equal*, quando se considerou que ela não poderia ter aplicação nas escolas públicas.

Realmente, o sistema de precedente vinculante não significa que exija submissão “cega” a decisões anteriores. Os juízes e tribunais, utilizando-se da técnica do *distinguishing*, podem estender a *ratio decidendi* mais além dos limites de um caso antecedente se entenderem que assim estão promovendo justiça. Por outro lado, caso a aplicação da *ratio decidendi* do precedente possa produzir resultado indesejável, juízes e tribunais podem estreitá-la ou restringi-la. Os juízes e tribunais inferiores podem, ainda, realizar o *antecipatory overruling*, ou melhor, anteciparem-se à provável revogação do precedente pelas Cortes superiores, quando estas já tenham dado fortes demonstrações de que tal precedente está em vias de revogação.

Conforme já afirmado no item 3.3.3.1, defende-se neste trabalho a possibilidade de aplicação do *antecipatory overruling* no Direito brasileiro, o que sem sombra de dúvidas mitiga os riscos de engessamento da jurisprudência, já que os juízes de 1º instância além de não estarem obrigados a negar seguimento às apelações, ainda, estão autorizados a não aplicar determinado precedente vinculante dos Tribunais Superiores, quando estiverem presentes justificativas para tanto.

Perceba-se que, tendo o STJ ou STF demonstrado claramente que estão na iminência de revogar determinado precedente vinculante, por que não se permitir que os tribunais locais, ou até mesmo os juízes de primeira instância deixem de aplicar tal precedente ao caso em julgamento? Por que submeter a parte vencida à interposição de inúmeros e sucessivos recursos para, enfim, ver seu direito reconhecido perante o STJ ou STF, quando estes já haviam demonstrado cabalmente o desgaste de seu precedente?

Por tais razões, deve ser assinalado que *stare decisis* não é apenas uma teoria que historicamente resguardou a estabilidade e a uniformidade, visto que suas restrições e ampliações inerentes, bem como os motivos que impõem a superação dos precedentes ultrapassados e inadequados permitem a inafastável flexibilização do ordenamento do *common law*, indispensável à evolução e ao progresso do direito. (TUCCI, 2004, p. 172)

Ademais, falando especificamente do art. 518, § 1º, do CPC, cumpre ressaltar que se o risco de engessamento do Direito brasileiro está na “súmula impeditiva de recurso”, que

impõe a negativa de seguimento à apelação que estiver em confronto com súmula do STJ ou STF; praticamente, não há risco, pois o problema pode ser facilmente transposto com a simples interposição de um agravo de instrumento junto ao tribunal de justiça ou tribunal regional federal.

Ora, problema que possa ser resolvido com a simples interposição de um agravo de instrumento não é problema!

Além disso, é de ressaltar que mesmo que nas instâncias ordinárias não se conheça dos recursos da parte com fulcro nos arts. 518, § 1º e 557 do CPC, nada impede que a mesma, em estando convicta do seu direito, leve a causa até os tribunais superiores, já que: i) da decisão que nega seguimento à apelação, pode interpor agravo de instrumento (art. 522, CPC); ii) da decisão que nega seguimento monocraticamente a tal agravo de instrumento, pode interpor agravo interno (art. 557, § 1º, CPC) e, em seguida, opor embargos declaratórios (art. 535, CPC) e, posteriormente, interpor recurso especial e/ou extraordinário (art. 541, CPC) ; iii) da decisão do Presidente do tribunal ordinário que negar seguimento ao recurso especial ou extraordinário, poderá, finalmente, interpor agravo de instrumento para o STJ ou STF (art. 544, CPC).

Como se não bastasse, repita-se, o juiz de primeiro grau dispõe de dois importantes institutos que lhe possibilitam, em certa medida, afastar-se do precedente vinculante, quais sejam, o *distinguishing* e o *antecipatory overruling*, que foram detidamente analisados em itens anteriores.

4.6 AS VANTAGENS DA ADOÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Conforme já amplamente demonstrado, o principal escopo do precedente vinculante reside em servir como diretriz ao julgamento de futuros casos análogos e, assim, eliminar a divergência jurisprudencial, ou melhor, proporcionar uniformidade e estabilidade na aplicação do direito e, conseqüentemente, racionalidade no julgamento das causas, tornando a prestação jurisdicional mais célere, efetiva e isonômica e, evitar a multiplicidade de demandas repetidas, quando já apreciada a matéria nas Cortes Superiores etc..

Michele Taruffo (2010b, p. 04) demonstra toda sua preocupação com o que chama de “fenômeno gravemente patológico”, que representa um dos maiores fatores da crise do

sistema jurisdicional italiano e revela que esse fenômeno consiste num enorme número de decisões que a *Corte di Cassazione* pronuncia a cada ano, e que não é comparável ao que ocorre na maior parte das outras Cortes Supremas. Afirma, ainda, que essa “enchente incontrolável de decisões que ocorrem sobre as mesmas questões, ou sobre a mesma norma” acarreta uma perda de qualidade dos julgados e favorece uma degeneração ulterior, como a frequente verificação de incoerência, até mesmo de contradições evidentes e de mudanças repentinas de endereço, no âmbito da mesma Corte.

Ora, não se pode mais aceitar que uma mesma e única questão jurídica possa receber soluções variadas a depender da sorte dos jurisdicionados com a distribuição de suas ações e recursos⁹². É de causar ainda mais perplexidade quando essa divergência de soluções de uma só e única questão se dá nos Tribunais Superiores, os quais têm a função, justamente, de uniformizar a interpretação da Constituição (STF) e da legislação federal infraconstitucional (STJ).

Realmente, é de causar espécie que as mais altas Cortes atentem contra sua própria função nomofilática, cultivando divergências internas ou até mesmo a mudança repentina de entendimentos, sem que haja qualquer mutação normativa ou substancial alteração do cenário fático-jurídico.

A exacerbada divergência jurisprudencial atenta contra o próprio sistema, na medida em que faz surgir incoerências inconciliáveis, o que proporciona um aumento considerável do número de demandas, pois encoraja todos aqueles, cuja pretensão se encontre em sentido contrário à jurisprudência do momento, a se lançarem à sorte, ajuizando demandas e interpondo recursos, na esperança de uma guinada na orientação jurisprudencial.

O pior é que, como bem demonstrou Aragão Santos (2010, p. 43), tudo isso gera um círculo vicioso, já que o crescimento exponencial do volume de demandas e, conseqüentemente, de recursos, acaba por aumentar a divergência jurisprudencial, que, por sua vez, eleva ainda mais o volume de demanda e assim por diante. Nesse sentido as palavras de Aragão Santos são elucidativas:

⁹² Nesse sentido, Eduardo Cambi (2001, p. 110) em artigo de bela feitura, intitulado “Jurisprudência Lotérica”, afirma que: “A ideia da *jurisprudência lotérica* se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado”.

É um círculo vicioso: a desatenção ao posicionamento *do sistema*, encorajando o jurisdicional a buscar a tutela almejada até a última manifestação possível do Judiciário, acaba gerando não apenas mais volume de demandas, mas mais *juílgamentos díspares*, os quais, por sua vez, encorajarão, mais ainda, essa postura de resistência *ao entendimento já fixado pelo sistema*, renovando as expectativas daqueles que contra ele reagem e assim por diante (SANTOS, 2010, p. 43).

O fato é que a exacerbada divergência jurisprudencial, que revela a incoerência do sistema e trai as expectativas normativas dos jurisdicionados, acarreta grande insegurança jurídica, desigualdade e instabilidade.

O contraponto disso tudo é justamente a doutrina do *stare decisis*, do respeito ao precedente, que proporciona uma satisfatória uniformização da jurisprudência, contribuindo para um tratamento mais isonômico aos jurisdicionados – na medida em que impõe uma mesma solução para idêntica questão jurídica – e para a elevação dos níveis de segurança, previsibilidade, estabilidade e respeito às justas expectativas normativas.

Ora, no Brasil, os escopos visados com as recentes reformas legislativas – que introduziram no sistema alguns precedentes obrigatórios, como a súmula vinculante, a repercussão geral e os recursos especial e extraordinário sob o regime das causas repetitivas – ao que tudo indica, já vêm dando frutos.

Com efeito, notícia publicada no sítio do STJ, em 31.03.2010, dá conta de que atos administrativos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e da Procuradoria da Fazenda Nacional, inspirados nessas reformas legislativas, podem evitar mais de um milhão de recursos, relativos a causas repetitivas. Leia-se:

Atos do TJRS e da Procuradoria da Fazenda Nacional podem evitar mais de um milhão de recursos

O presidente da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Teori Albino Zavascki, recebeu cópias de dois atos administrativos que, colocados em prática para casos similares, podem significar um salto na qualidade e celeridade dos julgamentos. E não somente no STJ. Em apenas um deles, mais de um milhão de pessoas poderiam ser atingidas pela decisão. No outro, o número pode ser infinitamente superior.

O primeiro deles é o Ato Administrativo 01/2010, da vice-presidência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), que suspendeu a distribuição de todos os recursos de apelação que discutem matéria objeto do recurso especial (REsp) 976.836. As questões do processo referem-se à legalidade do repasse de PIS e Cofins nas tarifas de telefonia, aplicação do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), na hipótese de eventuais repetições dos referidos valores, e necessidade de detalhamento dos valores sob exame nas faturas mensais. O relator é o ministro Luiz Fux, mas o ministro Mauro Campbell pediu vista do processo.

O documento do TJRS teceu várias considerações antes de determinar a suspensão. Para o vice-presidente, a afetação dessas matérias tem repercussão preocupante para a administração do tribunal de Justiça, tendo em vista o expressivo número de pessoas atingidas – estima-se acima de um milhão – que viriam ao Poder Judiciário reclamar a devolução dos valores. “Em tese, cada consumidor registrado seria legitimado a ajuizar a pretensão de declaração de ilegalidade”, afirmou.

Ele lembrou, ainda, que a estrutura do Poder Judiciário não seria suficiente para atender o volume de ações individuais ajuizadas no curto espaço de tempo. “Durante a suspensão das apelações aceleraria o tempo de julgamento dos demais recursos, reduzindo o acervo total, sem prejuízo do jurisdicionado”, observou, ao final. A suspensão deveu-se, ainda, a precedente já julgado pela Corte Especial no REsp 1.111.743, em 25/2/2010, da ministra Nancy Andrighi, mas que, julgado, será lavrado pelo ministro Luiz Fux.

Para o vice-presidente, permitir a livre apreciação de centenas de milhares de apelações diante do reconhecimento de se tratar de recurso repetitivo afetado por julgamento na instância superior seria propiciar um desnecessário retrabalho. “O recurso repetitivo é instrumento a serviço da cláusula pétrea da duração razoável do processo, além de que propicia efetiva concretização do princípio da isonomia”, considerou.

O presidente da Primeira Seção, ministro Teori Albino Zavascki, considerou a decisão importantíssima do ponto de vista institucional. “Não só porque provém do Rio Grande do Sul, de cujo tribunal temos precedentes que nem sempre se afeiçoam à jurisprudência do Tribunal, mas porque está valorizando justamente a importância do precedente formado em recurso repetitivo”, asseverou. Ele lembrou que o entendimento da Corte Especial é de que, embora não seja obrigatória, é recomendável a suspensão dos julgamentos.

O ministro ressaltou que o ato do TJRS aumenta a responsabilidade dos julgamentos no STJ em relação aos recursos repetitivos, seja na formação dos precedentes ou no respeito a eles. “Precisamos que esses precedentes tenham não apenas uma autoridade formal, mas uma autoridade substancial, que decorra do seu próprio conteúdo”, acredita.

Para o ministro Teori, o recurso repetitivo deve ter uma autoridade intrínseca que o imunize de contestações sérias, para que não haja necessidade de revisão dos precedentes a toda hora, o que desgastaria o instrumento. “Se nós mesmos tivermos dúvidas sobre nossos precedentes, não podemos esperar que os jurisdicionados acolham e não recorram. Então, impõe-nos o dever de respeito e de muita responsabilidade na formação. Certamente, se assim cuidarmos, estaremos zelando por esse importante instrumento de formatação de um novo modelo de jurisdição, que é o recurso repetitivo”, conclamou Zavascki.

O outro ato administrativo refere-se à Portaria 294, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que prevê a não apresentação de recurso, ordinário e extraordinário, nos casos em que os precedentes sobre determinados assuntos (será feita uma lista), oriundos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, forem julgados com base nos artigos 543-B (repercussão geral) e 543-C (repetitivos).

Segundo o documento, esses precedentes ostentam uma força persuasiva especial e diferenciada, de modo que os recursos interpostos contra as decisões judiciais que os aplicarem possuem chances reduzidas de êxito. “Assim, critérios e política institucional apontam no sentido de que a postura de não mais apresentar qualquer tipo de recurso ordinário ou extraordinário, nessas hipóteses, é que se afigura como mais vantajosa do ponto de vista prático para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para a Fazenda Nacional e para a sociedade”, afirmou a procuradora-geral da Fazenda Nacional Adriana Queiroz de Carvalho.

Ao apresentar os documentos aos integrantes da Primeira Seção, o presidente, ministro Teori Zavascki, elogiou a medida. “Essa portaria está fundada nos postulados da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais, em face de precedente formado à luz do artigo 543. A concretização desses postulados, que é um anseio social evidente, é fator decisivo na redução do grau de litigiosidade”, afirmou.

Em sua questão de ordem especial, o presidente sugeriu, ainda, que fosse feito registro em ata dos documentos. “Porque, em geral, criticamos especialmente a Fazenda Pública pelo fato de recorrer sistematicamente, e é importante, neste momento, que se elogie e se manifestem congratulações por esse ato de adesão”, ressaltou.

Para o presidente, os dois atos significam um reconhecimento da importância da função dos precedentes formados à luz do artigo 543 como instrumento de manifestação da segurança jurídica e da previsibilidade dos julgamentos do Judiciário e o reconhecimento da força persuasiva e expansiva desses precedentes. “Não vamos falar aqui em força vinculante, que pode ser mal entendido, mas é uma força persuasiva e expansiva que, mais do que nunca, está na hora de ser incorporada na nossa cultura jurídica”, acrescentou.

O ministro Luiz Fux, integrante da Seção e presidente da comissão da Reforma do Código de Processo Civil, corroborou com a sugestão da ata, afirmando a relevância do ato do vice-presidente do Rio Grande do Sul. “É uma declaração pública, por meio de um ato administrativo, de que, finalmente, esse tribunal vai se submeter à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, porque senão o recurso repetitivo torna-se um nada jurídico; decidimos uma tese, baixam os autos, e eles voltam evidentemente a rejulgar. O trabalho é dobrado para eles e para nós”, afirmou.

O ministro Fux comprometeu-se, ainda, a levar as informações à comissão, afirmando que esses documentos estão na mesma linha da ideologia da comissão de reforma, sendo necessário que o sistema jurídico tenha um instrumento capaz de evitar um milhão de ações. “Porque um milhão de ações correspondem a um milhão de recursos. Não podemos ter ações neste montante, neste volume expressivo. Ninguém pode prestar a justiça num prazo razoável, com descumprimento de decisão repetitiva e com um volume desses de litigiosidade”, acrescentou.

Inspirado pelo ato da Procuradoria de não contestar, o presidente da Seção fez, ainda, uma sugestão para que fosse proposta ao Poder Legislativo uma questão referente ao reexame necessário, que, atualmente, já é dispensado quando a decisão está de acordo com súmula do Superior Tribunal de Justiça. “Poderíamos propor que se dispensasse o reexame necessário também quando a decisão de primeira instância estiver de acordo com o recurso repetitivo, porque, nesses casos, todas essas questões – um milhão de questões –, se forem contrárias à Fazenda Pública, ficariam em 1º grau, e não haveria a necessidade de julgamento em 2º grau”, propôs.

O representante do Ministério Público Federal, Wallace de Oliveira Bastos, presente à sessão, considerou alvissareira a notícia e afirmou que vai levar as informações ao conhecimento do procurador-geral da República e dos colegas para se adequarem à nova sistemática. “Em função exatamente desse dever de todos nós que integramos os serviços judiciários deste país, concorramos para colaborar com o objetivo de agilização e de respeitabilidade cada vez maior dos julgamentos desta Corte”, asseverou.”(grifos nossos).

Apenas essa informação já é suficiente para que se percebam os inúmeros benefícios proporcionados com a nova sistemática de respeito aos precedentes e, além disso, dá para afastar a desconfiança daqueles que afirmavam que as recentes alterações legislativas foram embasadas na tradicional política de se utilizar argumentos empíricos sem base empírica (*the political tradition of making empirical arguments without empirical support*). Os céticos verberavam que não havia uma demonstração mínima de que cidadãos, empresas e pessoas jurídicas de direito público deixariam de ajuizar demandas e interpor recursos, simplesmente, em virtude de a tese jurídica sustentada ser incompatível com a súmula vinculante ou qualquer dos outros precedentes obrigatórios.

A notícia acima transcrita, na medida em que comprova que o maior cliente do Judiciário – o próprio Estado – está sendo dissuadido de litigar em sentido contrário a precedente vinculante e até mesmo aos “relativamente obrigatórios”⁹³, é suficiente para desmentir aqueles que desconfiavam que toda essa caminhada rumo ao precedente vinculante não contribuiria para o alívio na carga de trabalho, permitindo que juízes e tribunais realizem as tarefas que foram incumbidos com mais celeridade, qualidade e efetividade⁹⁴.

4.7 A ESCALADA DO SISTEMA BRASILEIRO RUMO AO PRECEDENTE VINCULANTE

Não é de hoje que o sistema brasileiro vem se inovando rumo ao precedente vinculante e defende-se que a caminhada não se encerra com a Súmula Vinculante, pois falta, ainda, o precedente efetivamente vinculante em matéria infraconstitucional⁹⁵, o que só será permitido com um maior amadurecimento da sociedade e, principalmente, com a mudança de mentalidade dos operadores do direito.

Como restará demonstrado a seguir, a súmula vinculante não significou um divisor de águas no sistema brasileiro, pois o caminho percorrido pelo direito pátrio rumo ao precedente, já assegurava resultados práticos semelhantes, já que as decisões do STF em controle de constitucionalidade concentrado e, posteriormente, no difuso (este quando no Pleno) já vêm produzindo eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário.

Barbosa Moreira (1999, p. 329) com seu senso de humor ímpar, a esse respeito já havia observado que:

⁹³ Na linguagem da classificação adotada no presente trabalho.

⁹⁴ Nelson Nery Jr. (2009, p. 319) apresenta um dado interessante, que em se confirmando tornam as recentes alterações legislativas ainda mais animadoras. Ele informa que as estatísticas disponíveis revelam que mais de 60% dos feitos que tramitam no STF e no STJ têm como protagonista o Poder Público. Assim, como esses têm demonstrado o interesse em mudar a prática atual, não recorrendo mais das decisões paradigmáticas do STF e STJ, é bem possível que o volume de recursos nesses tribunais caia drasticamente.

⁹⁵ Nesse sentido é de se destacar que o Projeto de novo CPC institui duas hipóteses de precedente vinculante em matéria infraconstitucional, quais sejam, os produzidos no incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 856 a 906) e nos recursos especiais em causas repetitivas (art. 956 a 958).

Emenda constitucional para estabelecer que as súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além e ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?! O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite (...)).

A seguir serão apresentados institutos inseridos em nosso sistema nos últimos 20 (vinte) anos, que se afiguram ou precedentes vinculantes, ou relativamente vinculantes, ou até mesmo meios que visam dar-lhes maior efetividade (v.g. arts. 518, § 1º; 475-L, II, § 1º, CPC etc.), mas, sempre, tendo como norte a unificação da jurisprudência nacional.

Os dois institutos apresentados por último – a Impugnação ao cumprimento de sentença fundada na inconstitucionalidade do título judicial e a Ação Rescisória por afronta à lei – são, propositadamente, deixados para o fim, porque, ao proporcionarem a aplicação retroativa do novo precedente, têm grande relação com a segunda parte do trabalho – que trata da eficácia temporal dos precedentes. Ressalte-se que a Ação Rescisória por afronta à lei (art. 485, V, CPC), apesar de ser um instituto bastante antigo, foi citada no rol que será apresentado a seguir, primeiro, porque também proporciona a aplicação uniforme do direito e, segundo, porque encontra-se sobremaneira imbricada com o tema da eficácia temporal dos precedentes.

Observe-se a evolução do Direito brasileiro rumo ao precedente vinculante:

i) - Permissão para que o Relator de RESP e RE, no STJ e STF, respectivamente, julguem monocraticamente, quando o acórdão recorrido contrariar a jurisprudência dominante da Corte - Art. 38 da Lei nº 8.038 de 28.05.1990:

Art. 38. O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

ii) Atribuição de efeitos vinculantes à decisão proferida em Ação Declaratória de Constitucionalidade - Art. 102, § 2º da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 03/1993:

Art. 102. [...]

[...]

§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Observe-se que o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99 estendeu efeito vinculante à ADIN e, posteriormente, EC nº 45/2004 alterou a redação do § 2º, do art. 102, da CF, também estendendo os efeitos vinculantes à ADIN. Ressalte-se, ainda, que o STF, em 07.11.2002, na Questão de Ordem na Reclamação nº 1.880, declarou constitucional o art. 28, p.u., da Lei nº 9.868/99, que estendeu eficácia vinculante à ADIN.

iii) Julgamento monocrático pelo Relator, quanto à inadmissibilidade, provimento ou desprovimento de recurso, quando encontrar fundamento em súmula ou jurisprudência dominante do STJ ou STF - Art. 557 do CPC com as alterações da Lei nº 9.139 de 30.11.1995 e da Lei nº 9.756 de 17.12.1998:

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.

§ 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.

iv) Julgamento monocrático pelo Relator no STJ e STF, para em agravo de instrumento, dar provimento ao RESP ou RE inadmitido, quando o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante dessas Cortes - Art. 544, § 3º, com redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998, DOU 18.12.1998:

§ 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí por diante, o procedimento relativo ao recurso especial.

v) Julgamento monocrático pelo Relator do Conflito de Competência, quando houver jurisprudência dominante do tribunal sobre a matéria – Art. 120, parágrafo único, acrescentado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998, DOU 18.12.1998:

Art. 120. [...]

Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente.

vi) Dispensa da reserva do plenário, quanto à argüição de inconstitucionalidade, quando já houver decisão do plenário ou órgão especial do próprio tribunal ou do plenário do STF - Art. 481, parágrafo único, do CPC, acrescentado pela Lei nº 9.756/98:

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

Observe-se que essa alteração do CPC decorreu de precedente do STF: RE 191.898/RS, 1ª T., Rel., Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.08.1997.

vii) Efeitos vinculantes da Declaração de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade - Art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868 de 10.11.99:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Observe-se que essa mesma lei permitiu **a atribuição de efeito vinculante nas decisões liminares sobre a (in) constitucionalidade:**

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

[...]

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

viii) Efeito vinculante na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882 de 03.12.99 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental):

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

[...]

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

ix) - Afetação de julgamento a órgão indicado pelo regimento interno - Art. 555, § 1º, do CPC, Acrescentado pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001:

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

x) Precedente vinculante em controle difuso de constitucionalidade – Medida Cautelar no RE 376.852/SC; votos dos Min. Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação nº 4.335 e o voto do Min. Gilmar Mendes no RE 197.917;

xi) Súmula impeditiva de recurso - Art. 518, § 1º, do CPC, acrescentada pela Lei nº 11.276, de 07.02.2006:

Art. 518. [...]

[...]

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

xii) Repercussão geral - Art. 102, § 3º, da CF, acrescentado pela EC nº 45/2004; art. 543-A, acrescentado pela Lei nº 11.418, de 19.12.2006, DOU 20.12.2006:

Art. 102. [...]

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

[...]

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

[...]

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

xiii) Julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial – Arts. 543-B e 543-C do CPC, acrescentado pela Lei nº 11.418, de 19.12.2006, DOU 20.12.2006:

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.

§ 1º 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.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 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.

§ 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.

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 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.

[...]

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 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.

§ 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.

xiv) - Súmula Vinculante – Art. 103-A acrescentado pela EC nº 45/2004; Lei nº 11.417 de 16.12.2006.

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que,

julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Artigo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, DOU 31.12.2004)

xv) Inexigibilidade do título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF – Art. 475-L, II, § 1º, do CPC, acrescentado pela Lei nº 11.232, de 22.12.2005, DOU 23.12.2005:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

[...]

II - inexigibilidade do título;

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Observe-se que no mesmo sentido já rezava o parágrafo único, do art. 741, do CPC, acrescentado pela Medida Provisória (MP) nº 2.102-27, de 26.01.2001, reeditada na MP nº 2.180-35, de 24.08.2001.

xvi) Ação rescisória por afronta à lei – Art. 485, V, do CPC; o Enunciado nº 343 da Súmula do STF e o atual entendimento do STF acerca de sua inaplicabilidade, quando a demanda versar sobre matéria constitucional:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

V - violar literal disposição de lei;

4.8 A IDENTIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO E AS CONSEQUÊNCIAS DAÍ DERIVADAS: RECLAMAÇÃO; LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Do exposto até aqui, pode-se concluir que atualmente constituem-se em *vinculantes*, no Direito brasileiro, os seguintes precedentes: i) as decisões definitivas do STF no controle concentrado de constitucionalidade⁹⁶; ii) as decisões que deferem liminar em ADIN, ADC e ADPF⁹⁷; iii) as decisões definitivas do Pleno do STF sobre (in) constitucionalidade de lei em sede de Recurso Extraordinário⁹⁸; iv) as decisões do STF acerca da *repercussão geral*⁹⁹; v) as decisões do STF em Recurso Extraordinário, versando sobre causas repetitivas¹⁰⁰; vi) as Súmulas Vinculantes¹⁰¹; vii) os precedentes do STJ que representem sua jurisprudência uníssona, com relação às turmas recursais estaduais¹⁰² e, viii) as decisões dos Tribunais de Justiça em sede de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestados, única e exclusivamente, em face da Constituição Estadual¹⁰³.

Consoante já afirmado, brevemente serão acrescentadas mais duas decisões ao rol dos *precedentes obrigatórios* ou *vinculantes*. É que o Anteprojeto do Novo Código Civil prevê (a) *o incidente de resolução das demandas repetitivas*, cuja decisão tem efeito vinculante (arts. 898, 903 e 906); assim como (b) estabelece que as decisões do STJ em Recurso Especial repetitivo, gozarão de eficácia vinculante, nos termos dos arts. 956, 957 e 958.

O presente trabalho não tem como escopo tratar analiticamente de todos os supracitados precedentes vinculantes, mas sim demonstrar que o sistema brasileiro há muito vem recepcionando institutos próprios de países da tradição do *common law*; que a adoção do precedente vinculante já é uma realidade no Brasil há quase 20 (vinte) anos e que ainda não se

⁹⁶ Art. 102, § 2º, da CF; art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868 e art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99.

⁹⁷ Arts. 11, § 1º e 21, da Lei nº 9.868/99 e art. 5º, da Lei nº 9.882/99.

⁹⁸ Por exemplo: Voto condutor do Min. Gilmar Mendes na Medida Cautelar no RE 376.852/SC; votos dos Min. Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação nº 4.335 e o voto do Min. Gilmar Mendes no RE 197.917.

⁹⁹ Arts. 543-A, § 5º e 543-B, § 2º, do CPC.

¹⁰⁰ Art. 543-B, §§ 3º e 4º, CPC.

¹⁰¹ Art. 103-A, CF e art. 2º, Lei nº 11.417/2006.

¹⁰² Resolução nº 12/2009 do STJ e EDcl no RE nº 571.572.

¹⁰³ O art. 125, § 2º, da CF faculta aos Estados a criação em suas Constituições do controle de constitucionalidade concentrado de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual. Vários Estados instituíram em suas Constituições o controle concentrado de constitucionalidade; de forma que, em consonância com o princípio da simetria, suas decisões nessas ações abstratas gozam de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 1328-1331).

completou a caminhada do direito pátrio rumo à uniformização e estabilização da jurisprudência, bastando, para tanto, analisar-se o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Assentadas essas premissas, interessa ao estudo tratar dos efeitos temporais dos precedentes dos Tribunais Superiores, visando sistematizá-los, a fim de evitar a indevida aplicação retroativa, causando violação à regra da irretroatividade da *norma jurídica*, ao princípio da segurança jurídica e seus subprincípios da previsibilidade, não surpresa, proteção da confiança e boa-fé objetiva.

A princípio pensou-se em tratar detidamente de algumas espécies de *precedentes obrigatórios* como a súmula vinculante, repercussão geral e recurso extraordinário em causas repetitivas. Porém, concluiu-se pela prescindibilidade dessa abordagem, tendo em vista que já há, no Brasil, vasta literatura tratando desses institutos. Além disso, caso se decidisse por tratar desses precedentes vinculantes, a consequência lógica seria discorrer também sobre os demais precedentes vinculantes e, aí, correr-se-ia o risco de perder o foco do trabalho, razão pela qual optou-se por não abordá-los analiticamente.

Assinale-se, por oportuno, que a admissibilidade do precedente vinculante em um sistema jurídico, como sói acontecer no Brasil, traz inegáveis consequências, dentre as quais, reputam-se como mais relevantes as seguintes: *a)* o cabimento de Reclamação, para garantir a autoridade dos precedentes obrigatórios; *b)* a litigância de má-fé daqueles que demandam em sentido contrário ao precedente vinculante e, *c)* o cabimento de antecipação de tutela em favor de quem atua em consonância com precedente vinculante.

4.8.1 Reclamação

A Reclamação, de acordo com a corrente a que se filia o autor do presente estudo, constitui-se numa ação autônoma de impugnação de ato judicial, com previsão constitucional, para preservar a competência ou garantir a autoridade das decisões do STF e STJ.

A Reclamação, inicialmente, foi estabelecida nos arts. 102, I, “*l*”; e 105, I, “*f*” da Constituição Federal, com o escopo de preservar a competência do STF e STJ, bem como assegurar a autoridade das suas decisões. Ressalte-se que até o julgamento da Questão de Ordem na Reclamação nº 1.880, em 07.11.2002, a jurisprudência do STF não considerava parte legítima a propositura da reclamação o terceiro que tivesse, subjetivamente, interesse jurídico ou econômico na observância da decisão em controle concentrado de

constitucionalidade, de forma que só se conhecia das reclamações propostas por um dos colegitimados do art. 103 da CF (LENZA, 2010, p. 296).

A previsão da reclamação, atualmente, não se encontra restrita apenas aos supracitados dispositivos da Constituição Federal, eis que também encontram previsão no 103-A, § 3º, da CF e no art. 7º da Lei nº 11.417/2006, que regulamenta a súmula vinculante; na Lei nº 8.038/90 (arts. 13 a 18); no Regimento Interno do STF (arts. 156 a 162) e do STJ (arts. 187 a 192); na Resolução nº 12 do STJ, que regulamenta as reclamações contra acórdãos das turmas recursais estaduais que divergirem da jurisprudência do STJ; nas Constituições de diversos Estados e, nos Regimentos Internos do TST, TSE e STM, quanto a este último, também fora tratada na Lei nº 8.457/92 e Código de Processo Penal Militar.

A natureza da reclamação é matéria controvertida na doutrina pátria. Há os que consideram-na um recurso, a exemplo de Orozimbo Nonato, Amaral Santos e Alcides de Mendonça Lima; outros, como Moniz de Aragão Ribeiro Dantas (2003, p. 330-331) e Nelson Nery Jr. (2004, p.107, 116-117) entendem-na como simples incidente processual. Há, ainda, aqueles que, a exemplo de Ada Pellegrine Grinover (2009, p. 127-130), atribuem à reclamação a natureza de “direito de petição” (CF, art. 5º, XXXIV, letra “a”); inclusive, esse fora o entendimento adotado pelo STF na ADI nº 2.212-1/CE, que teve como Relatora a Min. Ellen Gracie.

Porém, o entendimento que parece mais acertado é o de que a Reclamação tem natureza de ação autônoma, tese essa perfilhada por Silva Pacheco, Pontes de Miranda, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2003, p. 331, 353); Leonardo José Carneiro da Cunha (2007, p. 485-490); Fredie Didier Jr. (2010, p. 459-462) e outros.

Com efeito, a Reclamação tem natureza de ação autônoma, porque depende de provocação de uma das partes ou do Ministério Público; enseja o exercício de jurisdição contenciosa, produzindo decisão acobertada pelo manto da coisa julgada material. Além disso, a propositura da Reclamação exige capacidade postulatória dentre outras características, que, indubitavelmente, relevam sua natureza de ação autônoma.

A Reclamação não se sujeita a prazo preclusivo, podendo ser ajuizada a qualquer tempo; porém, deve ser intentada antes do trânsito em julgado do ato judicial que se alega como desrespeitoso à decisão ou competência do Tribunal. Nesse sentido o Enunciado nº 734 da Súmula do STF: *“Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal”*.

Questão interessante se afigura o cabimento de reclamação para garantir o respeito às decisões dos tribunais de justiça.

O STF no julgamento da ADI nº 2.212-1/CE entendeu que, uma vez prevista na Constituição Estadual, seria cabível a Reclamação para impor respeito às decisões de Tribunal de Justiça, em virtude do princípio da simetria e da efetividade das decisões.

O estranho é que nesse mesmo julgado o STF entendeu descabida a Reclamação para impor respeito às decisões de Tribunal Regional Federal (TRF), sob o argumento de que a competência desses é tratada pela Constituição Federal e tal Diploma não estabeleceu a Reclamação para assegurar a competência ou garantir a autoridade das decisões dos TRF's.

Com a *devida venia* à decisão do STF, é de se entender que a Reclamação é plenamente cabível para impor respeito às decisões dos TRF's, primeiro, em virtude do princípio da efetividade das decisões, invocado pelo próprio STF em seu precedente; segundo, em decorrência da doutrina dos poderes implícitos, segundo a qual se a Constituição dá a um Tribunal a competência para julgar determinada causa, dá-lhe também a competência para assegurar o respeito a sua decisão.

Para os fins do presente estudo, o que interessa destacar é que a eficácia vinculante dos precedentes assegura a todo aquele que se sinta prejudicado com a decisão *per incuriam* (que não observou o precedente) o direito de propor reclamação perante a Corte que produziu o precedente obrigatório. Aliás, esse é o entendimento que o Min. Gilmar Mendes vem defendendo no STF, a exemplo do seu voto na Reclamação nº 4.335¹⁰⁴, que se encontra pendente de julgamento e com votação empatada, onde se manifestou pelo acolhimento da reclamação, tendo em vista que a decisão proferida pelo STF no HC nº 82.959 – declarando a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos – tinha eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, mesmo na ausência da Resolução Suspensiva do Senado (art. 52, X, CF).

Nesse sentido, andou bem o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil ao estabelecer o cabimento de reclamação nos casos de inobservância à decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme se depreende do seu art. 906, *in verbis*:

Art. 906. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação serão regulados pelo regimento interno do respectivo tribunal.

¹⁰⁴ Informativo do STF nº 463,04 de março de 2011.

4.8.2 Litigância de má-fé

Embora o instituto da litigância de má-fé esteja sendo muito pouco utilizado pelos tribunais brasileiros, defende-se que é hora de mudar essa cultura, pois litigar contra pretensão resguardada em precedente vinculante é litigar contra direito de juridicidade ostensiva.

O Código de Processo Civil brasileiro, ao estabelecer os deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo (art. 14, incisos I a V); ao tipificar as hipóteses de litigância de má-fé (art. 17, incisos I a VII); ao vedar o emprego de expressões injuriosas (art. 15) e os atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 600, I e II), bem como ao prever a responsabilização pela prática de tais atos (arts. 16 e 18), regulamentou a litigância de má-fé, instituto bastante semelhante ao *contempt of court* dos ordenamentos do *common law*.

A origem do *contempt of court* está associada à ideia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização de meios capazes de tornar eficazes suas decisões. Configura-se *Contempt of Court* a prática de qualquer ato que tenda a ofender um tribunal na administração da justiça; a obstruir o cumprimento das funções jurisdicionais ou a diminuir a autoridade ou dignidade das decisões, destacando-se, nesse particular, a desobediência a uma ordem judicial (GRINOVER, 2009, p. 212-214).

Márcio Louzada Carpena (2010, p. 16) bem conceitua o instituto do *contempt of court* como “o desrespeito de alguém para com a autoridade do órgão judicial, podendo derivar tanto de uma ação quanto de uma omissão. Significa, em verdade, uma afronta ao povo e à dignidade da jurisdição, a qual não pode ser tolerada, devendo, sim, ser punida exemplarmente”.

É fácil perceber que tanto o instituto da litigância de má-fé, como o *contempt of court* dos *common lawyers* está mais diretamente relacionado aos atos de descumprimento de ordem judicial, desacato à decisão do juiz e atos que obstruem a atividade jurisdicional; todavia, não quer isso significar que não haja espaço para condenação nas penas da litigância de má-fé àquele que demanda em sentido contrário a precedente vinculante, pois a interpretação sistemática dos arts. 14 e 17 do CPC já autoriza a construção desse sentido.

Com efeito, o art. 14, I e II, do CPC estabelece que é dever das partes proceder com lealdade e boa-fé, assim como não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento.

O art. 17, I, V e VII, do CPC, por sua vez, reputa litigante de má-fé aquele que “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”; “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo” e que “interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

Conforme restará melhor demonstrado na segunda parte do presente trabalho, as normas jurídicas não são os textos de lei, nem o conjunto deles, e sim os sentidos construídos a partir da conformação constitucional e da interpretação sistemática dos textos legais. Os dispositivos de lei constituem-se no objeto da atividade hermenêutica e, as normas, no seu resultado (ÁVILA, 2009, p. 30).

Assim, a interpretação atual e sistemática do art. 17, I, do CPC conduz à conclusão de que litiga de má-fé aquele que deduz pretensão contra precedente vinculante, que cristaliza o sentido de determinado dispositivo legal, ou melhor, afigura-se litigante de má-fé aquele que ajuíza ação mesmo sabendo que a resistência da parte adversa encontra-se fundada em precedente vinculante.

Da mesma forma, a interpretação sistemática do art. 17, V e II, autoriza concluir que se afigura litigante de má-fé aquele que, sabendo não ter razão, em virtude de a pretensão do autor estar embasada em precedente vinculante, prolonga indevidamente o andamento do feito, apresentando defesa e recursos contra direito de juridicidade ostensiva. Nesse sentido, as lições de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (1999, p. 423-425) são elucidativas:

1. Conceito de litigante de má-fé. É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbis litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas *positivamente*, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 14.

[...]

15. Lide temerária. A norma veda ao litigante ou interveniente, agir de modo temerário ao propor a ação, contestá-la ou em qualquer incidente ou fase do processo. Proceder de modo temerário é agir afoitamente, de forma açodada e anormal, tendo consciência do injusto, de que não tem razão. (...)

[...]

19. Recurso manifestamente infundado. O direito de recorrer é constitucionalmente garantido (CF 5º LV). No entanto, o abuso desse direito não deve ser tolerado pelo sistema. Esta é a razão pela qual é correta e constitucional a previsão do CPC 17 VII. (...) O recurso é manifestamente infundado quando o recorrente tiver a intenção deliberada de retardar o trânsito em julgado da decisão, por espírito procrastinatório. É também manifestamente infundado quando destituído de fundamentação razoável ou apresentação sem as imprescindíveis razões do inconformismo. O recurso é, ainda, manifestamente infundado quando interposto

sob fundamento contrário a texto expresso de lei ou a princípio sedimentado da doutrina e jurisprudência. (grifos nossos)

Sérgio Shaione Fadel (2003, p. 46) também defende que se configura litigância de má-fé a interposição de recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou STJ, consoante se depreende do transcrito, *ad litteram*:

São protelatórios os recursos manifestamente inadmissíveis, improcedentes, prejudicados ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557), conforme se vê dos comentários aos arts. 538 e 557 destes Comentários.

Ora, se a interposição de recurso em confronto com jurisprudência dominante do STF ou STJ configura litigância de má-fé, com muito mais razão configurará litigância de má-fé o ajuizamento de ação, a apresentação de defesa ou a interposição de recurso em sentido contrário a precedente vinculante, pois nesses casos o do direito de ação e de defesa é exercido em manifesto abuso de direito.

Ressalte-se que o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil não inovou quanto à litigância de má-fé, já que seus arts. 66 e 69 praticamente repetem os arts. 14 e 17 do CPC.

4.8.3 Antecipação de tutela

O atual sistema processual brasileiro já permite perfeitamente a conclusão acerca do cabimento de antecipação de tutela, em favor de quem atua em consonância com precedente vinculante, sem a necessidade de restar configurada a prova inequívoca de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

É que o art. 273, *caput*, do CPC exige como requisito para a concessão de tutela antecipada a presença da *prova inequívoca, que convença da verossimilhança da alegação* e mais um dos dois seguintes requisitos: a) *o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*; ou b) *o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*.

Pois bem, mesmo não restando configurado o *periculum in mora*, se a parte autora deduz pretensão embasada em súmula vinculante, deve-lhe ser concedida antecipação de

tutela, tendo em vista que, diante dos princípios da efetividade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVII, CF), não se afigura razoável postergar a prestação da tutela jurisdicional a um momento futuro, quando há instituto previsto em lei que permite o deferimento imediato de provimento em favor da parte.

Com efeito, se a parte autora ajuizou ação apresentando causa de pedir e pedido em consonância com precedente vinculante, é porque atende ao primeiro requisito necessário à antecipação de tutela (*prova inequívoca, que convença da verossimilhança da alegado*); por outro lado, se a parte autora necessitou vir a juízo, mesmo ostentando direito reconhecido por precedente vinculante, é porque o réu resistiu indevidamente a sua pretensão, de forma que sua defesa é ou será um ato de manifesto abuso de direito – segundo requisito necessário à antecipação de tutela.

Por tais motivos é que se defende a concessão de tutela antecipada em favor de quem demanda com fulcro em precedente vinculante, mesmo que não esteja presente o *periculum in mora*; desde que não haja risco de irreversibilidade da medida (art. 273, § 2º, CPC).

Vale salientar que nesse sentido o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil traz importante inovação ao criar o instituto da “tutela da evidência”, no art. 285, que dispõe:

Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante. (grifos nossos).

5 A EFICÁCIA TEMPORAL DOS PRECEDENTES

5.1 A RELEVÂNCIA DO ESTUDO DOS EFEITOS TEMPORAIS DO PRECEDENTE

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, defende-se no presente trabalho a adoção do precedente vinculante no Brasil, principalmente, visando imprimir maior segurança na realização do direito, já que é bem mais seguro para a sociedade traçar suas pautas de conduta diante das leis, após a orientação jurisprudencial dos tribunais acerca de como essas leis devem ser interpretadas/aplicadas.

Por conseguinte, há grande relevância na sistematização da eficácia temporal dos precedentes, mormente dos vinculantes, a fim de que os mesmos não venham a gerar insegurança, retroagindo sobre relações jurídicas consolidadas e casos já transitados em julgado e, prejudicando aqueles que, calcados na boa-fé objetiva, pautaram seu agir com precisa observância da orientação dos Tribunais Superiores¹⁰⁵.

Essa questão da eficácia temporal do precedente vinculante ganha ainda mais relevo, quando o mesmo anuncia uma nova norma jurídica, uma interpretação da lei em sentido destoante da “concepção geral sobre a questão de direito”¹⁰⁶, ou uma interpretação que revoga ou modifica substancialmente um precedente anterior de orientação diversa.

Nesse particular, não se pode olvidar que as normas jurídicas não são os textos de lei, nem o conjunto deles, e sim os sentidos construídos a partir da conformação constitucional e da interpretação sistemática dos textos legais. Os dispositivos de lei constituem-se no objeto da atividade hermenêutica e, as normas, no seu resultado (ÁVILA, 2009, p.30).

Com efeito, “a matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui uma mera possibilidade de Direito. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido próprio pelo intérprete” (ÁVILA, 2009, p. 24).

Ademais, de acordo com Hart (2010a, p. 114-119), toda regra tem um núcleo de certeza onde a maioria dos casos são encontrados e onde sabemos que ela deve ser aplicada

¹⁰⁵ A expressão Tribunais Superiores abarca o Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Superior Tribunal Militar (STM), porém, para o fins do presente trabalho, quando se falar em Tribunais Superiores, pode-se ler STF e STJ.

¹⁰⁶ Por concepção geral da questão de direito, deve-se entender a compreensão pacífica, clara, sobre a questão jurídica, na doutrina, nas Universidades, nos tribunais, entre os advogados etc. (MARINONI, 2010a, p. 25).

ou não; porém, em virtude da textura aberta da linguagem do Direito, existem inúmeros casos em que há margem de dúvida, uma zona de penumbra, onde não se sabe com clareza se a regra deve ou não ser aplicada, casos esses nos quais cabe ao juiz exercer seu poder discricionário (criativo) e, em decidindo o caso concreto, tornar a regra menos vaga para os casos futuros.

A atividade do intérprete, seja ele julgador ou cientista, não se restringe a desentranhar ou descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados à luz dos valores então vigentes na sociedade (ÁVILA, 2009, p. 32).

Assim, dúvida inexistente que a atividade do juiz de realização (aplicação) do direito é interpretativa e criativa, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionabilidade e escolha e, portanto, de criatividade (CAPPELLETTI, 1993, p. 23-24). Daí a importância de ter-se bem fixada a noção de que o juiz, ao decidir uma demanda, cria, necessariamente, duas normas: (a) a primeira (*norma jurídica*), de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão/valoração dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação à Constituição e às leis como um todo; (b) a segunda (*norma individual* do caso concreto) constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 382)¹⁰⁷.

Por isso é que, atualmente, restando evidente que a norma jurídica é construída pelo intérprete, admitir que um novo precedente, com sentido diverso da anterior orientação jurisprudencial, seja aplicado a atos e fatos passados, implica flagrante desrespeito à regra¹⁰⁸ da *irretroatividade da lei*, que, na verdade, quer significar *irretroatividade do direito*.

Bentham (apud BOBBIO, 2006, p. 98), já no início do século XIX, preocupava-se com a *retroatividade do direito no common Law*. Afirmava que, quando o juiz cria um novo precedente, ou melhor, quando decide um caso que não pode ser resolvido com base numa norma concreta deduzível dos precedentes já existentes, resolve esse caso com uma norma que na realidade ele mesmo cria *ex novo*. Esclarece, ainda, que tal norma, em se aplicando a um comportamento assumido quando ela própria não havia nascido, tem eficácia retroativa. O

¹⁰⁷ Tal matéria será melhor abordada no item 5.3.1.

¹⁰⁸ Neste trabalho, adota-se a doutrina de Humberto Ávila (2009, p. 29-182) de distinção das categorias normativas em normas de 1º e 2º grau – as primeiras, regras e princípios e, as segundas, postulados normativos – de acordo com a qual as regras impõem diretamente um determinado comportamento, para, indiretamente, atingir determinado fim; ao passo que os princípios visam diretamente um determinado fim e, só indiretamente, impõem uma conduta, de forma que no confronto entre regra e princípio de mesmo grau hierárquico deve prevalecer aquela, tendo em vista que pela noção de reprovabilidade é muito mais grave inobservar uma regra que um princípio. Tal matéria será analiticamente abordada a partir do item 4.3.4.

mais grave é que em sistemas que adotam o *stare decisis* a nova norma criada não tem influência apenas para o caso concreto, mas também para julgamentos futuros, que podem, inclusive, ter como objeto atos e fatos ocorridos antes do surgimento desse novo precedente, o que contraria o clássico princípio da irretroatividade da lei.

Cappelletti (1993, p. 85-86) também se ocupou da *eficácia retroativa* das decisões judiciais criativas, enfatizando que o novo precedente aplica-se usualmente a fatos e situações ocorridas anteriormente, tendo, pois, efeito retroativo, o que vai de encontro aos valores da certeza e da previsibilidade, pegando a parte de surpresa. Em seguida, sugere que os tribunais devem mitigar tais iniquidades da eficácia retroativa do novo precedente, adaptando, moderando e também limitando ou postergando os efeitos de tal mudança, evitando, assim, injusto prejuízo às partes do caso concreto e aos sujeitos em situações similares.

Nesse sentido, Cappelletti (1993, p. 85) cita o Lord Delvin (Lord Chancellor) que, falando para todos os *Law Lords*, anunciou, em 1966, a intenção da *House of Lords* britânica de mudar a prática até então vigente, passando a permitir a superação de seu próprio precedente, quando lhe pareça justo agir de tal maneira. Porém, advertiu que antes de agir de tal modo a *House of Lords* não pode olvidar o perigo de perturbar retroativamente a base sobre a qual foram estipulados contratos, decididas transferências, feitos pagamentos etc.

Não se pode perder de vista que a reiterada e contínua aplicação de uma norma jurídica traz sérias consequências para o comportamento do cidadão, principalmente, quando, de boa-fé, ele a cumpre, na crença da legitimidade a ele conferida por juízos do próprio Poder Judiciário (FERRAZ JR.; CARRAZZA; NERY JR., 2009, p. 230).

Com efeito, para se vislumbrar a importância da questão, basta compreender que o reconhecimento de efeitos retroativos à decisão que anuncia um novo precedente – que revoga ou modifica um precedente anterior de orientação diversa – implica, ao menos em tese, sua aplicação sobre fatos e atos já realizados sob a égide da anterior orientação jurisprudencial (SOUZA, 2006, p. 155).

Referindo-se à jurisdição constitucional, García de Enterría (1992, p. 12-13) bem demonstra que, por vezes, a aplicação de efeitos retroativos (*ex tunc*) à declaração de inconstitucionalidade de lei pode causar catástrofes não só para o caso concreto, mas também para inúmeros outros casos. Exemplifica afirmando que se a declaração de nulidade, decorrente de infração constitucional tardiamente descoberta, tornar ineficaz a execução de uma lei aplicada incolumemente durante anos – retirando o suporte de inúmeros atos jurídicos, talvez derrubando setores inteiros administrativos ou econômicos – não tem

utilidade para nada, e sim danos para muitos ou para toda a comunidade. Nesse caso a justiça extrema se converteria em extrema injustiça.

Com base nessas razões foi que a jurisprudência norte-americana evoluiu para mitigar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade¹⁰⁹, atribuindo-lhe, em determinados casos, efeitos prospectivos (*pro futuro, ex nunc*) (SESMA,1995, p. 173).

No Direito português, há previsão expressa no sentido de que o Tribunal Constitucional pode limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (não atribuir-lhe efeito *ex tunc*), em virtude de razões de segurança jurídica, de equidade e de interesse público de excepcional relevo. Nesse sentido, leia-se o art. 282, (4), da Constituição, que estabelece:

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. (grifos nossos).

Segundo Rui Medeiros (1999, p. 689 e 704), a aplicação prospectiva da declaração de inconstitucionalidade, prevista no art. 282, (4), da Constituição portuguesa, vem sendo amplamente utilizada, desde sua adoção, pois entre os anos de 1983 a 1986, quase 1/3 das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral teve efeitos restritos e, essa tendência manteve-se também entre 1989 e 1997, eis que das cinquenta declarações de inconstitucionalidade proferidas em processos de controle abstrato de normas, pelo menos dezoito teriam sido com limitação de efeitos.

¹⁰⁹ Nos Estados Unidos e, no mundo ocidental como um todo, predomina o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de acordo com o qual a declaração de inconstitucionalidade apanha a lei *ab initio*, pois se a lei foi declarada inconstitucional é por que assim o era desde seu nascimento. Tal questão será abordada amiúde em item próprio.

Jorge Miranda (1991, p. 500-502), acerca dos benefícios da aplicação de efeitos prospectivos à pronúncia de inconstitucionalidade, afirma que é imprescindível para fugir das consequências demasiado gravosas da declaração de inconstitucionalidade, assim como para deixar o Tribunal Constitucional mais à vontade para atualizar a interpretação da Constituição, já que a aplicação de efeito prospectivo constitui-se numa válvula de segurança, para evitar o caos jurídico. Nesse sentido afirmou:

A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.

Destarte, se em virtude de os Tribunais Superiores terem decidido de forma reiterada num determinado sentido, os jurisdicionados pautaram seu agir nessa direção, não podem ser surpreendidos com a eficácia retroativa de um novo precedente revogador ou modificador, eis que agiram de boa-fé e confiando na orientação jurisprudencial remansosa e pacífica. Nesse caso, a anterior orientação jurisprudencial deve ser entendida como uma *norma jurídica "a"*, que fora substituída por uma *norma jurídica "b"* (novo precedente), cujo sentido somente fora construído, quando do julgamento, devendo, pois, ser considerado como um *novo direito*, que não pode retroagir para alcançar atos e fatos passados.

Em casos tais, deve-se atribuir eficácia prospectiva ao novo precedente, a fim de que os atos e fatos sejam regidos pela norma jurídica (*ratio decidendi* cristalizada na jurisprudência) vigente ao seu tempo, em respeito à máxima *tempus regit actum*.

Ou seja, em certa medida, pode-se falar até em ultratividade do precedente revogado, pois mesmo após o surgimento do novo precedente, ele continua sendo aplicável para reger as relações jurídicas, atos e fatos nascidos sob sua égide, de forma semelhante ao que ocorre com a lei revogada.

Nesse sentido as palavras de Nelson Nery Jr. (2009, p. 98) são esclarecedoras:

Mesmo depois de adotado novo posicionamento do tribunal sobre determinado assunto, o tribunal deve aplicar sua jurisprudência anterior aos casos futuros que lhe sejam apresentados, mas respeitantes a fatos ocorridos na vigência da jurisprudência anterior.

Esse entendimento parece-nos coerente com o princípio da irretroatividade, que tem sede na segurança jurídica e na boa-fé, pois se o jurisdicionado praticou atos ou celebrou negócios jurídicos (privados ou administrativos) sob a égide do entendimento anterior do tribunal, estava de boa-fé ao fazê-lo e confiou que seu procedimento estaria correto, porque respaldado em posicionamento jurisprudencial de tribunal superior.

Não se discute que uma lei, mesmo depois de revogada, em regra, deve ser aplicada para reger os atos e fatos ocorridos durante sua vigência¹¹⁰. Por que, então, não se entender o mesmo com o precedente revogado?

5.2 CLASSIFICAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DO PRECEDENTE

Lato sensu, há dois tipos de efeitos do novo precedente quanto ao tempo, quais sejam, a *eficácia retroativa* e a *prospectiva*. Entretanto, uma análise mais acurada da doutrina e da prática dos tribunais ingleses e americanos revela a existência de variantes desses dois principais tipos, que partem de ligeiras adaptações, visando superar os problemas existentes em ambos os modos de aplicação (SOUZA, 2006, p. 157).

De logo, é importante esclarecer que cada uma dessas duas matrizes originais encontra-se mais ligada a uma determinada tradição jurídica. Na Inglaterra, como reflexo da teoria declaratória do precedente – de acordo com a qual a decisão judicial não cria direito, mas apenas o evidencia – o precedente revogador, em regra, tem efeito retroativo, pois tal fato não significa que o direito expressado no precedente revogado estava errado, e sim que tal precedente havia expressado imperfeitamente o direito, isso por causa da ficção de que, quando estabelece o direito, uma Corte está estabelecendo-o como sempre foi. Já nos Estados Unidos, como fruto da Escola do realismo jurídico, que defende a criação judicial do direito, foi natural o surgimento de técnica alternativa de aplicação do precedente revogador, através da qual este não tem, necessariamente, efeitos retroativos (SESMA, 1995, p. 77).

Ressalte-se que a adoção prévia de uma ou outra matriz – retroatividade ou prospectividade – influencia fortemente a atitude dos juízes e tribunais quanto à mudança da

¹¹⁰ “Nessa idêntica linha de pensamento, pondera Carnelutti que, ‘se a lei nova regulasse os atos já realizados sob o domínio da lei anterior, *modificando seus efeitos*, toda certeza esvaeceria e o direito, antes que uma ordem, seria um caos. Não se trata de mero *respeito ao passado*, como, com vaga intuição, sustenta Pace, mas, sim, de uma *específica garantia da certeza e, como esta, da estabilidade dos efeitos jurídicos*’.” (TUCCI, 1997, 43-44)

orientação jurisprudencial, já que as Cortes, quando adotam a eficácia temporal retroativa, tendem a ser mais conservadoras, hesitando em realizar mudanças abruptas de entendimento sobre determinada questão; ao passo em que tendem a ser mais liberais, quando o novo precedente não alcança situações anteriores (SOUZA, 2006, p. 159).

Como ressalta García de Enterría (1989, p. 13), a jurisprudência e doutrina norte-americana têm invocado frequentemente um argumento evidente, isto é, se não se admitisse o pronunciamento prospectivo, não se declararia a inconstitucionalidade em grande número de casos. A doutrina rígida da nulidade retroativa da lei declarada inconstitucional conduz a uma grande restrição, um forte freio ao pronunciamento de inconstitucionalidade.

Dias de Souza (2006, p. 157-159), após analisar as classificações defendidas por Pomorski e Sesma, adotando uma linguagem mais familiar ao jurista da tradição romano-germânica, propõe sua própria classificação, como será visto a seguir.

Pomorski (apud SESMA, 1995, p. 170) classifica os efeitos temporais atribuíveis ao novo precedente em: **a)** aplicação puramente prospectiva (*purely prospective application*) – quando o tribunal só aplica o novo precedente aos fatos acontecidos após o surgimento da nova regra, não a aplicando nem mesmo ao caso em julgamento; **b)** aplicação prospectiva regular (*regular prospective application*) – quando o tribunal não aplica a nova regra a fatos passados, exceto aos fatos do caso ante o tribunal, que são afetados pela nova regra; **c)** aplicação plenamente retroativa (*full retroaction*) – quando o tribunal aplica a nova regra aos fatos acontecidos antes e depois do seu surgimento, inclusive, àqueles já passados em julgado e, **d)** aplicação retroativa limitada (*limited retroaction*) – quando o tribunal aplica a nova regra aos fatos que existiam antes de ela ter sido criada, ressaltando apenas os casos que já tiveram sentença definitiva.

Sesma (1995, p. 170-171), por sua vez, sugere a seguinte classificação: **a)** aplicação retroativa – quando o tribunal aplica a nova regra retroativamente, permitindo que regule tanto os fatos acontecidos antes como depois da decisão; **b)** aplicação prospectiva – quando o tribunal aplica o novo precedente apenas para regular as condutas que ocorreram depois do seu surgimento; **c)** aplicação prospectiva-prospectiva – quando o tribunal ao criar o novo precedente dispõe que o mesmo deve ser aplicado apenas a partir de uma determinada data futura e, **d)** aplicação quase prospectiva – quando o tribunal aplica a nova regra a fatos passados apenas com relação às partes e, no mais, prospectivamente, no futuro.

Como se pode observar, não há grande diferença de conteúdo entre uma e outra classificação, eis que diferem apenas da denominação e, sutilmente, quanto à *aplicação*

prospectiva a termo do novo precedente, como sói acontecer no Brasil com a modulação dos efeitos da decisão na jurisdição constitucional.

Dias de Souza (2006, p. 159), cuja classificação dos efeitos temporais dos precedentes se adota como referencial teórico no presente trabalho, tipifica os efeitos temporais do novo precedente em: **a)** *aplicação retroativa pura*, que tem o mesmo sentido da aplicação plenamente retroativa de Pomorski, ou melhor, quando o tribunal aplica a nova regra aos fatos acontecidos antes e depois do seu surgimento, inclusive, àqueles já transitados em julgado; **b)** *aplicação retroativa clássica*, que tem o mesmo sentido da aplicação retroativa limitada de Pomorski, isto é, quando o tribunal aplica a nova regra aos fatos ocorridos antes de ela ter sido criada (por exemplo, às ações em curso), ressaltando apenas o casos que já tiveram sentença passada em julgado; **c)** *aplicação prospectiva pura*, que tem o mesmo sentido da aplicação prospectiva de Sesma, qual seja, quando o tribunal aplica o novo precedente apenas para regular as condutas que ocorreram depois do seu surgimento, inclusive, com relação ao caso em julgamento; **d)** *aplicação prospectiva clássica*, que tem o mesmo sentido da aplicação prospectiva regular de Pomorski, de acordo com a qual o tribunal não aplica o novo precedente a fatos passados (por exemplo, às ações em curso), exceto aos fatos do caso concreto em julgamento, que são afetados pela nova regra e, **e)** *aplicação prospectiva a termo*, que tem o mesmo sentido da aplicação prospectiva-prospectiva de Sesma, segundo a qual o tribunal, ao criar o novo precedente, dispõe que o mesmo deve ser aplicado apenas a partir de uma determinada data futura.

Há sérias críticas tanto à aplicação retroativa como prospectiva do novo precedente e por tal motivo surgiram suas variantes, visando evitar situações iníquas, mas, mesmo assim, ainda há situações em que a adoção de um ou outro efeito dependerá da análise do caso concreto, como ocorre principalmente na jurisdição constitucional e nas decisões paradigmáticas em matéria infraconstitucional, cujo reflexo, por se espraiar para um sem-número de casos, dá margem à modulação dos efeitos das decisões.

Nos três próximos itens (5.2, 5.2.1 e 5.2.2), analisar-se-ão mais detidamente os efeitos temporais dos precedentes na classificação adotada no presente trabalho, apresentando os argumentos favoráveis e contrários a cada um deles, a fim de, nos tópicos seguintes, identificar se, e, em que situações, os Tribunais Superiores brasileiros vêm aplicando-os à suas decisões para, ao final, criticar a prática vigente, sugerindo uma sensível alteração, mediante a correlação entre as mais relevantes espécies de precedentes dos Tribunais Superiores e os respectivos efeitos temporais que lhes devem ser atribuídos.

5.2.1 Aplicação retroativa pura e aplicação retroativa clássica

A diferença básica entre esses dois tipos de efeitos temporais consiste na sua repercussão sobre os casos transitados em julgado, ou aqueles em que se operou decadência ou prescrição.

Com efeito, tanto na aplicação retroativa pura como na retroativa clássica, o novo precedente aplica-se a fatos ocorridos no passado e após o seu surgimento, alcançado, assim, as causas em curso. A grande diferença é que a aplicação retroativa pura apanha, inclusive, os casos que foram objeto de sentença transitada em julgado e aqueles nos quais já se operou prescrição e decadência; ao passo que a aplicação retroativa clássica não repercute em tais situações.

Um forte argumento para a aplicação retroativa do precedente, que ao mesmo tempo se constitui numa crítica à aplicação prospectiva pura, consiste no fato de que as partes e seus respectivos advogados não teriam interesse em recorrer das decisões desfavoráveis, se soubessem que, mesmo havendo uma mudança da orientação jurisprudencial, o novo precedente não seria aplicado ao seu caso em julgamento, mas apenas aos surgidos posteriormente (SESMA, 1995, p. 171-172).

Tal argumento à aplicação retroativa (e ao mesmo tempo contra-argumento à aplicação prospectiva pura), teria certo peso com relação ao processo civil clássico, das causas individuais de “Caio contra Tício”, porém, encontra-se sobremaneira mitigado com as mudanças introduzidas através das demandas de massa, das causas repetitivas, que envolvem, de um lado, um grande ator (Estado, concessionária de serviço público etc.) e, de outro, um sem-número de pessoas, uma coletividade (os contribuintes, os consumidores etc.). Nessas demandas, mesmo a superação de uma orientação jurisprudencial não atingindo o caso em julgamento, ainda assim, persistirá o interesse em recorrer, tendo em vista o elevado número de casos futuros que poderão sofrer influência do resultado; além do que, a não aplicação do novo precedente ao caso vetor é medida extrema, a ser empregada apenas após sério juízo de ponderação.

Por outro lado, a principal crítica à aplicação retroativa do novo precedente consiste em que afeta os atos e fatos praticados na confiança da anterior orientação jurisprudencial, o que é muito grave, principalmente, nos sistemas em que a sociedade erige suas pautas de conduta com base nas decisões consolidadas dos tribunais (SOUZA, 2006, p. 161).

A aplicação retroativa clássica é a mais empregada no ocidente, principalmente, na Inglaterra, como consequência da força da teoria declaratória do direito.

No Brasil, a *aplicação retroativa clássica* também é a usualmente utilizada, já que a mudança da orientação jurisprudencial afeta as causas em curso, inclusive, as já sentenciadas, desde que não transitadas em julgado.

Destaque-se, contudo, que no Brasil há previsão legal para a *aplicação retroativa pura*, como ocorre com a “Impugnação ao Cumprimento de Sentença”, fundada na inconstitucionalidade do título judicial (art. 475-L, II, § 1º, CPC); bem como com a Ação Rescisória por ofensa à literal disposição de lei (art. 485, V, CPC). Destaque-se que, em se tratando de dispositivo legal de interpretação controvertida nos Tribunais, a Ação Rescisória, atualmente, só vem sendo admitida em matéria constitucional, conforme o alcance que vem sendo dado pelo STF ao Enunciado nº 343 de sua Súmula (o que será melhor explorado em outros itens).

5.2.2 Aplicação prospectiva pura, aplicação prospectiva clássica e aplicação prospectiva a termo

Na *aplicação prospectiva pura*, o novo precedente somente é aplicado aos atos e fatos ocorridos após o seu surgimento. Até mesmo os fatos do caso que originou o precedente estão imunes ao seu efeito.

Na *aplicação prospectiva clássica*, o novo precedente somente produz efeitos retroativos com relação aos fatos do caso em julgamento, no mais, aplica-se apenas aos fatos futuros, não alcançando, pois, as causas em curso.

Já na aplicação prospectiva a termo, o *dies a quo* de seus efeitos é uma determinada data futura, estabelecida no próprio julgamento, com o escopo de proporcionar um tempo de maturação para que tanto a sociedade, quanto o Poder Legislativo possam avaliar melhor a situação e realizar alterações necessárias (SOUZA, 2006, p. 162).

O grande fundamento da aplicação prospectiva do novo precedente, que também é uma crítica à aplicação retroativa, constitui-se no respeito à confiança que a sociedade nutre na orientação jurisprudencial consolidada, não podendo ser surpreendida com a “ilegalidade” de atos, fatos e relações jurídicas realizadas, simplesmente, porque ocorreu uma alteração jurisprudencial.

As principais críticas à aplicação prospectiva do novo precedente são: *a)* um juiz que usa a revogação prospectiva tem muito mais a aparência de um legislador; *b)* a revogação prospectiva torna as Cortes menos conservadoras quanto à orientação jurisprudencial, o que acaba por prejudicar a certeza da doutrina do *stare decisis*; *c)* a revogação prospectiva estimula a criação judicial do direito, quando o correto numa sociedade democrática seria a criação do direito pelo Parlamento eleito pelo povo; *d)* a revogação prospectiva permite que a Corte crie direito novo sem aplicá-lo ao caso em julgamento e, *e)* as partes não têm interesse em recorrer, quando sabem que o esforço empregado para alterar um precedente não lhe trará nenhum benefício relativamente ao caso em julgamento (SOUZA, 2006, p. 164).

Todas essas críticas podem ser facilmente superadas, pois, consoante o que já foi amplamente demonstrado nos itens anteriores, o fato é que o Poder Judiciário efetivamente cria direito, constrói o sentido da norma, de forma que o novo precedente deve ser considerado como novo direito e, assim, submeter-se à regra da irretroatividade e do *tempus regit actum*.

Outrossim, não se pode olvidar que o Direito deve desenvolver-se naturalmente para acompanhar a evolução da sociedade, não podendo o conservadorismo das Cortes constituir-se em entrave ao avanço. Como afirma Barbosa Moreira (2006, p. 04-05), a jurisprudência “funciona como respiradouro indispensável para permitir o progresso do direito e impedir a fossilização dos textos normativos”. Quanto à necessidade de mutação da jurisprudência, para acompanhar as oscilações da consciência jurídica de determinada sociedade, conclui o mestre: “nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgãos judicantes uma camisa-de-força, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social”.

Além disso, urge destacar que o poder de decidir acerca dos efeitos temporais da decisão é inerente à atividade de julgar (FERRAZ JR., 2009, p. 25-26), assim como o são o poder de zelar pela autoridade de seus julgados e o poder geral de cautela.

Quanto à crítica da ausência do interesse fático em recorrer, diante da possibilidade de *aplicação prospectiva pura* do precedente, vale salientar, primeiro, que a parte não terá como saber, no momento da interposição do recurso, se o novo precedente será ou não aplicado ao seu caso, pois tal decisão depende de severo juízo de ponderação (ver item 5.3.4); segundo, conforme já asseverado, tal crítica encontra-se bem mitigada em virtude das demandas de massa e das causas repetitivas, pois a um grande ator (Estado, concessionária de

serviço público etc.) remanescerá o interesse em recorrer, mesmo sabendo de antemão que o caso vetor não seria beneficiado com a mudança da orientação jurisprudencial.

Nos Estados Unidos, embora a regra seja a *aplicação retroativa clássica* do novo precedente, a aplicação prospectiva é conhecida desde o início do século XIX, quando da decisão do caso *United States v. Schooner Peggy* 5 US (1 Cranch) 102 (1801) (SOUZA, 2006, p. 169).

Um caso emblemático de aplicação de efeitos prospectivos foi o *Mapp v. Ohio* 367 US 643 (1961), em que a Suprema Corte dos Estados Unidos revogou o anterior precedente – *Wolf v. Colorado* 338 US (1949) – decidindo pela inadmissibilidade das provas ilegalmente obtidas no processo penal. Porém, diante dos inúmeros *habeas corpus* de pessoas condenadas, anteriormente, com base em provas supostamente ilícitas, decidiu, no caso *Linkletter v. Walker* 381 US 618, 620 (1965), após sopesar os méritos e deméritos de cada uma das espécies de efeitos temporais, que não podia dar efeitos totalmente retroativos ao precedente do caso *Mapp v. Ohio*, porque os propósitos da regra *Mapp* foram: desestimular a ação ilegal da polícia; proteger a privacidade do lar das vítimas e que os órgãos federais e estaduais tenham os mesmos padrões jurídicos; de forma que dar efeito retroativo a tal precedente não serviria a nenhum desses propósitos, eis que os casos em julgamento envolviam atos findos e acabados (SOUZA, 2006, p. 169-171)

Nos Estados Unidos, os casos de jurisdição civil em que mais se aplicam prospectivamente o precedente revogador são: *a)* processo cíveis contra funcionários que atuaram de acordo com uma lei posteriormente declarada inconstitucional; *b)* casos cíveis contra partes que celebram um contrato ou adquirem uma propriedade confiando numa decisão que posteriormente é derogada ou em uma lei posteriormente declarada inconstitucional e, *c)* para proteger pessoas cujos atos não estavam expostos à responsabilidade civil antes da mudança de precedente (SOUZA, 2006, p. 172).

No Brasil, conforme será abordado nos itens seguintes, pode-se apresentar, na jurisdição constitucional – onde há larga margem para a modulação dos efeitos da decisão –, inúmeros exemplos da aplicação prospectiva clássica, aplicação prospectiva pura e da prospectiva a termo.

No entanto, o que não se pode perder de vista é que para definir a aplicação retroativa ou prospectiva do precedente, deve-se realizar juízo de ponderação, a fim de que o resultado chegue o mais próximo possível do que se entende por correção e justiça. Os critérios de aplicação retroativa ou prospectiva devem ser sopesados com outros fatores, como o grau de confiança que o Estado e os cidadãos depositaram no precedente revogado; os

prejuízos a serem suportados por aqueles que agiram de boa-fé, seguindo a orientação jurisprudencial; a carga imposta à Administração da Justiça na hipótese de se dar efeitos retroativos ao precedente revogador ou modificador etc. (SOUZA, 2006, p. 174).

Como bem exemplificado pelo Min. Gilmar Mendes, no seu voto-vista, na ADI nº 2.240, há casos em que a aplicação retroativa do precedente deve sofrer juízo de ponderação, pois não é razoável se admitir a declaração de inconstitucionalidade de uma lei eleitoral, com sua conseqüente nulidade desde a edição, tempos após a posse dos novos eleitos em um dado Estado; assim como a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, ou, ainda, no caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação. Em todos esses casos, a aplicação retroativa do novo precedente causaria o caos jurídico.

5.3 DOS EFEITOS TEMPORAIS DO PRECEDENTE NO BRASIL

No Brasil, a eficácia temporal dos precedentes é regulada por dispositivos de leis esparsas, o que não permite, *prima facie*, uma clara sistematização da matéria.

Assim, partindo da classificação da eficácia temporal dos precedentes adotada no presente trabalho (retroativa pura, retroativa clássica, prospectiva clássica, prospectiva pura e prospectiva a termo), bem como dos dispositivos de lei relativos à matéria, passa-se a analisar os efeitos que os Tribunais Superiores comumente vêm atribuindo aos seus precedentes, para, ao final, criticar a prática vigente e sugerir uma sensível alteração, mediante a correlação entre as mais relevantes espécies de decisões dos Tribunais Superiores e os respectivos efeitos temporais que lhes devem ser atribuídos.

Porém, antes de anunciar as críticas à prática vigente e atingir tal proposta de sistematização dos efeitos temporais dos precedentes no Brasil, mister se faz analisar alguns pontos, para construir as premissas básicas, sobre que se fundarão as conclusões.

Nesse desiderato, anunciam-se os seguintes pontos: *a*) a identificação da *norma jurídica* e da *norma individual* nos precedentes dos Tribunais Superiores e, a relação dialética entre a irretroatividade da *norma jurídica* (\approx lei) e irretroatividade da *norma individual* (\approx sentença); *b*) a classificação dos precedentes quanto à novidade da norma que anunciam (*novo precedente em sentido não surpreendente*, *novo precedente em sentido diverso da concepção*

*geral sobre a questão de direito e precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial); c) as peculiaridades do precedente em matéria constitucional e o princípio da nulidade da lei inconstitucional; d) o juízo de ponderação entre os princípios e regras em rota de colisão quanto à eficácia temporal dos precedentes; e) a possibilidade de o STF aplicar efeitos prospectivos aos seus precedentes; f) a possibilidade de o STJ aplicar efeitos prospectivos aos seus precedentes; g) a distinção entre a coisa julgada, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante dos precedentes e, a noção de termo inicial do efeito vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores; h) a eficácia temporal dos precedentes e as relações jurídicas instantâneas, permanentes e sucessivas; i) o ordenamento jurídico brasileiro e a previsão de meios processuais que ensejam a aplicação de efeitos puramente retroativos ao “novo precedente” e, por fim, j) a inexistência de contradição entre a irretroatividade da *norma jurídica* e a possibilidade de aplicação de efeito retroativo ao *novo precedente em sentido não surpreendente*.*

5.3.1 A identificação da *norma jurídica* e da *norma individual* nos precedentes dos Tribunais Superiores e, a relação dialética entre a irretroatividade da *norma jurídica* e retroatividade da *norma individual*

Na modernidade, principalmente, após a Revolução Francesa, passou a vigor o princípio da supremacia da lei, de acordo com o qual a competência de criar o direito era exclusiva do parlamento, cabendo ao juiz apenas declarar a vontade da lei. O parlamento, que representava os anseios do povo, deveria elaborar leis claras e que abrangessem todas as searas possíveis e imagináveis do comportamento humano, a fim de que não se ensejasse qualquer margem interpretativa ou criativa para os juízes, que se limitavam a aplicar estritamente o texto da lei.

Imaginava-se que uma legislação clara e completa possibilitaria ao juiz simplesmente aplicar a lei e, desta maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar o alcance da lei.

O juiz encontrava-se submetido ao parlamento, através do dogma da estrita aplicação da lei, segundo o qual atuava mediante a mera descrição dos termos da lei, destituído de qualquer poder criativo e de *imperium*.

Nessa época, o julgamento apenas afirmaria o que estava contido na lei. Acreditava-se que não havendo diferença entre o julgamento e o texto da lei, estaria garantida a segurança jurídica.

Por isso que Montesquieu (2004, 99-110) definiu o juiz como a “*bouche de la loi*” (boca da lei), ao asseverar que os juízes de uma nação não são mais “que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.

Porém, com a crise da modernidade e com o advento do constitucionalismo, ocorreram profundas transformações na hermenêutica jurídica e no próprio conceito de jurisdição e direito, sendo inegável que nos dias atuais a atividade de interpretar a lei, constitui-se, também, em criação do direito, em construção do sentido da norma (GOUVEIA, 2010, p. 245-255)¹¹¹.

Com o constitucionalismo, a lei perdeu sua supremacia, submetendo-se à Constituição. Se o juiz não aplica a lei por reputá-la inconstitucional, interpreta-a conforme a Constituição ou supre a omissão de uma regra processual que deveria ter sido estabelecida em virtude de um direito fundamental, não se pode mais afirmar que sua atividade se limita a declarar a vontade da lei.

É óbvio que um juiz que, mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, confere à lei sentido distinto do que lhe deu o Legislativo, bem como aquele que acolhe um mandado de injunção para construir a norma do caso concreto, efetivamente, cria o direito (MARINONI, 2008c, p. 99-100).

Por conseguinte, atualmente, é dominante o pensamento de que o juiz exerce atividade criativa, e não meramente declaratória, já que o sentido da norma não é simplesmente extraído do texto da lei, mas construído no exato momento de decisão do caso concreto¹¹².

¹¹¹ Para melhor compreensão da teoria da concreção, recomenda a leitura da “teoria tridimensional do direito” em Miguel Reale (1988, p.64-67).

¹¹² Como bem observado por Humberto Ávila (2009, p. 32-33): “Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que pré-existem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existente de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da *condição a priori intersubjetiva*: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o

Assim, se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava a *norma individual* do caso concreto a partir da norma geral (lei), agora, ele constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição (MARINONI, 2008c, p. 103; DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 287).

Ou melhor, atualmente, o juiz, ao decidir uma demanda, cria, necessariamente, duas normas. A primeira (*norma jurídica*), de caráter geral e natureza expansiva, é fruto da sua interpretação/compreensão/valoração dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação à Constituição e às leis como um todo. A segunda (*norma individual* do caso concreto) constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para análise (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 382).

Nesse sentido, o julgador cria uma *norma jurídica*, que vai servir de fundamento para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento (*norma individual* do caso concreto). Essa *norma jurídica* criada e contida na *fundamentação* do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi* – a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade – que, por indução, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA; 2010, p. 287).

Portanto, há que se distinguir a *norma jurídica*, criada e contida na parte da fundamentação da sentença, da *norma individual* (contida no dispositivo da sentença) que, com base naquela, é voltada especificamente à regulação de um caso concreto (MARINONI, 2008c, p. 101).

Fixada essa concepção de que o precedente, em regra, contém uma *norma jurídica* (*ratio decidendi*) e uma *norma individual* (decisão do caso concreto contida no dispositivo), cumpre analisar a relação dialética entre a irretroatividade da lei e retroatividade da sentença.

A função jurisdicional cognitiva compõe atividades destinadas a formular juízo acerca da incidência ou não de norma abstrata sobre determinado suporte fático. Tais atividades consistem, primordialmente, em coletar e examinar as provas sobre o ato ou fato em questão; construir a partir do ordenamento jurídico a norma de regência da matéria e, por fim, declarar as consequências jurídicas decorrentes da incidência (ZAVASCKI, 2001, p. 80).

sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado. Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem. Como lembra Aarnio, termos como ‘vida’, ‘morte’, ‘mãe’, ‘antes’, ‘depois’, apresentam *significados intersubjetivos*, que não precisam, a toda nova situação, ser fundamentados”.

Pois bem, a sentença ao examinar o fenômeno de incidência em determinada relação jurídica, pronunciando as consequências jurídicas daí decorrentes, leva em consideração as circunstâncias de fato e de direito, então apresentadas pelas partes (ZAVASCKI, 2001, p. 83; PONTES DE MIRANDA, 1997, p. 64-65; CARNELUTTI, 1999, p. 117-118).

Ou seja, a sentença tem os olhos voltados para o passado e, por isso, a *norma individual* do caso concreto, ao regular as consequências jurídicas de atos e fatos já ocorridos, naturalmente, retroage, ou melhor, aplica-se a atos e fatos passados.

Já a *norma jurídica*, em decorrência do seu caráter geral e abstrato, da sua forte carga normativa e da tendência de repercutir sobre inúmeros outros casos, nasce para se aplicar a atos e fatos futuros.

Carnelutti (1944, p. 438), analisando a matéria a seu tempo – quando ainda se pensava que a *norma geral* era um dispositivo de lei e a *norma concreta* o dispositivo da sentença e, que o fenômeno de incidência se dava mediante a escolha do texto de lei a ser aplicado sobre determinados fatos –, anotou que a lei, em princípio, regula somente os fatos que ocorrerem depois de ela adquirir eficácia, ao que se dá o nome de princípio da *irretroatividade*. Com a sentença ocorre normalmente o contrário, dado o seu caráter de comando concreto, o juiz, ao decidir a lide, define, em regra, os efeitos de fatos já acontecidos, não de fatos ainda por acontecer. E Carnelutti conclui afirmando que à *irretroatividade da lei* corresponde a *retroatividade da sentença*.

No estágio atual do Direito brasileiro, pode-se concluir que a *ratio decidendi* (*norma jurídica*) dos precedentes dos Tribunais Superiores tem forte carga normativa e tende a ser aplicada a inúmeros outros casos, já que tais decisões, pelo seu caráter paradigmático, ultrapassam os interesses subjetivos das causas em que foram produzidas.

Assim, atualizando as inferências de Carnelutti, a conclusão óbvia a que se pode chegar é que a *norma jurídica* extraível dos precedentes dos Tribunais Superiores deve se submeter à regra da irretroatividade.

Por outro lado, a *norma individual* (dispositivo) de tais precedentes, devido ao seu caráter concreto, naturalmente se volta para atos e fatos passados da causa, eis que nasce, justamente, para regular os efeitos jurídicos destes.

Portanto, pode-se afirmar que dos precedentes dos Tribunais Superiores, geralmente, derivam uma *norma jurídica* geral e *irretroativa*, que deve repercutir sobre o julgamento de inúmeros outros casos e, uma *norma individual*, concreta e retroativa, já que deve regular os atos e fatos do caso em questão.

Nesse sentido as palavras de Misabel Derzi (2009, p. 55-56) são elucidativas:

o que se chama de jurisprudência consolidada, que atinge terceiros que não são partes no processo, formando-se uma expectativa normativa, será a norma judicial ou regra, também mais abstrata e genérica. A norma judicial aproxima-se, a partir do momento em que se converte em jurisprudência, da norma legal em suas características essenciais. (...) O tempo das leis, já o dissemos, é diferente do tempo da sentença. O princípio da irretroatividade das leis é considerado ‘natural’, ínsito, algo que lhes é próprio (das leis).

5.3.2 A classificação dos precedentes quanto à novidade da norma que anunciam

A sistematização dos efeitos temporais dos precedentes exige uma prévia classificação destes quanto à novidade das normas que anunciam, pois, consoante já demonstrado, a irretroatividade da *norma jurídica* está fortemente ligada ao princípio da segurança jurídica, do qual derivam os subprincípios da previsibilidade, da não surpresa, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva; de forma que quanto maior a novidade da *norma jurídica* anunciada no precedente, maior será a agressão ao princípio da segurança jurídica e seus consectários, na hipótese de aplicação retroativa.

Nesse desiderato, sugere-se que os precedentes sejam tipificados em: **a) novo precedente em sentido não surpreendente;** **b) novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito e,** **c) precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial.**

O *novo precedente em sentido não surpreendente* é aquele que surge, quando os Tribunais Superiores, na função de dar a última palavra e unificar a interpretação da Constituição e da legislação federal (STF e STJ, respectivamente) julgam pela primeira vez a matéria (*leading case*), produzindo decisão paradigmática.

Observe-se que nesses casos, antes de os Tribunais Superiores assentarem seu entendimento sobre a matéria, “existem inúmeras alternativas possíveis de significados dos enunciados linguísticos das leis” (DERZI, 2009, p. 188), bem como existem múltiplas interpretações divergentes nos tribunais ordinários, gerando inúmeras possibilidades hermenêuticas, até porque ainda não há pronunciamento do órgão encarregado de unificar a interpretação da lei¹¹³.

¹¹³ Misabel Derzi (2009, p. 522) entende que o *leadig case*, sentença inaugural ou *first impressions* gozam de efeito retroativo, em virtude da natural irretroatividade da sentença que tem os olhos voltados para o passado.

Em hipóteses como essas, onde ainda não existe precedente das Altas Cortes, por mais que a matéria seja regulada em lei, o jurista americano – habituado à técnica das distinções e a revelar a *legal rule* dos precedentes – naturalmente dirá: “*there is no law on the point*” (não há direito sobre a questão) (DAVID, 2002, p. 459).

Pode-se visualizar tal situação, mediante a seguinte hipótese: a respeito de determinada questão de direito o Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) mantém interpretação que gera uma *norma jurídica* “a”; o Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB) tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “b”; o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “c” e, o Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “d”. Deparando-se pela primeira vez com a questão, o STJ – a quem cabe dar a interpretação definitiva em matéria infraconstitucional – decide que o entendimento mais adequado é o que gera a *norma jurídica* “c”, de forma que, daqui por diante, a *norma jurídica* que deve prevalecer com relação à matéria de direito é a *norma jurídica* “C”. Observe-se a figura abaixo:

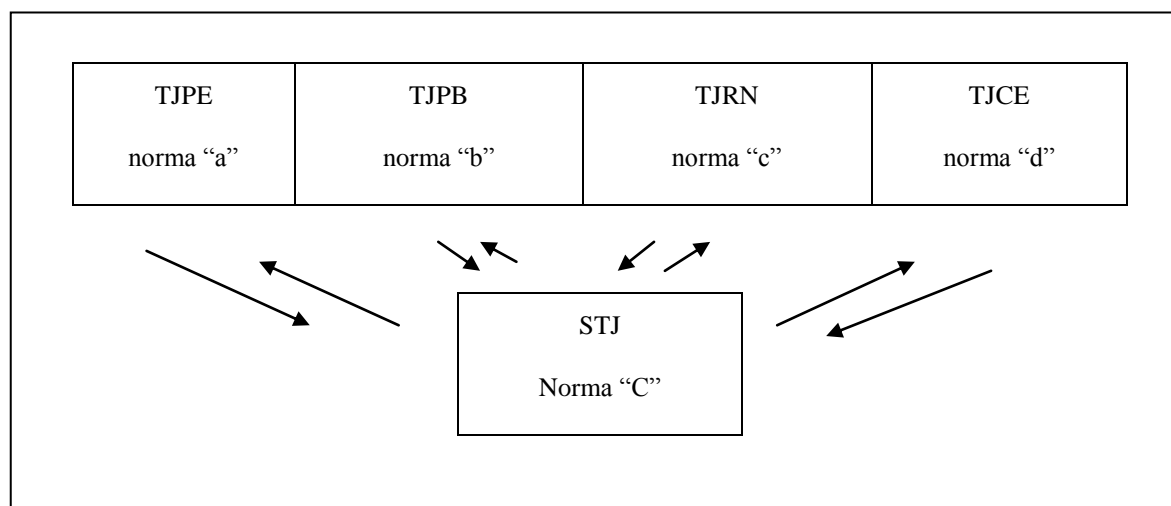


Figura 1 - Representação do novo precedente em sentido não surpreendente.

Neste trabalho, defende-se a mesma conclusão, ou melhor, a retroatividade do *novo precedente em sentido não surpreendente*, só que com fulcro em argumento diverso, qual seja, que tal precedente, por se constituir numa primeira decisão de Corte Superior, que apenas elege uma das possibilidades hermenêuticas então vigentes, não anuncia uma *nova norma* propriamente dita, não havendo, pois, que se falar em irretroatividade da *norma jurídica*.

O *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* surge, quando o *leading case* do STF ou STJ sobre determinada matéria, acaba por surpreender a comunidade jurídica e a sociedade como um todo, por ser contrário ao entendimento até então corrente, ou melhor, à compreensão pacífica e clara sobre a questão jurídica, na doutrina, nas Universidades, nos tribunais, entre os advogados etc. (MARINONI, 2010, p. 25).

Decisões nesse sentido são mais comuns do que se pensa e, geralmente, decorrem do grande lapso temporal até que os Tribunais Superiores venham a se posicionar sobre a matéria. Pode ser, por exemplo, que nesse período ocorram “alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 130). Nessa hipótese, o que deve ser ponderado pelas Cortes Superiores, para fins de atribuição de eficácia temporal ao novo precedente, é o acerto das decisões dos tribunais ordinários à luz do cenário fático-normativo em que se posicionaram, ou melhor, devem os Tribunais Superiores perquirirem como decidiram diante do quadro vigente à época.

É importante abrir um parêntese para enfatizar que o tempo exerce influência determinante nas mutações normativas, ou melhor, na mudança de sentido dos enunciados normativos, que mesmo conservados em sua roupagem verbal, adquirem novas acepções. Com efeito, a um mesmo dispositivo de lei podem ser atribuídos sentidos diversos, durante seu longo tempo de vigência, e isso pode decorrer de variados fatores, tais como: o surgimento de novos valores em uma sociedade ou a mudança na hierarquia dos valores existentes; o surgimento de uma substancial mudança fática que venha a repercutir sobre o fenômeno da incidência normativa; a superveniência de outras normas que, apesar de não revogarem determinado dispositivo legal, ensejam-lhe outro sentido em decorrência da interpretação sistemática etc. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 130). Uma demonstração clássica dessa mutação normativa se deu na Alemanha, que, por não ter um Código Civil até o ano de 1900, inspirou-se em textos clássicos da tradição romana, só que adaptando-os ao seu contexto histórico e social¹¹⁴ (TEIXEIRA, 2003, p. 43).

Pode-se visualizar o surgimento do *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, mediante a seguinte hipótese: a respeito de

¹¹⁴ Sobre o tema, afigura-se importante o estudo da Escola histórica do direito surgida na Alemanha e difundida por Savigny, bem como da Escola sistemática ou histórico-dogmática de Mortara e Chiovenda, que surgiu na Itália, no final do século XIX e início do século XX, sugerindo a interpretação da lei em consonância com o contexto social (MARINONI, 2008, p. 41; TEIXEIRA, 2003, p. 43-44; GOUVEIA, 2000, p. 30-34).

determinada questão de direito o TJPE, TJPB, TJRN e TJCE mantêm interpretação uníssona que gera uma *norma jurídica* “c”. Anos depois, deparando-se pela primeira vez com a questão, o STJ decide que o entendimento adequado é o que gera a *norma jurídica* “D”. Observe-se a figura abaixo:

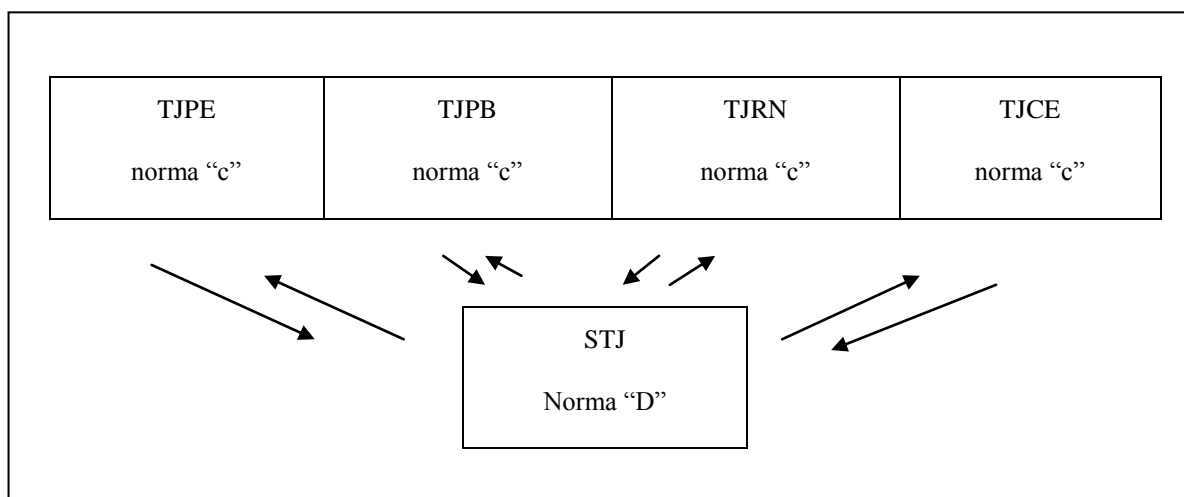


Figura 2 - O novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito.

O *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, como o próprio nome indica, é aquele em que o Tribunal Superior revoga ou altera o seu anterior entendimento sobre a questão de direito.

Pode-se supor tal situação, mediante o seguinte exemplo: a respeito de determinada questão de direito o TJPE mantém interpretação que gera uma *norma jurídica* “a”; o TJPB tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “b”; o TJRN tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “c” e, o TJCE tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “d”. Deparando-se pela primeira vez com a questão, o STJ decide que o entendimento mais adequado é o que gera a *norma jurídica* “b”, de forma que, daqui por diante, a *norma jurídica* que deve prevalecer com relação à matéria de direito é a *norma jurídica* “B”. Porém, passado algum tempo, o STJ, apreciando novamente a matéria, resolve superar sua anterior orientação jurisprudencial, decidindo que doravante a interpretação correta é a que gera a *norma jurídica* “D”. Atente-se que, quando o STJ, no *leading case*, optou pela *norma jurídica* “B”, ele apagou as demais possibilidades hermenêuticas, ou seja, deletou as *normas jurídicas* “a”,

“c” e “d”, de forma que a nova orientação jurisprudencial surpreende a todos, principalmente, àqueles que, confiando no tribunal, pautaram suas condutas na *norma jurídica* “B”. Observe-se a evolução das figuras abaixo:

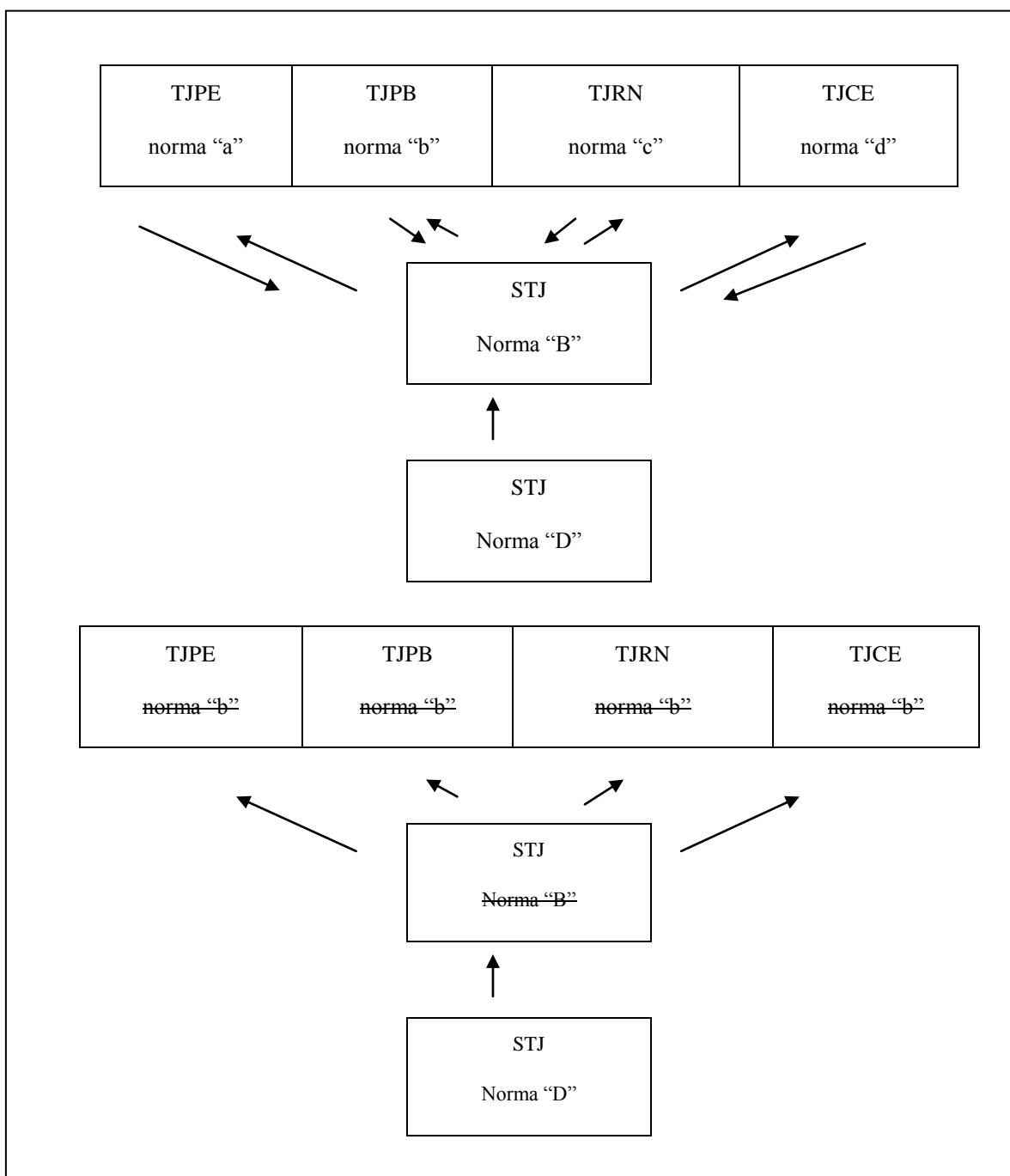


Figura 3 - O novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial.

Quanto a essa questão de o *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* constituir-se numa *nova norma jurídica* – em virtude de eleger/construir um sentido que não estava dentre as possibilidades hermenêuticas, já que o precedente superado havia afastado todos os demais significados possíveis deixados pela lei – cumpre reproduzir as palavras de Misabel Derzi¹¹⁵ (2009, p. 188-189), cujo entendimento, neste aspecto, muito se assemelha ao ora defendido:

[...] a partir do momento em que o Poder Judiciário se firma em uma das alternativas possíveis de sentido, criando a norma específica e determinada do caso, e repetível para o mesmo grupo de casos, norma cabível dentro da norma legal, ele fecha as demais alternativas – antes possíveis. As demais alternativas não estarão mais disponíveis, sustentamos porque foram afastadas pelo Poder Judiciário, em entendimento consolidado. Desde o momento de tal fechamento, o espaço, discricionariamente deixado pelo legislador e dotado de uma cadeia de signos e significados inúmeros, concretiza-se e fixa-se em certo sentido único, criando-se verdadeira expectativa normativa de comportamento para todos, integrantes do mesmo grupo de casos. À seleção e escolha do legislador, exercidas dentro do espaço deixado pela Constituição e pelos fatos sociais, sucedeu, então outra escolha, a seleção efetuada pelo juiz, dentro do espaço de liberdade, mais restrito, deixado pela lei. A constituição da norma mais concreta, advinda das decisões judiciais, parece-nos configurar fenômeno evidente, já registrado por muitos juristas, norma essa que nasce vocacionada à expansão e à aplicação a casos futuros similares. Se, supervenientemente, o Poder Judiciário altera e muda a sua decisão, escolhendo uma outra alternativa (antes possível, em razão do leque de significados da cadeia de signos), **cria nova norma**, específica e determinada. Tal norma nova equivale a uma **nova lei**, pois a lei anterior, ainda vigente no sentido formal, tinha sido dotada de um só conteúdo, unívoco, pois sofrera o esvaziamento do sentido proveniente das demais alternativas de significação, por decisão do próprio Poder Judiciário”. (DERZI, 2009, p. 188-189).

Não é ocioso destacar que no *novo precedente em sentido não surpreendente*, embora os Tribunais Superiores estejam se deparando com a matéria pela primeira vez (*leading case*), geram precedente que não causa surpresa à comunidade jurídica, pois optam por uma das possibilidades hermenêuticas existentes ao tempo.

Já o *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* causa grande surpresa, mas pode-se justificar a posição adotada, por exemplo, quando em virtude do elástico lapso temporal até que os Tribunais Superiores julgassem pela primeira vez a matéria, tenha havido uma mudança dos valores vigentes na sociedade, uma mudança substancial do quadro fático, avanço tecnológico etc.. Nesses casos, tudo leva a crer que se os

¹¹⁵ Misabel Derzi (2009, p. 14) chega a resultados semelhantes aos ora propostos, embora que dando enfoques diferentes às premissas básicas.

Tribunais Superiores houvessem julgado a matéria com base no mesmo quadro fático-normativo vigente ao tempo das decisões dos tribunais ordinários, certamente, teriam-nas confirmado.

Ou seja, quanto a esse novo precedente, o cuidado que se deve ter é de não alterar as consequências jurídicas dos atos e fatos passados, quando estes já receberam trato adequado ao seu contexto histórico-social ou fático-axiológico.

Por último, o *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* a todos surpreende, pois contraria a posição do próprio órgão judicial encarregado de unificar a interpretação da lei, criando uma norma jurídica que não estava dentre as “possibilidades hermenêuticas”, já que, ao ter fixado o entendimento superado, a Corte rejeitou as demais *normas jurídicas* então observadas nos tribunais ordinários.

Portanto, com relação à regra da irretroatividade e ao princípio da segurança jurídica e seus subprincípios da previsibilidade, da não surpresa, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, o mais grave é quando os Tribunais Superiores criam *precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, surpreendendo a todos aqueles que confiaram em sua própria jurisprudência.

Contudo, há que se observar quanto a este último tipo de precedente, a relevante distinção entre a simples mudança de entendimento dos Tribunais Superiores e a alteração de jurisprudência decorrente de uma mutação normativa. Nesta hipótese, os Tribunais Superiores, ao decidirem sobre a eficácia temporal do *novo precedente em sentido revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, devem atentar para o momento em que ganhou corpo a previsibilidade de que a orientação jurisprudencial até então vigente poderia ser superada, em virtude de uma substancial mudança fático-normativa (esta questão será melhor abordada no item 5.5).

5.3.3 As peculiaridades do precedente em matéria constitucional – o princípio da nulidade da lei inconstitucional

O princípio da nulidade da lei inconstitucional está arraigado à cultura do Direito brasileiro que, em matéria de controle de constitucionalidade, muito se inspirou no sistema norte-americano.

Em consequência da observância desse princípio surgem peculiaridades quanto aos efeitos temporais dos *precedentes em matéria constitucional*, que se diferenciam em certa medida dos *precedentes em matéria infraconstitucional*, pois se a declaração de inconstitucionalidade pelo STF torna a lei nula desde sua edição, o mesmo efeito não se pode dar ao precedente do STJ que afaste a aplicação ou determinada interpretação de uma norma, por reputá-la ilegal.

Cappelletti (1992, p. 115-116), analisando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito comparado, relaciona o princípio da nulidade da lei inconstitucional ao modelo de controle difuso, do qual toma como paradigma o norte-americano e, o princípio da anulabilidade, ao modelo de controle concentrado, do qual toma como paradigma o austríaco.

No sistema norte-americano, tradicionalmente, a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é considerada *absolutamente nula* “*null and void*” e, por isso, *ineficaz*; pelo que o juiz que exerce o poder de controle não a *anula*, mas, meramente, declara uma (preexistente) *nulidade* da lei inconstitucional (CAPPELLETTI, 1992, p. 115-116). O fundamento de tal doutrina consiste em que uma lei inconstitucional não é, de todo, uma lei (*the unconstitutional statute is not law at all*) e, que o reconhecimento de efeito a uma lei inconstitucional, portanto, nula, importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição (MENDES, 2007, p. 317-318).

Por outro lado, no sistema austríaco, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas *anula* uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é *válida e eficaz*. A Corte Constitucional austríaca tem, ainda, o poder discricionário de diferir, pelo prazo de até um ano da publicação, a eficácia constitutiva do pronunciamento de inconstitucionalidade da lei (CAPPELLETTI, 1992, p. 116).

Ou seja, enquanto o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade das leis tem o caráter de um controle *meramente declaratório*, o sistema austríaco, assume, ao invés, o caráter de um controle *constitutivo* da invalidade e da consequente ineficácia das leis que contrastam com a Constituição. Disto resulta que, enquanto no primeiro sistema, a eficácia (meramente declarativa) opera, em princípio, *ex tunc*, retroativamente; no sistema austríaco, ao contrário, a eficácia (constitutiva, ou seja, de anulação) opera *ex nunc*. Na Áustria, antes da reforma de 1929, o pronunciamento de inconstitucionalidade não tinha qualquer eficácia nem mesmo para os casos concretos, no curso dos quais tenha surgido a questão da constitucionalidade (CAPPELLETTI, 1992, p. 121).

Porém, como bem realçado por Cappelletti (1992, p. 121-124), exigências práticas levaram à atenuação do rigor teórico tanto da doutrina norte-americana, quanto da austríaca. Se, na Áustria, passou-se a admitir a aplicação retroativa da pronúncia de inconstitucionalidade aos casos concretos onde surgiu, via de exceção, a questão de constitucionalidade; nos Estados Unidos, percebeu-se que a declaração de nulidade *ab initio*, em muitos casos, ensejava situações iníquas e insustentáveis, eis que a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade poderia repercutir negativamente sobre a paz social, a certeza e estabilidade das relações jurídicas, perturbando assustadoramente situações já consolidadas, que se fundaram em lei, durante muito tempo, pacificamente, observada por todos: órgãos públicos e sujeitos privados.

Vale salientar que, nos Estados Unidos, até pelo eficaz estímulo crítico do realismo jurídico, as Cortes perceberam que a “Constituição é um ‘living document’¹¹⁶, sujeito a evoluções de significado, pelo que aquilo que em certo momento de tal evolução pode ser conforme ou contrário à Constituição, pode não sê-lo ainda ou não sê-lo mais em fase diversa da própria evolução” (CAPPELLETTI, 1992, p. 123).

Resumindo, atualmente, no mundo ocidental, tanto nos países de controle de constitucionalidade difuso, como concentrado ou misto, prevalece o princípio da nulidade da lei inconstitucional, obviamente, sujeito a ressalvas e exceções, eis que na maioria dos países há previsão legal ou forte orientação jurisprudencial no sentido de afastar a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade em determinadas situações.

Com efeito, na Alemanha, que adota o sistema de controle concentrado, se a declaração de nulidade tem previsão expressa no § 78 da Lei do seu Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*); o § 31, (2), 2º e 3º períodos, possibilita a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade (MENDES, 2007, p. 267).

Em Portugal, que adota o sistema de controle misto, a matéria é disciplinada pelo art. 282 (n. 1) da Constituição, que estabelece, como regra geral, a nulidade, *ab initio*, da norma declarada inconstitucional. O n. 2 do citado dispositivo constitucional esclarece que, em se verificando incompatibilidade entre a Constituição e uma lei que lhe seja anterior, a declaração só produz efeitos a partir da entrada em vigor da Constituição (norma parâmetro)¹¹⁷. Em seguida, o n. 3 do mencionado dispositivo impede a aplicação retroativa da

¹¹⁶ Tal expressão significa que a Constituição é um documento vivo, portanto, sujeito a evoluções.

¹¹⁷ No Brasil, a jurisprudência do STF se firmou no sentido de que não se deve apreciar declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, pois seria caso de não recepção. Visando sanar o

declaração de inconstitucionalidade aos casos transitados em julgado¹¹⁸. Por fim, o n. 4 do aludido dispositivo permite que o Tribunal Constitucional, mediante a devida fundamentação, module os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando assim o exigirem a segurança jurídica e razões de equidade ou de interesse público de excepcional relevo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao contrário da Constituição portuguesa, que bem regulamentou a questão dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, não tratou expressamente da matéria, apenas referiu-se à ação de inconstitucionalidade como *declaratória*¹¹⁹, numa nítida manifestação de acolhimento ao princípio da nulidade da lei inconstitucional, que, como já afirmado, pertence à tradição do Direito brasileiro.

Em 1999, veio à lume a Lei nº 9.868 (Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade - Ação Declaratória de Constitucionalidade), que regulamentou a matéria no seu art. 27¹²⁰, estabelecendo:

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.

Na prática, a supracitada lei apenas positivou o que já vinha sendo a reiterada jurisprudência do STF, quanto aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

Da leitura do retromencionado dispositivo, pode-se concluir que a regra geral continua sendo a nulidade *ab initio* da lei declarada inconstitucional, posto que o STF só pode modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por maioria de 2/3 de seus membros e, mediante severo e fundamentado juízo de ponderação, com realce para as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1270).

inconveniente de inexistir no sistema meio de se impugar, em abstrato, lei anterior incompatível com a Constituição foi que surgiu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei nº 9.882/99.

¹¹⁸ “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 argüido.”

¹¹⁹ O caráter declaratório das ações de inconstitucionalidade acarreta os tempos da eficácia *ex tunc*, que são inerentes às sentenças ditas *declaratórias* (DERZI, 2009, p. 328).

¹²⁰ No mesmo sentido do art. 27 da Lei nº 9.868/99 é o art. 11 da Lei nº 9.882/99 (Lei da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental)

Ainda nos moldes do art. 27 da Lei nº 9.868/99, infere-se que o STF pode: *a)* decidir que a declaração de inconstitucionalidade tenha eficácia apenas a partir do trânsito em julgado (efeito *ex nunc*), hipótese em que estariam salvaguardadas, por exemplo, as sentenças transitadas em julgado; *b)* declarar a inconstitucionalidade com eficácia a partir de um dado momento no futuro (efeito *pro futuro*), nessa hipótese, a lei reconhecida como inconstitucional, tendo em vista sérias razões de segurança jurídica ou de interesse social, continuará a ser aplicada durante o prazo fixado pelo STF; *c)* declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, permitindo que o legislador atue, dentro de prazo razoável, visando a superação da situação inconstitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1270-1271).

Gilmar Mendes (2007, p. 270-271), analisando o controle abstrato perante a Corte Constitucional alemã, apresenta como exemplo da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade os casos de exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia. Ou melhor, em constatando o Tribunal que determinada lei – que concede vantagens ou benefícios a determinados grupos ou categorias, sem contemplar outros que se encontrem em condições idênticas – é inconstitucional, por afronta ao princípio da isonomia, prefere não pronunciar sua nulidade, congelando a situação jurídica existente até o pronunciamento do legislador sobre a superação da situação inconstitucional, já que a cassação da lei acabaria por suprimir o próprio fundamento em que se assenta a pretensão do impetrante (as vantagens ou benefícios concedidos pela lei).

No Brasil, exemplo categórico da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade se deu na ADI nº 2.240, que será melhor analisada no item 5.3.5. Nesse caso, o STF, após o voto-vista do Min. Gilmar Mendes, declarou a inconstitucionalidade da Lei baiana nº 7.619/00, que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães-BA, em virtude da afronta ao art. 18, § 4º, da Constituição Federal, porém, tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, decidiu por não pronunciar sua nulidade, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável para o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal.

5.3.4 O juízo de ponderação entre os princípios e regras em rota de colisão quanto à eficácia temporal dos precedentes

Nos itens anteriores, muito se falou em princípios e regras, tais como: o princípio da nulidade da lei inconstitucional; princípio da segurança jurídica; princípio da legalidade; regra da irretroatividade da norma jurídica etc..

Destarte, torna-se imperiosa uma análise dos princípios e das regras em rota de colisão quanto ao tema da eficácia temporal dos precedentes e, neste particular, adota-se como referencial teórico a obra de Humberto Ávila: *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*.

É do conhecimento do autor a existência de inúmeras teorias relevantes acerca dos princípios, no Brasil e no exterior; sabe-se também que a tese de Humberto Ávila não está imune a críticas; mesmo assim, esta afigura-se a preferida do autor, primeiro, por ser reconhecida internacionalmente com uma grande contribuição à teoria dos princípios; segundo, por ser muitíssimo adequada para tratar dos princípios e das regras em rota de colisão quanto ao tema da eficácia temporal dos precedentes, como se observará no desenvolver do trabalho.

Com efeito, a fim de solucionar eventuais conflitos entre princípios e regras em rota de colisão, bem como auxiliar o juízo de ponderação no que concerne à opção por tal ou qual tipo de efeito temporal, mister se faz o estudo da teoria dos princípios de Humberto Ávila, sempre, considerando, de um lado, os princípios e regras que possibilitam a aplicação retroativa do novo precedente (v.g., princípio da nulidade da lei inconstitucional, princípio da força normativa da constituição e da máxima efetividade da norma constitucional etc.) e, de outro, os princípios e regras que impedem a aplicação retroativa do novo precedente (v.g., irretroatividade da norma jurídica, princípio da segurança jurídica e seus consectários, como a previsibilidade, não surpresa, proteção da confiança e da boa-fé objetiva etc.).

Pois bem, Humberto Ávila (2009, p. 25, 40-43, 70) – apesar de evidenciar que um determinado dispositivo legal pode germinar tanto uma *regra*, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também pode proporcionar a fundamentação de um *princípio*, se o aspecto valorativo for autonomizado para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos¹²¹ –

¹²¹ Humberto Ávila (2009, p. 41-43): “Por isso, não é correto afirmar que um dispositivo constitucional *contém* ou *é* um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira,

demonstra a importância de dissociar as categorias normativas, não por simples questão de terminologia, mas porque a aplicação do direito depende de processos discursivos e institucionais, de forma que o uso desmesurado de categorias normativas não só se contrapõem à exigência científica de clareza – sem a qual nenhuma Ciência pode ser erigida – , como também compromete a previsibilidade do direito, elemento indispensável ao Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a utilização inadequada dos princípios confere larga margem para que os juízes, de forma discricionária, desconsiderem regras, que, inclusive, poderiam ser mais adequadamente aplicadas ao caso, ocasionando, assim, insegurança na aplicação do direito.

A teoria dos princípios proposta por Ávila (2009, p. 25), além de inserir uma ponderação estruturada no processo de aplicação do direito, ainda inclui critérios de justiça na argumentação (através dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade), apresentando meios eficazes de controle do subjetivismo.

5.3.4.1 Normas de primeiro grau – Distinção entre as regras e os princípios

Ávila (2009) dissocia as categorias normativas em normas de primeiro e segundo grau. Normas de primeiro grau são os princípios e as regras. As normas de segundo grau são

deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente, sobrejacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado regra ou como princípio. Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada. Para tanto, basta a simples conferência de alguns exemplos de dispositivos formulados hipoteticamente que ora assumem a feição de regras, ora a de princípios.

O dispositivo constitucional segundo o qual *se* houver instituição ou aumento de tributo, *então* a instituição ou aumento deve ser veiculada por lei, é aplicado como *regra* se o aplicador, visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entendê-lo como mera exigência de lei em sentido formal para a validade da criação ou aumento de tributos; da mesma forma, pode ser aplicado como *princípio* se o aplicador, desvinculando-se do comportamento a ser seguido no processo legislativo, enfocar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento de realização do valor *liberdade* para permitir o planejamento tributário e para proibir a tributação por meio de analogia, e como meio de realização do valor *segurança*, para garantir a previsibilidade pela determinação legal dos elementos da obrigação tributária e proibir a edição de regulamentos que ultrapassem os limites legalmente traçados. (...)

Os exemplos antes referidos atestam que o decisivo para uma norma ser qualificada como princípio não é ser construída a partir de um dispositivo como exteriorizado por uma hipótese normativa pretensamente determinada. De um lado, qualquer norma pode ser reformulada de modo a possuir uma hipótese de incidência seguida de uma consequência. De outro lado, em qualquer norma, mesmo havendo uma hipótese seguida de uma consequência, há referência a fins. Enfim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética”.

os postulados normativos, que, por sua vez, dividem-se em postulados hermenêuticos (postulado da unidade do ordenamento jurídico; da hierarquia e da coerência) e postulados normativos aplicativos, sendo os específicos: igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, e os inespecíficos: ponderação, concordância prática e proibição de excesso.

No que concerne à distinção entre princípios e regras, de acordo com Humberto Ávila (2009, p. 39), a doutrina se divide em praticamente dois grupos, o da distinção fraca (Esser, Larenz, Canaris) e o da distinção forte (Dworkin, Alexy).

A corrente da distinção fraca entre princípios e regras sustenta que:

Os princípios são normas de elevado grau de abstração (destinam-se a um número indeterminado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número indeterminado de pessoas) e que, por isso, exigem uma aplicação influenciada por elevado grau de subjetividade do aplicador; contrariamente, às regras, que denotam pouco ou nenhum grau de abstração (destinam-se a um número quase determinado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número quase determinado de pessoas) e, que, por isso, demandam uma aplicação com pouca ou nenhuma de subjetividade do intérprete. Essa é a teoria clássica do Direito Público, inicialmente difundida pelos estudos de Direito Administrativo e depois transplantada para os trabalhos de Direito Constitucional. É dessa concepção que vem a afirmação de que os princípios são os alicerces, as vigas-mestras ou valores do ordenamento jurídico, sobre o qual irradiam seus efeitos. (ÁVILA, 2009, p. 39).

Humberto Ávila (2009, p. 39) afirma, ainda, que essa corrente dissocia os princípios das regras utilizando o “critério do *fundamento axiológico*, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.”

A crítica a tal corrente consiste em que o fundamento da distinção está no grau de indeterminação das espécies normativas. Os princípios, sendo fluidos, permitem maior mobilidade valorativa; ao passo que as regras, sendo pretensamente determinadas, eliminam ou restringem sensivelmente a liberdade apreciativa do aplicador. Trata-se de uma distinção frágil, pois os princípios e as regras têm as mesmas propriedades, embora em graus diferentes – enquanto os princípios são mais indeterminados, as regras são menos (ÁVILA, 2009, p. 84).

Da mesma maneira é frágil a distinção com base no conteúdo valorativo, pois toda regra serve como meio para realização de um fim, um valor, de forma que a dissociação por esse prisma, em vez de estremar as espécies normativas, termina aproximando-as (ÁVILA, 2009, p. 84).

Esses “equivocos” da doutrina tradicional não se resumem em mera questão de nomenclatura. Tratar-se-ia de uma disputa terminológica se não ensejassem um problema

fundamental: legitimizar a flexibilização na aplicação de uma norma que a Constituição, pela técnica de normatização que utilizou, queria menos flexível (ÁVILA, 2009, p. 86).

De acordo com Ávila (2009, p. 87), a corrente da distinção forte entre princípios e regras, capitaneada por Dworkin e Alexy, sustenta que:

Os princípios são normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação com outras e por poderem ser realizadas em vários graus, contrariamente às regras, que estabelecem em sua hipótese definitivamente aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, e que, por isso, exigem uma aplicação mediante subsunção. Essa é a teoria moderna do Direito Público, inicialmente difundida pelos estudos de Filosofia e Teoria Geral do Direito e depois transportada para os trabalhos de Direito Constitucional. É dessa concepção que vem a afirmação de que os princípios são diferentes das regras relativamente ao modo de aplicação e ao modo como são solucionadas as antinomias que surgem entre eles. A diferença quanto ao modo de aplicação é a seguinte: enquanto as regras estabelecem mandamentos definitivos e são aplicadas mediante subsunção, já que o aplicador deverá confrontar o conceito do fato com o conceito constante da hipótese normativa e, havendo encaixe, aplicar a consequência, os princípios estabelecem deveres provisórios e são aplicados mediante ponderação, na medida em que o aplicador deverá atribuir uma dimensão de peso aos princípios diante do caso concreto. A diferença quanto ao modo de solução de antinomias é a que segue: enquanto o conflito entre regras ocorre no plano abstrato, é necessário e implica declaração de invalidade de uma delas caso não seja aberta uma exceção, o conflito entre princípios ocorre apenas no plano concreto, é contingente e não implica declaração de invalidade de um deles, mas apenas o estabelecimento de uma regra de prevalência diante de determinadas circunstâncias verificáveis somente no plano da eficácia das normas.

Ávila (2009, p. 44) critica essa corrente quanto à deficiência da distinção dos princípios e regras com base *no tudo ou nada* (revogação/invalidade) de aplicação das regras e no *mais ou menos* (ponderação) de aplicação dos princípios, onde se defende que se a hipótese de incidência da regra for preenchida, inevitavelmente, deve ser produzida a consequência prevista, ou então, a norma é inválida; ao passo que a colisão de princípios no caso concreto não se resolve com a invalidade de qualquer deles, mas mediante a ponderação, ou melhor, a escolha gradual do mais ou menos aplicável ao caso.

Com efeito, Ávila (2009, p. 52-53) demonstra que há hipóteses em que o conflito de regras no caso concreto pode ser resolvido sem a declaração de invalidade de qualquer deles e, mediante sopesamento de razões. Com efeito, as regras, que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação também podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais, pois a consideração de circunstâncias concretas e individuais não se refere à estrutura das normas, mas à sua aplicação. Ou seja, tanto os

princípios como as regras podem envolver consideração de aspectos específicos, abstratamente desconsiderados pelo legislador (ÁVILA, 2009, p. 47).

Por exemplo, a regra estabelecida no art. 1º da Lei nº 9.494/97 proíbe que o juiz conceda provimento jurisdicional de urgência (liminar ou tutela antecipada) em face da Fazenda Pública; inserindo-se nessa vedação, inclusive, a liminar para fornecer remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar. Por outro lado, o art. 1º da Lei estadual nº 9.908/93 determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com sua aquisição; essa regra obriga o juiz, inclusive, a conceder medida liminar, determinando o fornecimento de medicamento, no caso de esse ser vital ao cidadão. Então, o que fazer no caso em que uma pessoa ajuíza ação pleiteando liminar para obrigar o Estado a lhe fornecer determinado medicamento que é essencial para sua sobrevivência? É óbvio que nesse caso a aplicação da primeira regra deve ser afastada, através do sopesamento de razões, sem que isto signifique a declaração de invalidade da mesma. O que ocorre nessa hipótese é um conflito concreto entre as regras, de forma que o julgador deverá atribuir peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa proteger (ÁVILA, 2009, p. 53).

Mais uma vez, é preciso enfatizar que essas inconsistências da doutrina que adota a distinção forte entre as espécies normativas não diz respeito a uma mera questão de nomenclatura. Tratar-se-ia de uma disputa terminológica se não surgisse um problema fundamental: a consideração de uma norma como princípio, quando na verdade se tratava de uma regra e, assim, possibilitando de superação mais flexível da norma equivocadamente tida como princípio, mediante sua restringibilidade, quando a Constituição, pela técnica de normatização que adotou, queria-a menos flexível.

Percebe-se, portanto, que as duas classificações – tanto a fraca quanto a forte – trazem consequências para o operador do direito, pois na primeira haverá aplicação com alto grau de subjetividade em função da elevada abertura dos princípios; ao passo que, na segunda, haverá uma ponderação que irá atribuir um peso aos princípios colidentes no caso concreto, possibilitando que a consideração de uma regra como princípio flexibilize sua aplicação, quando deveria ser de mais difícil superação.

O fato é que a conceituação equivocada, a pretexto de conferir maior efetividade e importância a determinada regra, faz com que o aplicador considere-a como princípio, o que finda por reduzir-lhe a efetividade, já que os princípios admitem maior flexibilização e, pior, intensifica o decisionismo, na medida em que uma norma mais rígida (regra) passa a ser

flexibilizada discricionariamente. Nesse sentido as palavras de Humberto Ávila são esclarecedoras:

[...] quanto a denominação inapropriada de uma norma (qualificação de uma norma como *princípio*) provocam um resultado normativo indesejado: a flexibilização da aplicação de uma norma que deveria ser aplicada com maior rigidez. O tiro sai pela culatra: a pretexto de aumentar a efetividade da norma, a doutrina denomina-a de princípio, mas, ao fazê-lo, legitima sua mais flexível flexibilização, enfraquecendo sua eficácia; com a intenção de aumentar a valorização, a doutrina qualifica determinadas normas de princípios, mas, ao fazê-lo, elimina a possibilidade de valoração das regras, apequenando-as; com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo sem indicar critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo; com a intenção de difundir uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina qualifica aquela normas julgadas mais importantes como princípios, mas, ao fazê-lo com a indicação de que os princípios demandam aplicação intensamente subjetiva ou flexibilizadora em função de razões contrárias, lança bases para o que o próprio conservadorismo seja legitimado. (ÁVILA, 2009, p. 91)

5.3.4.1.1 Os diferentes graus de reprovabilidade do descumprimento de princípios e regras

Conexa a essa questão da distinção entre os princípios e regras está a concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípio é mais grave que descumprir uma regra, quando na verdade o correto é o contrário. Descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio, porque as regras têm uma pretensão de decidibilidade que os princípios não têm. Enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesse antevisto pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável (ÁVILA, 2009, p. 90).

As regras possuem uma rigidez maior que os princípios, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto.

Destarte, necessária se faz a revisão da concepção largamente difundida na doutrina juspublicista no sentido de que a violação de um princípio seria muito mais grave do que a transgressão a uma regra, pois implicaria violar vários comandos e subverter valores fundamentais do sistema jurídico. Essa concepção se embasa em dois pressupostos errôneos, quais sejam, primeiro, de que um princípio vale mais do que uma regra, quando, na verdade, eles possuem diferentes funções e finalidades; segundo, de que a regra não incorpora valores,

quando, em verdade, ela os cristaliza, na medida em que toda regra impõe determinada conduta, visando à consecução de um ou mais fins (ÁVILA, 2009, p. 103).

Ademais, não se pode olvidar a noção de “reprovabilidade” na aferição da violação dos princípios e regras. É que possuindo as regras um caráter descritivo imediato, o conteúdo do seu comando é muito mais inteligível do que o comando dos princípios, cujo caráter imediato é apenas a realização de determinado valor, ou estado ideal de coisas. Sendo assim, mais reprovável é descumprir aquilo que “se sabia” dever cumprir, pois quanto maior for o grau de conhecimento prévio do dever, maior será a reprovabilidade da transgressão (ÁVILA, 2009, p. 104).

5.3.4.1.2 A questão da solução do conflito entre princípios e regras pela hierarquia

Outra questão intimamente relacionada a essa última analisada, reside na solução do conflito entre princípios e regras através da hierarquia.

Normalmente, afirma-se que, quando houver colisão entre um princípio e uma regra, vence o primeiro.

Neste estudo, adota-se posição diversa. Em primeiro lugar, é preciso verificar se a regra e o princípio em conflito estão no mesmo nível hierárquico, pois entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional deve prevalecer a norma hierarquicamente superior, pouco importando a espécie normativa (se princípio ou regra). Por exemplo, se houver conflito entre uma regra constitucional e um princípio legal, deve prevalecer a primeira e, se houver um conflito entre uma regra legal e um princípio constitucional, deve prevalecer o segundo. Noutro aspecto, se as normas forem de mesmo nível hierárquico, e ocorrer um autêntico conflito, deve ser dada primazia à regra. Ávila (2009, p. 25) bem exemplifica essa hipótese:

Se houver um conflito, entre o princípio da liberdade de manifestação do pensamento e a regra da imunidade dos livros, deve ser atribuída prevalência à regra de imunidade. Caso contrário, seria sustentável a imunidade de obras de arte, porque também elas servem de veículo para a manifestação da liberdade de manifestação do pensamento.

Por conseguinte, depreende-se que “A tentativa de fazer justiça para um caso, mediante superação da regra, afetaria a promoção da justiça para a maior parte dos casos. E a não superação da regra provocaria mais benefício que prejuízo valorativo (*more good than harm*)” (ÁVILA, 2009, p. 117).

5.3.4.1.3 Proposta conceitual dos princípios e regras

Baseado em todas essas mencionadas características e traços característicos, Ávila (2009, p. 80) apresenta proposta conceitual das regras e princípios, o que faz da seguinte forma:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.

Essas reflexões demonstram que os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, por via oposta, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Portanto, os princípios impõem comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Além disso, os princípios apesar de indeterminados, não o são absolutamente, pois se pode haver incerteza quanto ao *conteúdo* do comportamento a ser adotado, incerteza alguma haverá quanto à sua *espécie*: é devido o que for necessário para promover o fim (ÁVILA, 2009, p. 80).

Pois bem, com base nessas premissas é que se pode concluir que o uso argumentativo que se faz no presente trabalho da norma insculpida no art. 5º, XXXVI, da CF/88, com relação à eficácia temporal dos precedentes, autoriza sua consideração como uma *regra* e, assim, de mais difícil superação que os princípios em rota de colisão.

Com efeito, tal dispositivo constitucional, na medida em que visa o aspecto imediatamente comportamental, impedindo o legislador ou o juiz de criar *norma jurídica* para regularizar atos e fatos passados, deve ser reputado com uma regra, para fins de atribuição de eficácia temporal aos precedentes.

5.3.4.2 Normas de segundo grau – Postulados normativos

Humberto Ávila (2009, p. 122) afirma que “Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação.” Qualificam-se como metanormas, ou normas de segundo grau, na medida em que se constituem em normas sobre a aplicação de outras normas. Assim, quando se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas.

Os postulados têm funcionamento próprio e diverso dos princípios e das regras. Primeiro, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. Segundo, porque não possuem os mesmos destinatários: os postulados são diretamente dirigidos ao intérprete e aplicador do direito; ao passo que os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos jurisdicionados (ÁVILA, 2009, p. 122).

Os postulados dividem-se em: *hermenêuticos* – aqueles cuja utilização é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, devendo funcionar para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa – e *aplicativos* – aqueles que se utilizam para solucionar questões que surgem na aplicação do direito, especialmente, para solucionar antinomias (ÁVILA, 2009, p. 123 e 133).

Os postulados hermenêuticos subdividem-se em: *unidade do ordenamento jurídico* – aquele que exige do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade –; *hierarquia* – aquele através do qual resultam critérios importantes para a interpretação das normas, como a interpretação conforme a Constituição – e, *coerência* – aquele que está relacionado à noção de consistência e de completude (formal) e de conexão positiva de sentido (substancial) (ÁVILA, 2009, p. 124 e 127).

Os postulados normativos aplicativos subdividem-se, de um lado, em (a) inespecíficos: i) *ponderação de bens* – consiste num método destinado a atribuir pesos a

elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento –; ii) *concordância prática* – exige a realização máxima de valores que se imbricam – e, iii) *proibição de excesso* – impede que a aplicação de uma regra ou de um princípio restrinja de tal forma um direito fundamental que termine lhe retirando seu mínimo de eficácia. De outro, em (b) específicos: i) *igualdade*; ii) *razoabilidade* e, iii) *proporcionalidade*.

O postulado da *igualdade* “estrutura a aplicação do Direito quando há relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).” (ÁVILA, 2009, p. 150).

Isso significa que a aplicação do postulado da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado.

No que concerne ao postulado da *razoabilidade*, dentre tantas as acepções contidas no mesmo, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer afastando a aplicação da norma geral, em virtude das peculiaridades do caso individual. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico (deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o extraordinário), seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir (a causa eleita pelo legislador para a atuação estatal, deve se respaldar na realidade). Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas (necessidade de proporção ente a medida e sua causa) (ÁVILA, 2009, p. 152).

Essas considerações possibilitam a ilação de que a aplicação da norma geral, em virtude das especificidades do caso concreto, pode ser afastada, apesar de determinado caso se adequar à sua hipótese de incidência (ÁVILA, 2009, p. 155).

O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. Um meio é *adequado* quando promove minimamente o fim. Na hipótese de atos jurídicos gerais a adequação deve ser analisada do ponto de vista abstrato, geral e prévio. Na hipótese de atos jurídicos individuais a adequação deve ser analisada no plano concreto, individual e prévio. Um meio é *necessário*, quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados. Um meio é *proporcional, stricto sensu*, quando o grau de importância da promoção do fim justificar o grau de restrição

causado aos direitos fundamentais, ou seja, o meio será desproporcional, se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais (ÁVILA, 2009, p. 165-173).

Como já se afirmou, toda essa estratificação e precisão terminológica fora erigida com o escopo de propiciar condições a que os aplicadores do direito melhor identifiquem as “espécies normativas” – e no que interessa ao presente trabalho, as espécies normativas relativas à eficácia temporal dos precedentes –, passando a manuseá-las mais adequadamente, no escopo de solucionar eventuais conflitos entre princípios e regras em rota de colisão, bem como auxiliar o juízo de ponderação, tudo no que concerne à opção por tal ou qual tipo de efeito temporal diante do caso concreto.

5.3.5 O STF e a possibilidade de aplicação de efeitos prospectivos aos seus precedentes

Consoante demonstrado no item 5.3.3, não se pode perder de vista o princípio da nulidade da lei inconstitucional, que enseja a aplicação de efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade, pois essa continua sendo a regra geral no Direito brasileiro.

A nulidade da lei inconstitucional constitui-se na regra geral, ensejando, em caso de declaração de inconstitucionalidade, a invalidade da lei *ab initio*. Tal princípio, como se viu, só pode ser ultrapassado em casos extraordinários, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, pois casos há em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* pode trazer muito mais danos ao sistema, do que a permanência da norma inconstitucional no mundo jurídico.

Visando mitigar as iniquidades geradas com a eficácia *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade – que muitas vezes acarreta o desfazimento de relações jurídicas já consolidadas, causando graves prejuízos aos jurisdicionados, bem como sérios danos ao próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica) – foi que a jurisprudência do STF evoluiu para, em certas circunstâncias, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que passaria a ter eficácia *ex nunc* ou a partir de determinado momento futuro.

Muito antes da existência de lei permitindo que o STF modulasse os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a jurisprudência da Corte já havia decidido, em mais de uma oportunidade, pela não aplicação da eficácia retroativa, consoante se atesta das ementas

dos acórdãos prolatados em Recursos Extraordinários julgados, respectivamente, nos anos de 1974 e 1993:

Funcionário público. Exercício da função de oficial de justiça. Ilegalidade da investidura. Validade do ato praticado por funcionário de fato. **Apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido.** - Recurso não conhecido. (RE 78594, Relator: Min. Bilac Pinto, 2ª Turma, julgado em 07 jun. 1974, DJ 04 nov. 1974) (grifos nossos).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO. Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão *erga omnes* da corte. **Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade.** Recurso extraordinário provido em parte. (RE 122202, Relator: Min. Francisco Rezek, 2ª Turma, julgado em 10 ago. 1993, DJ 08 abr.1994 PP-07243 EMENT VOL-01739-05 PP-00945) (grifos nossos).

Essa tendência mostrou-se ainda mais notória na decisão proferida em 23.03.1994, no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 70.514, onde o STF, analisando a constitucionalidade da questão do prazo em dobro para a Defensoria Pública no processo penal, entendeu que a referida regra é constitucional até que a Defensoria Pública efetivamente se instale, de forma que o prazo em dobro valerá enquanto a Defensoria Pública não estiver efetivamente organizada. Nesse caso, o STF, já vislumbrando o *fenômeno da inconstitucionalidade superveniente ou progressiva*, deixou clarividente a possibilidade de mitigação do princípio da nulidade, de acordo com o qual a lei ou é inconstitucional e, portanto, nula desde o início, ou é constitucional e, assim, plenamente válida. Leia-se a ementa de tal julgado:

Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. "Habeas Corpus". Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. **1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa,**

como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5 do art. 1 da Lei n 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. "Habeas Corpus" deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro. (HC 70514, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 23 mar. 1994, DJ 27 jun. 1997 PP-30225 EMENT VOL-01875-03 PP-00450)

No mesmo sentido foi a decisão proferida no RE nº 147.776, em 19.05.1998, oportunidade em que se considerou que a regra do art. 68 do Código de Processo Penal (CPP), que atribui legitimidade ao Ministério Público para ajuizar ação de indenização *ex delicto* é constitucional até que a Defensoria Pública efetivamente se instale, de forma que o Ministério Público poderá ajuizar tais ações enquanto a Defensoria Pública não estiver efetivamente organizada. Observe-se a ementa do acórdão:

Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, sobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. **1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.** 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328. (RE 147.776, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19 maio 1998, DJ 19 jun. 1998 PP-00009 EMENT VOL-01915-01 PP-00136) (grifos nossos) .

Com o advento da Lei nº 9.868/99 (que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF) e da Lei nº 9.882/99 (que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental) regulamentou-se, no direito pátrio, a possibilidade de o STF atribuir efeitos prospectivos às declarações de inconstitucionalidade, mitigando assim o princípio da nulidade.

Com efeito, o art. 27 da Lei nº 9.868/99¹²² estabeleceu que, *“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.”* (grifo nosso)

No mesmo norte, o art. 11 da Lei nº 9.882/99 estabeleceu que: *“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.”* (grifo nosso)

Ressalte-se que o texto inscrito na Lei n. 9.868/99 é resultado da proposta constante do Projeto de Lei nº 2.960/97, que em sua Exposição de Motivos revelou-se o seguinte:

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que **o próprio Supremo Tribunal Federal**, por uma maioria diferenciada, **decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social de outro** (art. 27). Assim, **o princípio da nulidade somente será afastado ‘in concreto’ se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.** (grifos nossos)

Um caso paradigmático de aplicação de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade de lei constitui-se na ADI nº 2.240, em que o STF, após o brilhante

¹²² Foram propostas duas ações diretas de inconstitucionalidade contra alguns dispositivos da Lei nº 9.868/99, inclusive, o art. 27. Embora tais ações não tenham sido definitivamente julgadas, o STF já sinalizou a respeito da plena constitucionalidade desse dispositivo, tanto é que vem aplicando-o sem restrições.

voto-vista do Min. Gilmar Mendes, declarou a inconstitucionalidade da Lei baiana nº 7.619/00, que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães-BA, em virtude da afronta ao art. 18, § 4º, da Constituição Federal, porém, tendo em vista razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, decidiu por não pronunciar sua nulidade, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável para o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal.

Nesse caso o Relator, Min. Eros Grau, mesmo diante de precedentes do STF¹²³ que conduziam à inconstitucionalidade da lei impugnada, votou pela improcedência da ação, após percuciente análise sobre a realidade fática fundada na lei impugnada e o peso do princípio da segurança jurídica, no caso concreto.

Foi aí que o Min. Gilmar Mendes aduziu que a solução para o problema não poderia advir da simples decisão de improcedência da ação – haja vista os inúmeros precedentes a respeito da inconstitucionalidade de lei estadual instituidora de município em afronta ao art. 18, § 4º, da CF –, mas sim da ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica, mediante a utilização das inovadoras técnicas de aplicação de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade.

Por conseguinte, dúvida inexistente de que, no âmbito do *controle concentrado de constitucionalidade*, o princípio da nulidade da lei inconstitucional restou bastante mitigado, tendo a jurisprudência do STF evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo, a partir do advento da Lei nº 9.868/99.

O mesmo pode-se dizer com relação ao *controle difuso de constitucionalidade*, já que a prática tem demonstrado que o STF vem aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/99 também às declarações incidentais de inconstitucionalidade de lei.

Nesse sentido, observe-se que o STF, em 07.05.2004, no RE nº 197.917, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade de lei municipal que fixou em 11 (onze) o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela-SP, porém, aplicou efeito prospectivo ao julgado, em virtude do princípio da segurança jurídica e da prevalência do interesse público, já que a pronúncia de nulidade acarretaria graves danos a toda a municipalidade, pois ensejaria a nulidade das leis municipais editadas pela Câmara, o que conseqüentemente repercutiria sobre todas as relações jurídicas, atos e fatos praticados com base nas mesmas, consoante se depreende da transcrição, *in verbis*:

¹²³ Vide: ADI-MC nº 2.381/RS; ADI nº 3.149/SC; ADI nº 2.702/PR; ADI nº 2.967/BA e ADI nº 2.632/BA.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. **Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.** 8. **Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.** (RE 197917, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06 jun. 2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368) (grifos nossos)

Portanto, no estágio atual da legislação pátria e da jurisprudência do STF não há maiores dificuldades quanto à aplicação de efeitos prospectivos às decisões sobre (in)constitucionalidade de lei.

5.3.6 O STJ e a possibilidade de aplicação de efeitos prospectivos aos seus precedentes

No que pertine à aplicação de efeitos prospectivos às decisões dos Tribunais Superiores, mormente, às que revogam ou modificam substancialmente anterior orientação jurisprudencial, não há regulamentação clara e expressa no ordenamento jurídico pátrio, assim como não há precedentes sobre a matéria.

Na verdade, há alguns dispositivos de leis esparsas, bem como regras e princípios constitucionais, que interpretados sistematicamente, conferem ao STJ, mediante indução amplificadora (FERRAZ JR., 2009, p. 01-02)¹²⁴, o poder de modular os efeitos de suas decisões (tal como previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99 para o STF).

Com efeito, o art. 146 do Código Tributário Nacional (CTN) dispõe que: “***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.***” (grifos nossos)

Já o art. 100 do CTN estabelece que as decisões dos órgãos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa, são consideradas normas complementares das leis e, como tais, aptas a resguardarem os direitos dos contribuintes, já que a observância das mesmas exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Por conseguinte, a leitura conjugada dos dois supracitados dispositivos do CTN autoriza a conclusão de que a alteração dos critérios de lançamento de tributo, introduzida por decisão administrativa ou judicial, constitui-se numa nova *norma jurídica* e, como tal, só pode vigorar com relação aos fatos geradores ocorridos posteriormente à mudança, em respeito à máxima do *tempus regit actum*.

Em sentido semelhante reza o inciso XIII, do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 9.874/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal),

¹²⁴ De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2009, p. 24-26), quando se alega aproximação entre a competência do STF e do STJ, não significa que se esteja objetivando uma aplicação analógica ao STJ do art. 27 da Lei nº 9.868/99, previsto para o STF. Não se trata, propriamente, de uma aplicação analógica, mas da invocação de um princípio ínsito ao exercício de uma competência judicativa: a razoabilidade. Esse procedimento é conhecido sob o nome de indução amplificadora e, uma base importante para essa ampliação *abductiva* são as competências do STJ definidas no art. 105 da CF, que o consagra como “*guardião do ordenamento jurídico federal*”.

ao dispor que a nova interpretação da norma administrativa, que revoga ou altera anterior interpretação, não pode ter aplicação retroativa, senão vejamos a transcrição, *ipsis litteris*:

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.

Ainda no mesmo norte o Enunciado nº 105 da Súmula do Tribunal de Contas da União: “*a modificação posterior da jurisprudência não alcança aquelas situações constituídas à luz de critério interpretativo anterior*”.

A “Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro” (Decreto-Lei nº 4.657/42¹²⁵) é esclarecedora, ao estatuir no seu art. 6º, a regra do *tempus regit actum* (a lei do tempo rege o ato).

Em nível constitucional, os princípios da segurança jurídica (art. 1º, *caput*; art. 3º, I e, art. 5º, XXXVI, CF) e da legalidade (art. 5º, II, CF) asseguram a irretroatividade da lei, ou melhor, a irretroatividade do direito, pois, consoante já demonstrado, a *norma jurídica* não se confunde com o texto da lei, mas se constitui no sentido construído pelo Judiciário na sua atividade de julgar.

Com efeito, não faria o menor sentido a Constituição Federal dispor, em seu art. 5º, II, que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, se fosse possível submeter o jurisdicionado aos efeitos retroativos de uma lei surgida após a prática do ato ou fato. Num Estado de Direito, deve prevalecer a certeza de que da conduta das pessoas não advirão outras consequências jurídicas além das previstas, em cada caso e momento, pela lei já vigente (CARRAZZA, 2009, p. 51).

Assim, não se pode admitir que o jurisdicionado tenha os efeitos de atos e fatos, ocorridos sob a égide de um regime jurisprudencial, regulados por um novo precedente revogador ou modificador, pois tal precedente constitui-se, na verdade, numa nova *norma jurídica*, que, portanto, deve ser irretroativa. Nesse sentido o Professor Hélio Ourem Campos (2007, p. 268-269) leciona com lucidez:

¹²⁵ A Lei nº 12.376/2010 alterou a ementa do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), que teve ampliado seu campo de aplicação, passando a denominar-se “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”.

É também necessário que o princípio da irretroatividade não consista apenas em não se aplicar a lei nova ao fato antigo. Ele deve também ser entendido no sentido de que não se pode aplicar o novo entendimento da lei antiga a um fato que preceda esta nova interpretação, acaso, naturalmente, venha a implicar em prejuízo. Isto tudo em nome da segurança das relações.

(...)

Portanto, quando se diz que o tempo deve reger o ato, não se está restringindo à hipótese de que a lei nova não deve ser aplicada a fatos antigos, mas também isto se estende à hipótese de que a interpretação nova sobre a lei antiga não se deve aplicar a fatos antigos, acaso a consequência não seja benéfica para o indivíduo.

Não se pode olvidar que o Direito tem como um de seus principais escopos ordenar o comportamento consciente das pessoas na vida social. Para tanto, estabelece regras de conduta, a fim de que os cidadãos saibam, de antemão, o que podem, o que não podem e o que devem fazer. Esse prévio regramento – mormente, após reiteradas decisões dos Tribunais Superiores sobre a matéria – confere às pessoas a certeza de que, conduzindo-se de certo modo, suportarão determinadas consequências, o que lhes permite planejar suas vidas, na confiança de que os atos e relações jurídicas de que participarem não lhes trarão surpresas desagradáveis (CARRAZZA, 2009, p. 61).

Com efeito, uma das funções mais relevantes do Direito é conferir certeza à incerteza das relações sociais; desse modo, o princípio da segurança jurídica exige que cada pessoa tenha elementos para conhecer previamente as consequências dos comportamentos que adotar (CARRAZZA, 2009, p. 44).

Logo, é de se questionar como fica a situação daqueles que, confiando numa jurisprudência mansa e pacífica, pautaram seu agir em consonância com o que vinha sendo reiteradamente decidido e, depois, deparam-se com uma abrupta mudança de entendimento dos Tribunais Superiores.

Ora, para que não reste comprometida a segurança jurídica (previsibilidade e certeza jurisprudencial), a revogação ou modificação de um precedente, após longo período de prevaecimento, deve produzir apenas efeitos prospectivos e, em alguns casos, até diferidos no tempo, permitindo a ultratividade da orientação superada, para regular os efeitos dos atos e fatos ocorridos à sua época (CARRAZZA, 2009, p. 66).

Como afirma Roque Carrazza (2009, p. 71): “O princípio da segurança jurídica, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, exige que as pessoas tenham condições de antecipar objetivamente seus *direitos e deveres*, fatores essenciais para a *confiança* que as pessoas devem ter no Direito.”

Outrossim, vale salientar que o constitucional princípio da segurança jurídica se desdobra em vários outros subprincípios como o da previsibilidade, da não surpresa, da proteção da confiança diante das situações concretas e da proibição de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*), bem como na regra da irretroatividade da norma jurídica; todos eles aptos a impedir a aplicação retroativa do *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*.

O Judiciário deve ser coerente em suas posições, de forma que, se propiciou ao jurisdicionado a segurança de que ele poderia praticar determinado ato ou ter determinada conduta, porque assim agindo estaria de acordo com o Direito, não pode mudar, abrupta e incoerentemente, sua anterior jurisprudência, fazendo com que o novo precedente surta efeitos sobre relações jurídicas consolidadas, atos e fatos já ocorridos (NERY JR., 2009, 86).

A proibição de *venire contra factum proprium* impõe-se à Administração, inclusive, ao Judiciário, pois decorre diretamente do texto constitucional, já que agindo contra seus próprios atos o poder público viola os princípios da segurança jurídica (arts. 1º, 5º, *caput* e XXXVI, CF), da solidariedade (art. 3º, I, CF), da legalidade e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF) (NERY JR., 2009, 86).

Como conclui Nelson Nery Jr. (2009, p. 91): “Nisso reside a *boa-fé objetiva* do administrado/contribuinte/jurisdicionado: a conduta que dele se espera é o cumprimento dos comandos emergentes da jurisprudência predominante nos tribunais, notadamente nos superiores.”

Acrescente-se, ainda, o fato de que o STJ é o guardião da legislação infraconstitucional, cabendo ao mesmo, através de decisões paradigmáticas (com forte efeito persuasivo e, em certa medida, vinculante) decidir em última instância a respeito da legislação federal. Com efeito, ao STJ cabe até mesmo dar a última palavra sobre a vigência da legislação infraconstitucional, de forma que, conseqüentemente, cabe ao mesmo dispor sobre o termo *a quo* da eficácia temporal de seus precedentes (*norma jurídica* por ele mesmo criada, na missão de julgar), já que tal poder é inerente à atividade de julgar (FERRAZ JR., 2009, p. 25-26), assim como o é o poder de zelar pela autoridade de seus julgados e o poder geral de cautela.

Com efeito, entre os temas de maior relevo na competência do STJ está a questão da vigência de lei federal (art. 105, III, a da Constituição Federal). Essa questão, cuja decisão suscita ponderações provenientes da doutrina da revogação, é decisão de última instância, no estrito campo da legislação infraconstitucional. Mesmo quando se tenha um problema de interpretação de lei federal, em vista de determinados mandamentos constitucionais, nada

impede que o STJ exerça sua competência de *guardião do ordenamento jurídico federal*, para declará-la vigente ou não vigente e, assim, decidir sobre a sua eventual violação (FERRAZ JR., 2009, p. 26). Assim, dúvida inexistente acerca do poder de o STJ dispor sobre o termo inicial da eficácia de seus precedentes.

A cada dia mais se identificam as funções do STF e STJ, eis que a cada dia vem sendo mais realçada a função dessas Cortes de unificar a interpretação da Constituição (art. 102, *caput*, CF) e da legislação federal (art. 105, III, CF), respectivamente. Destarte, como se pacificou o entendimento de que o STF pode aplicar efeitos prospectivos às suas decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade (em julgamento de RE), não há razão para não se admitir que o STJ possa aplicar efeitos prospectivos às suas decisões em sede de recurso especial (RESP).

Um simples paralelo entre as funções do STF e STJ e as atribuições do Tribunal Constitucional português ajuda a concluir que o STJ – em sua função de uniformizar a interpretação da legislação federal e, assim, realizar o controle de legalidade – tem o poder de modular os efeitos de seus julgados. É que, em Portugal, compete ao Tribunal Constitucional realizar o controle de constitucionalidade e de legalidade das *leis com valor reforçado*¹²⁶ (art. 281, n. , “a” e “b”, da Constituição portuguesa) e, conforme já demonstrado anteriormente, tal Corte tem o poder de, nos termos do art. 282 (4) da Constituição, modular os efeitos tanto da declaração de inconstitucionalidade, como da declaração de ilegalidade.

Portanto, se no Brasil cabe ao STJ realizar o “controle de legalidade”; se é previsto o poder de o STF modular os efeitos de suas decisões em controle de constitucionalidade; se tal poder vem sendo exercido diuturnamente pelo STF, inclusive, em sede de controle difuso, facilmente, pode-se inferir, por indução amplificadora como fala Ferraz Jr. (2009, p. 01-02), que o STJ pode atribuir efeitos prospectivos aos seus precedentes, mormente, àqueles que revoga ou modifica anterior orientação jurisprudencial.

Na verdade, constitui-se um grande contrassenso o fato de se aceitar a aplicação de efeitos prospectivos aos precedentes no campo da jurisdição constitucional (STF) – onde vigora o princípio da nulidade da lei inconstitucional – e, contudo, não se aceitar, no âmbito da jurisdição infraconstitucional (STJ), onde a superação de um precedente deve gerar efeitos semelhantes à revogação de uma lei por outra – hipótese em que a lei revogada continua

¹²⁶ Nos termos do art. 112 (3) da Constituição portuguesa, têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas.

sendo aplicável para reger as relações jurídicas nascidas sob sua égide, ou melhor, tem ultratividade.

Por conseguinte, a ilação que se atinge é que o STJ pode e deve atribuir efeitos prospectivos a seus precedentes, quando assim autorizar as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Um caso paradigmático em que o STJ perdeu a oportunidade de dar prevalência ao princípio da segurança jurídica, aplicando efeito prospectivo ao novo precedente modificador, deu-se no caso do Crédito-prêmio do IPI.

Com efeito, até a data de 09.08.2004, prevalecia no STJ o entendimento de que o benefício do crédito-prêmio havia sido restaurado sem definição de prazo¹²⁷. Porém, com a decisão proferida no RESP nº 591.708, revogou-se a anterior orientação jurisprudencial, tendo o STJ adotado o entendimento de que a vigência do benefício do crédito-prêmio encerrou-se em 05.10.1990.

Em virtude desse quadro e levando em consideração a “sombra de juridicidade” existente acerca da vigência do benefício do crédito-prêmio até 09.08.2004, a confiança nutrida pelos contribuintes nos reiterados precedentes do STJ e os graves prejuízos suportados por esses, que, durante quase 14 (quatorze) anos, aproveitaram ininterruptamente o benefício do crédito-prêmio, foi que o Min. Herman Benjamin – que restou vencido –, nos Embargos de Divergência nº 738.689-PR, votou no sentido de não permitir a aplicação de efeitos retroativos ao precedente do RESP nº 591.708, resguardando a situação jurídica dos contribuintes que aproveitaram o benefício do crédito-prêmio até 09.08.2004. Observe-se o seu voto-vista:

CRÉDITO-PRÊMIO. IPI. INCENTIVO FISCAL DE NATUREZA SETORIAL. ART. 41, § 1º, DO ADCT. EXTINÇÃO EM 1990. COMPETÊNCIA DO STJ PARA APLICAR DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DISTINÇÃO ENTRE CAMPO DE APLICAÇÃO MATERIAL E CAMPO DE APLICAÇÃO TEMPORAL DA NORMA JURÍDICA. JURISPRUDÊNCIA ANTERIOR CONSOLIDADA PELA SUBSISTÊNCIA DO BENEFÍCIO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. SOMBRA DE JURIDICIDADE. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO PELO STJ.

1. Ressalvada minha posição quanto a seu eventual término em 1983, é de se reconhecer que o crédito-prêmio de IPI, como incentivo fiscal de natureza setorial, foi extinto em 1990, nos termos do art. 41, § 1º, do ADCT.
2. Legislação ordinária expressamente revogada por disposição constitucional. Conflito aparente de normas que se situa no plano da vigência (direito intertemporal)

¹²⁷ Nesse sentido os RESP nº 239716; 576873 etc.

e não no terreno da inconstitucionalidade da norma infraconstitucional, inserindo-se, assim, no âmbito da competência do Superior Tribunal de Justiça.

3. Destaco que a matéria de fundo que inspira as duas construções teóricas aqui defendidas foi suscitada e apreciada nas instâncias de origem, na medida em que o Tribunal *a quo*, ao tratar da jurisprudência pacífica desta Corte (pela subsistência do crédito-prêmio), enfrentou, necessariamente, a aplicabilidade dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima à espécie. A rigor, sempre que o contribuinte alegar violação de um princípio geral do direito e o Tribunal de origem apreciar tais argumentos, tem-se por prequestionada a discussão atinente aos remédios jurídicos necessários à efetividade do(s) princípio(s) em questão.

4. A anterior posição do STJ, consolidada em inúmeros julgados, apontava para a subsistência do benefício fiscal até os dias atuais. Não obstante o posterior reconhecimento, por esta Corte, da revogação, em 1990, do texto legal que deu causa ao benefício, permaneceu no ordenamento, no período que vai de 1990 a 2004 (data da alteração do entendimento jurisprudencial até então pacífico), uma “sombra de juridicidade”, espécie de eco e projeção da jurisprudência do passado, capaz de produzir efeitos jurídicos válidos no presente.

5. As fontes do Direito referidas pelo art. 5º, da LICC (lei, costume e princípios gerais do Direito), não são categorias estanques e imunes a combinações complexas, em resposta à igual complexidade dos fenômenos sociais e jurídicos modernos. O crédito-prêmio de IPI, benefício gerado inicialmente por expressa manifestação do legislador ordinário, prossegue no tempo e no espaço, como “sombra” incontrolável, mesmo após a revogação da lei que lhe deu o sopro de vida, por conta de patente defeito de clareza dos textos legais em questão e de consolidado posicionamento dos Tribunais Superiores no sentido da expectativa do contribuinte.

6. Essa tese não se afasta da premissa de que só à lei cabe instituir benefícios fiscais. A “sombra de juridicidade” não gera, *ab ovo*, benefícios, nem poderia fazê-lo, apenas estende sua vida útil, com a ajuda do comportamento errático do próprio Estado-legislador e do Estado-juiz.

7. Situação que, *in casu*, se observa pela conjugação de normas de conteúdo vacilante e expressão cambiante, bem como de jurisprudência reiterada em um dado sentido, que, depois, vem a ser radicalmente alterada. No instante em que cessa essa reiteração, automaticamente desaparece a “sombra de juridicidade”, pois o que se tinha por certo passa a ser domínio do incerto.

8. A segunda discussão relevante para o deslinde da questão, que tangencia a análise da “sombra de juridicidade” - mas com ela não se confunde, pois é estranha ao universo das fontes do Direito -, é a possibilidade, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de “modulação temporal” dos efeitos da nova decisão, em face dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima, que regem não só o *substratum* dos direitos e obrigações (= Direito material), mas igualmente o processo civil empregado na solução de controvérsias no campo obrigacional.

9. Os valores que inspiraram o legislador federal a editar as Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999 (modulação dos efeitos nas ADI), vão além desses estatutos. Se são valores-matriz do universo do ordenamento, necessariamente influem, com lei ou sem lei que o diga, na aplicação do Direito pelos Tribunais Superiores. Também no STJ, as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, de modo a se buscar a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da confiança legítima.

10. A “Sombra de juridicidade” deixa de existir em 09.08.2004, data de publicação do acórdão no REsp 591.708/RS, pelo qual a Primeira Turma afastou-se da jurisprudência até então consolidada.

11. A expectativa a ser protegida contra a mudança jurisprudencial refere-se exclusivamente àquelas empresas que buscaram provimento judicial e efetivamente aproveitaram o “crédito-prêmio”, de sua titularidade originária (excluídas cessões), até 09.08.2004.

12. Embargos de divergência não providos, ressalvado dos efeitos da decisão eventual aproveitamento do crédito-prêmio pelo titular originário, desde que realizado até 09.08.2004.” (grifos nossos)

Ressalte-se que embora o STJ ainda não tenha aplicado efeitos prospectivos ao novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial, já se utilizou da prerrogativa de dispor a respeito do termo *a quo* da eficácia temporal de seus julgados, dando mostras de que, num futuro próximo, pode evoluir, aplicando efeitos prospectivos aos novos precedentes. Nesse sentido vejamos a ementa do RESP nº 1165623/RS:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ. ART. 135, INCISOS I, II E V, DO CPC. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 1. Nos termos do art. 135 do Código de Processo Civil, reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: (...) I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz...; V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. 2. In casu, o magistrado excepto se revela suspeito para o julgamento de demandas acionárias promovidas em desfavor da Brasil Telecom S/A, pelo fato de ele próprio figurar como autor em ação dotada dos mesmos fundamentos daquelas postas a sua apreciação, bem como por ter promovido, contra a referida empresa, ação indenizatória por danos morais que, supostamente, lhe teriam sido ocasionados pela suscitação, por parte daquela, de incidentes de suspeição, nos autos de ações outras que lhe foram distribuídas. 3. O fato de o acórdão recorrido ter sido proferido em "Incidente de Prevenção de Divergência" empresta ao decidido neste recurso especial caráter ultra partes, devendo o resultado do julgamento do mesmo ser aplicado a todos os processos sob a competência do excepto, que guardem similitude com a situação fática ora descrita. 4. **Recurso especial provido para reconhecer a suspeição do magistrado excepto, para todos processos que envolvam a empresa excipiente. Efeitos de suspeição, em caráter transcendental, válidos para o futuro, ex nunc, a partir do julgamento da Sessão de 14/04/2010. Ficam preservados todos os atos anteriormente praticados pelo magistrado.** (REsp 1165623/RS, Relator: Min. VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14 abr. 2010, DJe 17 ago. 2010) (grifos nossos).

O voto do Relator, Min. Vasco Della Giustina, Des. Convocado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é incisivo no sentido de que, apesar de declarar a suspeição do

juiz prolator da sentença, em caráter *transcendental*, deixava de aplicar efeito retroativo a tal declaração¹²⁸, preservando os atos já praticados anteriormente, senão vejamos:

Relembre-se que, devido ao fato de o Acórdão ora recorrido haver sido proferido em "Incidente de Prevenção de Divergência" (Assunção de Competência), tem-se o caráter "ultra partes" da aplicabilidade do resultado do julgamento presente, como se tinha ante o julgamento da origem, de modo que o resultado deste julgamento se aplica a todos os processos sob o julgamento do mesmo Magistrado.

É preciso, contudo, distinguir entre os processos já julgados, anteriormente ao julgamento deste Recurso Especial, e os futuros julgamentos.

Quanto aos julgamentos futuros, não há dificuldade de enfoque. Reconhecida a suspeição, não mais poderá o Magistrado atuar em nenhum dos processos relativos ao tipo de pretensão quanto à mesma parte, devendo enviá-los ao substituto legal, não importando quantos sejam - matéria que a organização judiciária e os órgãos dirigentes locais solucionarão.

Quanto aos julgamentos passados, já realizados, sem dúvida devem eles ser preservados, arredando-se, terminantemente, qualquer ideia de anulação de processos em massa.

Nesse ponto, o da não-anulação, preservando-se os atos já praticados antes da formal declaração da suspeição que ora se realiza, vem bem a propósito o argumento, aqui, sim, de inteira pertinência, de que, no geral, ressalvado eventual demonstração concreta, os julgamentos anteriormente proferidos foram consentâneos com a orientação do próprio Tribunal de origem - nada havendo de excepcional nos julgamentos do Magistrado excepto.

Atente-se, ainda, a que os julgamentos do próprio Tribunal vêm, rigorosamente, a exame deste Tribunal, ante a recorribilidade larga, que se instalou sobre a matéria.

E, por fim, quanto a esse ponto, registre-se que, se "*com a prolação da sentença, fica prejudicada a arguição de suspeição do magistrado, cabendo ao excipiente, na apelação, questionar a validade dessa decisão, no pressuposto de ter sido proferida por juiz suspeito*" (JTJ-SP 168283, *apud* THEOTÔNIO NEGRÃO, "CPC", 41.^a ed., 2009, p. 281, Nota 24 ao art. 135), daí se segue que válidas as decisões e sentenças, preservadas da mácula da suspeição, porque atacáveis pelos recursos pertinentes, que as devolvem, por inteiro, ao conhecimento dos Tribunais - não suspeitos, estes.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao presente recurso especial para: (i) declarar a violação do art. 135, incisos I, II e V, do CPC, reconhecendo, assim, a suspeição do Magistrado MAURO CAUM GONÇALVES para todos os processos que envolvam a empresa excipiente; (ii) dispor que os efeitos da declaração de suspeição, em caráter transcendental, valem somente para o futuro, *ex nunc*, a partir do julgamento da Sessão de 14/04/2010, preservados, portanto, todos os atos anteriormente praticados pelo Magistrado.

Ainda quanto à eficácia temporal dos precedentes do STJ, torna-se imperioso mencionar a decisão tomada no RESP nº 991030/RS¹²⁹, relatado pela Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, que tratou da restituição de parcelas previdenciárias pagas por força de antecipação de tutela, posteriormente, revogada por acórdão na apelação. Nesse caso, a 3.^a Seção do STJ decidiu, à unanimidade, que tendo os valores sido recebidos em virtude de

¹²⁸ Em regra, a sentença declaratória tem efeito retroativo, pois declara uma situação tal como ela foi desde o princípio.

¹²⁹ Encontra-se pendente o julgamento de embargos de declaração nesse recurso especial.

antecipação de tutela devidamente fundamentada, inclusive, em decisões do próprio STJ, não se afigura razoável que se determine a restituição das parcelas recebidas de boa-fé pela segurada, em virtude da mudança do entendimento jurisprudencial por muito tempo controvertido quanto à aplicação da lei posterior mais benéfica. Tal acórdão está assim ementado:

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AFASTADA. RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PREVIDENCIÁRIAS PAGAS POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. VERBA ALIMENTAR RECEBIDA DE BOA FÉ PELA SEGURADA. RECURSO ESPECIAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A questão da possibilidade da devolução dos valores recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela foi inequivocamente decidida pela Corte Federal, o que exclui a alegada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, eis que os embargos de declaração não se destinam ao prequestionamento explícito.

2. O pagamento realizado a maior, que o INSS pretende ver restituído, foi decorrente de decisão suficientemente motivada, anterior ao pronunciamento definitivo da Suprema Corte, que afastou a aplicação da lei previdenciária mais benéfica a benefício concedido antes da sua vigência. Sendo indiscutível a boa-fé da autora, não é razoável determinar a sua devolução pela mudança do entendimento jurisprudencial por muito tempo controvertido, devendo-se privilegiar, no caso, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

3. Negado provimento ao recurso especial.

(REsp 991030/RS, Relator.: Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14 maio 2008, DJe 15 out. 2008) (grifos nossos).

O voto da relatora é bastante elucidativo, no sentido de que, por razões de boa-fé, não se deveria obrigar a segurada a devolver os valores que recebeu com base em decisão fundamentada em jurisprudência do próprio STJ, simplesmente, em decorrência da mudança do entendimento jurisprudencial. Leia-se:

A questão que se coloca diz respeito à possibilidade de se permitir a devolução de parcelas previdenciárias por força de antecipação de tutela, posteriormente revogada. O pedido inicialmente formulado versava sobre a revisão do benefício de pensão por morte, segundo o disposto na Lei nº 9.032/95, em que pese ter ela sido concedida anteriormente à sua vigência, em 1983.

Em primeira instância, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, em 02/06/06, determinando-se a complementação do benefício da autora, de modo a equivaler a 100% do valor que o falecido segurado recebia. Posteriormente, a decisão foi confirmada, julgando-se procedente o pedido, amparando-se no entendimento segundo o qual a lei previdenciária mais benéfica teria aplicação imediata, mesmo sobre fatos ocorridos na vigência de lei anterior.

Todavia, ao julgar o recurso interposto pelo INSS, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região acatou a tese adotada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos RE 416.827/SC e 415.454/SC, que privilegia o princípio do *tempus*

regit actum. Assim, os benefícios deferidos em momento pretérito deveriam ser regulados pela legislação vigente ao momento de sua concessão.

Da decisão que deu provimento à apelação, foram interpostos embargos declaratórios a fim de que fosse aclarado o ponto atinente à devolução das parcelas recebidas por força da antecipação dos efeitos da tutela. Ao julgar o referido recurso, o Tribunal Regional entendeu que, por terem sido recebidas de boa-fé, tais quantias não poderiam ser devolvidas devido ao inegável caráter alimentar do benefício previdenciário recebido. Novos embargos declaratórios foram interpostos, agora pelo INSS, os quais foram rejeitados, mantendo-se a não-obrigatoriedade da devolução dos valores recebidos de boa-fé pela segurada.

Destarte, a questão analisada pelo presente recurso – a restituição dos valores recebidos em decorrência do cumprimento da tutela antecipada – foi inequivocadamente tratada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o que exclui a alegação do recorrente de que teria havido violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. Os embargos de declaração interpostos pelo INSS tinham por finalidade obter o prequestionamento explícito dos artigos apontados como violados, sendo a jurisprudência do STJ firme em declará-lo desnecessário, por só bastar que a matéria tenha sido tratada no *decisum* recorrido.

Superada a preliminar de violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, passo à análise da questão atinente à devolução dos valores pagos por força de decisão judicial, posteriormente revogada.

A decisão que antecipou os efeitos da tutela e determinou o pagamento de diferenças, decorrentes da equivalência do benefício a 100% do valor recebido pelo falecido segurado, gozava de inegável presunção de legitimidade. O entendimento por ela esposado foi durante muito tempo controvertido, tendo em vista as sucessivas alterações na renda mensal inicial, as quais ocasionaram um conflito intertemporal de normas, qual seja, a possibilidade de ser ou não aplicável a lei mais benéfica, majorando-se o percentual de pensões concedidas sob a égide das legislações anteriores à Lei nº 9.032/95.

A questão já foi anteriormente resolvida à luz do que preceitua o art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil. Tratando-se de uma relação jurídica continuativa, passível de adequação quando houver modificação no estado de fato ou de direito, partia-se do pressuposto de que seria possível a aplicação da nova legislação. Para tanto, pouco importava se o que era exigido para a realização da hipótese normativa tivesse origem sob a vigência de lei velha. Interessava, sim, que a questão se fizesse preencher por uma dada realidade fático-jurídica, coincidente na sua existência por inteiro, com o momento temporal que entra em vigor com a nova norma, justificando assim a sua imediata incidência.

Na linha desse raciocínio, tendo o segurado começado a perceber o benefício antes do advento da Lei nº 8.213/91, aplicável seria a majoração elencada no seu art. 75, na redação dada pela Lei nº 9.032/95. Não haveria falar em retroação de lei mais benéfica, mas tão-somente na sua aplicação imediata, em respeito à manutenção da isonomia entre os benefícios.

Todavia, embora já tenha me filiado a tal entendimento ao analisar casos semelhantes em outras oportunidades, a questão foi recentemente tratada de modo diverso pela Terceira Seção do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 665.909/SP, relatados pela Desembargadora Convocada Jane Silva. No referido caso, a Terceira Seção, por maioria, acompanhou a Relatora, que acolheu o princípio do *tempus regit actum*, seguindo o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários 415.454/SC e 416.827/SC, relatados pelo Ministro Gilmar Mendes (DJU de 26/10/2007). Assim, prevaleceu a tese de que, se o direito ao benefício foi adquirido anteriormente à edição da nova lei, o seu cálculo deverá se efetuar de acordo com a legislação vigente à época em que preenchidos os requisitos a ele necessários.

Como se vê, o pagamento realizado a maior foi decorrente de decisão suficientemente motivada, anterior ao pronunciamento definitivo da Suprema Corte, que firmou a tese de que a Lei nº 9.032/95 somente poderia ser aplicada aos novos beneficiários que, por uma questão de imposição constitucional da necessidade de prévia fonte de custeio, fizessem jus a critérios diferenciados na

concessão do benefício. Não é razoável, portanto, que se determine a restituição das parcelas recebidas de boa-fé pela segurada, em virtude da mudança do entendimento jurisprudencial por muito tempo controvertido quanto à aplicação da lei posterior mais benéfica. Deve-se privilegiar, assim, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, sobretudo porque não há dúvidas quanto à boa-fé da recebedora. A respeito do tema, cumpre trazer à colação os seguintes precedentes da Sexta Turma:

(...)

Diante do caráter eminentemente alimentar do benefício previdenciário, não se admite a sua devolução quando revogada a decisão judicial que o concedeu, sobretudo quando não pesa nenhuma dúvida quanto à boa-fé da segurada.

Em face do exposto, **nego provimento** ao recurso especial.

É como voto. (grifos nossos).

Como último argumento a favor da possibilidade de aplicação de efeitos prospectivos aos julgados do STJ, merece relevo o fato de que nas últimas décadas as relações jurídicas sofreram significativas alterações, mormente, com o surgimento das demandas de massa e das causas repetitivas, que ensejaram o surgimento de grande número de decisões paradigmáticas nos Tribunais Superiores, cuja *ratio decidendi* se espalha para um sem-número de jurisdicionados e, em certa medida, vinculam as demais instâncias do Judiciário.

É que, se, no processo clássico de “Caio contra Tício”, a decisão repercutia apenas no caso individual, prevalecendo na mesma o plano concreto, correspondente à parte dispositiva do julgado cujos efeitos retroagem *ab initio* para as partes; atualmente, em virtude das causas repetitivas e demandas de massa, prevalece na decisão dos Tribunais Superiores o seu plano normativo – a *norma jurídica* cristalizada na *ratio decidendi* –, ou melhor, a eficácia seriamente persuasiva e até vinculante do precedente, cujos efeitos alcançam inúmeras relações jurídicas.

Tanto isso é verdade, que ao STF, desde o advento do instituto da “repercussão geral”, não é mais dado conhecer de recurso extraordinário em que a relevância da questão não ultrapasse os interesses subjetivos da causa. Essa é a tendência! Não é de se estranhar que num futuro próximo seja criado instituto semelhante com relação ao recurso especial¹³⁰.

Destarte, dúvida inexistente de que, no dias atuais, deve ser considerada a elevada carga normativa da *ratio decidendi* das decisões dos Tribunais Superiores, a fim de evitar a eficácia retroativa do precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial.

¹³⁰ Nessa senda, cumpre destacar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) com o art. 896-A – acrescentado à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Medida Provisória nº 2.226/2001, em vigor conforme o art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 – passou a dispor de instituto análogo à repercussão geral, que lhe desobriga de julgar os recursos de revista cuja causa não ofereça “*transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica*” (grifou-se). Ressalte-se, todavia, que o art. 896-A da CLT, ainda, não vem sendo aplicado pelo TST, em virtude da falta de regulamentação.

Assinale-se, por oportuno, que atento a todas essas mudanças, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil prevê expressamente no seu art. 847, V, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão dos Tribunais Superiores, que venha a alterar sua jurisprudência dominante, consoante se depreende da transcrição, *in verbis*:

Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Para melhor compreender a importância e alcance do supracitado dispositivo, torna-se imperiosa a leitura do trecho da exposição de motivos do Projeto do novo CPC que lhe é correspondente. Leia-se:

Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.

Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos *ex tunc*. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso.

Diz, expressa e explicitamente, o novo Código que: “A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”.

5.3.7 A distinção entre a coisa julgada, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante dos precedentes e, a noção de termo inicial do efeito vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores.

Marinoni (2010c, p. 09-10), visando demonstrar a possibilidade de o STF, em ação abstrata, declarar inconstitucional norma já declarada constitucional, ou declarar constitucional norma declarada inconstitucional em recurso extraordinário¹³¹, critica a cultura que se criou em torno da “coisa julgada com eficácia *erga omnes*”¹³², nas decisões em controle concentrado de constitucionalidade e, apresenta interessante distinção entre (i) coisa julgada; (ii) eficácia *erga omnes* e (iii) efeito vinculante dos precedentes; distinção essa que somada à noção de termo *a quo* da eficácia vinculante, traz importante contribuição ao campo da eficácia temporal dos precedentes dos Tribunais Superiores, principalmente, para fins de ação rescisória e impugnação ao cumprimento de sentença fundada na inconstitucionalidade do título judicial (art. 475-L, II, § 1º, CPC).

Quando se fala em eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* da sentença nas ações coletivas, pretende-se, na verdade, tratar dos efeitos diretos da decisão (MARINONI, 2010c, p. 09-10). Chiovenda (1998, p. 501) e Liebman (2006, p. 165), embora de forma incipiente, já haviam percebido isso ao distinguir a eficácia da sentença da autoridade da coisa julgada.

Com efeito, nas ações coletivas que tratam de direitos difusos ou coletivos, a decisão acerca da situação litigiosa que envolve o direito – transindividual – deve abranger a todos. Não é a coisa julgada que opera *erga omnes* ou *ultra partes*, mas os efeitos diretos da sentença.

¹³¹ Em Portugal, pretende-se fugir desse problema com a inexistência da Ação Declaratória de Constitucionalidade, pois a decisão de não inconstitucionalidade não faz coisa julgada, possibilitando-se que, posteriormente, a questão da constitucionalidade possa ser reapreciada (JORGE MIRANDA, 2005, p. 76-78). A ausência de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade não resolve o problema; primeiro, pelo caráter dúplice da decisão de (in)constitucionalidade; segundo, porque o problema persiste em relação à declaração de inconstitucionalidade, que lá faria coisa julgada. Como se em Portugal, considerar que uma norma declarada inconstitucional, em virtude de mutação dos valores da sociedade, tornou-se constitucional?

¹³² Marinoni (2010a, p. 09-41) entende que as decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade têm assegurada a estabilidade da ordem jurídica e a previsibilidade com o efeito vinculante, e não com a coisa julgada material, que serve para dar segurança à parte da demanda, permitindo-lhe usufruir da tutela jurisdicional que lhe foi outorgada sem medo de que ela possa ser contestada ou usurpada. Porém, mesmo em se considerando que as decisões em controle abstrato de constitucionalidade estão acobertadas pela coisa julgada material, e não pelo *stare decisis* e, ainda, enfrentando o problema da causa de pedir aberta nas ações acerca da (in)constitucionalidade de norma, bem demonstra que pode haver uma nova decisão sobre a (in)constitucionalidade da norma, em virtude da substancial alteração da realidade social, da mudança no mundo dos fatos, pois a coisa julgada encontra limite no quadro fático-normativo em que se formou.

Se a decisão torna-se imutável, em princípio, para as partes do processo (autor legitimado extraordinariamente e réu) e para as partes em sentido material (pessoas indeterminadas, grupo ou classe), é de se observar que, para quem não está legitimado à propositura da ação (art. 82 da Lei nº 8.078/90 e art. 5º da Lei nº 7.347/1985), a imutabilidade da sentença não decorre da coisa julgada, mas da impossibilidade de discussão judicial por falta de legitimidade ativa *ad causam*. Somente em relação aos colegitimados para a ação coletiva verifica-se a extensão da coisa julgada para além do limite das partes. Mas isso ocorre naturalmente, inclusive, também, com relação às partes em sentido material, pois é uma decorrência da essência da relação jurídica, que deve ser decidida de modo uniforme para todos os interessados (MARINONI, 2010c, p. 09-12).

Ou seja, não é a coisa julgada que se estende para além das partes do processo, mas o efeito direto da sentença que incide de maneira imutável sobre os titulares do direito.

Nas ações concretas, em que a sentença outorga tutela jurisdicional às partes, a função da coisa julgada é dar segurança à parte vencedora, permitindo-lhe usufruir da tutela jurisdicional que lhe foi outorgada sem medo de que ela possa ser contestada ou usurpada (MARINONI, 2010c, p. 16-17). Segundo Chiovenda (1998, p. 447), os romanos já percebiam que a função da coisa julgada era impor que a situação das partes fixada pelo juiz com relação ao bem da vida, que foi objeto de contestação, não mais pudesse ser discutida (CHIOVENDA, 1998, p. 447).

Já nas ações abstratas de controle de constitucionalidade, ao se decidir pela (in)constitucionalidade de lei, nenhum direito ou vantagem é deferido diretamente a alguma parte. Destarte, quando se fala em coisa julgada no processo de controle abstrato de constitucionalidade, onde não há partes em sentido material, nem terceiros juridicamente interessados, o que se pretende alcançar é que ninguém possa se opor à declaração de (in)constitucionalidade (eficácia *erga omnes*) e que todos os tribunais estejam vinculados a tal decisão (efeito vinculante) (MARINONI, 2010c, p. 16-17).

Enquanto a coisa julgada visa dar segurança às partes e, portanto, está ligada ao dispositivo da sentença (norma individual do caso concreto); a eficácia vinculante objetiva isolar os fundamentos determinantes da decisão (*ratio decidendi*), impedindo que demais órgãos do Poder Judiciário e da administração possam negá-los (MARINONI, 2010c, p. 32).

A eficácia vinculante, embora se destine a conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, ou melhor, coerência da ordem jurídica, previsibilidade e igualdade, não se preocupa em garantir a indiscutibilidade ou a imutabilidade da precisa solução dada ao objeto litigioso, pois isso é função da coisa julgada (MARINONI, 2010c, p. 33).

Assim, nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, como se depreende do parágrafo único, art. 28¹³³ da Lei nº 9.868/99 e do § 2º, do art. 102¹³⁴, da CF/1988, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante não decorrem da coisa julgada, mas da imprescindibilidade de a questão da constitucionalidade ser decidida de modo uniforme para todos os jurisdicionados – não se concebe que determinado dispositivo legal seja constitucional para uns e inconstitucionais para outros –, bem como da necessidade de que a *ratio decidendi* do julgado seja observada pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nas esferas federal, estadual e municipal.

Ou seja, a diferença entre a coisa julgada, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante está em suas essências e nos fins a que visam proteger.

Enquanto a coisa julgada visa proteger a situação jurídica das partes com relação a determinado bem da vida, a eficácia *erga omnes* almeja que a sentença de uma causa, que tenha de ser decidida de modo uniforme, seja observada por todas as pessoas afetadas e, o efeito vinculante tem como escopo impor que a *ratio decidendi* dos precedentes vinculantes seja respeitada pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Pode-se inferir, ainda, que a coisa julgada material está relacionada à *norma individual* do caso concreto (dispositivo da sentença); ao passo que o efeito vinculante está relacionado à *norma jurídica (ratio decidendi)* e a eficácia *erga omnes* está relacionada à natureza da causa, que tem de ser decidida uniformemente.

Por conseguinte, não se pode olvidar que a eficácia vinculante está relacionada à natureza de determinados precedentes, e não à imutabilidade da decisão para as partes ou mesmo à eficácia *erga omnes* que naturalmente decorre das decisões que realizam o controle abstrato de normas, até porque pode haver efeito vinculante onde não há coisa julgada ou eficácia *erga omnes*¹³⁵. Com a eficácia vinculante não se pretende garantir uma tutela jurisdicional à parte ou àquele que é diretamente afetado pela decisão em controle concentrado, mas sim dar força obrigatória à *ratio decidendi* ou aos fundamentos

¹³³ “Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (grifos nossos)

¹³⁴ “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (grifos nossos)

¹³⁵ Por exemplo, as decisões liminares em ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade têm eficácia vinculante sem fazer coisa julgada (juízo sumário de cognição); por outro lado, a decisão do STF sobre (in)constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário, não tem eficácia *erga omnes*, porém, por construção jurisprudencial vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (RE nº 376.852/SC).

determinantes da decisão, impedindo que sejam desconsiderados em quaisquer decisões de órgãos judiciais inferiores (MARINONI, 2010c, p. 40).

Esclarecida a distinção e, principalmente, realçada a finalidade da eficácia vinculante dos precedentes, cumpre expor a noção de termo *a quo* de tal eficácia, o que tem fundamental importância para fins de ação rescisória e impugnação ao cumprimento de sentença fundada na inconstitucionalidade do título judicial (art. 475-L, II, § 1º, CPC).

Teori Albino Zavascki (2001, p. 94-101), tratando do conflito entre a sentença do caso concreto e a proferida, posteriormente, em controle abstrato de constitucionalidade, trouxe a lume a noção do termo inicial da eficácia vinculante da decisão de (in)constitucionalidade. Inicia esclarecendo que não se pode confundir (a) a nulidade da lei inconstitucional, com (b) o efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade. “São fenômenos jurídicos distintos, especialmente no que se refere à sua eficácia temporal” (ZAVASCKI, 2001, p. 99).

Como consectário do princípio da nulidade da lei inconstitucional, em regra, as decisões que declaram a (in)constitucionalidade de lei têm efeito *ex tunc*, ou melhor, reconhece-se a invalidade ou validade da norma desde a sua edição.

Entretanto, no que concerne ao *efeito vinculante* dos acórdãos proferidos nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da lei. É que tal efeito não decorre do dispositivo legal questionado, e sim da sentença que o aprecia. Por isso é que seu termo inicial exsurge com a decisão que declara a (in)constitucionalidade, e não com o início da vigência da lei examinada (ZAVASCKI, 2001, p. 99)¹³⁶.

¹³⁶ Tanto é verdade que o termo inicial da eficácia vinculante coincide com a publicação da decisão que goza de tal efeito, que o STF vem negando seguimento as Reclamações, que visam atacar atos anteriores à Súmula Vinculante, conforme notícia publicada no sítio do STF, em 19.03.2011: “**Ato anterior à edição de Súmula Vinculante não pode ser questionado no STF** - Quando o ato questionado for anterior à edição de Súmula Vinculante não cabe Reclamação para o Supremo Tribunal Federal (STF). Com esse entendimento, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha negou seguimento (arquivou) à Reclamação (RCL) 11326, proposta por servidor público demitido pelo Estado de Pernambuco. Ele alegava desrespeito à Súmula Vinculante nº 5 no processo administrativo disciplinar a que respondeu na Secretaria de Fazenda estadual. O enunciado da Súmula Vinculante nº 5 diz que ‘a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição’. O servidor alegou, na ação, que não pôde comparecer à audiência do processo administrativo por estar em tratamento e seu advogado não compareceu ao ato por ausência de intimação. Sustentou, também, que a Administração Pública produziu prova testemunhal sem oportunizar o contraditório e a ampla defesa. Deste modo, afirmou que houve ‘patente subversão’ à Súmula Vinculante nº 5 e ‘a sua indevida aplicação’. A relatora, ministra Cármen Lúcia, ressaltou inicialmente que após o advento da Súmula Vinculante foi criada nova hipótese de cabimento para a proposição da reclamação para o STF. ‘Assim, a contrariedade a determinada súmula ou a sua aplicação indevida por ato administrativo ou decisão judicial possibilita a atuação do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar a reclamação precedente, pode anular ato ou cassar decisão e determinar que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso’, ponderou a ministra. Ela salientou que o cabimento da reclamação pressupõe que a súmula vinculante seja editada antes do ato questionado na ação, citando precedentes, como a Rcl 8846-Agr, Rcl 6649-Agr, Rcl 879, respectivamente

Assim, com supedâneo no art. 28 da Lei nº 9.869/99, Zavascki (2001, p. 99) sugere, como termo inicial do efeito vinculante, a data da publicação do acórdão do Supremo no *Diário Oficial*.

Por conseguinte, bem entendida essa questão do termo *a quo* do efeito vinculante, torna-se óbvia a inferência de que as decisões tomadas em ações de controle concentrado de constitucionalidade não produzem a automática desconstituição das sentenças proferidas em sentido contrário, que já haviam transitado em julgado.

O ajustamento das situações anteriores, ou melhor, das sentenças pendentes de recurso ou que já transitaram em julgado, em sentido diverso da decisão proferida em controle concentrado, terá de ser efetuado por meios próprios, quais sejam, os recursos previstos em lei, no caso de sentença recorrível e, a ação rescisória, no caso da sentença transitada em julgado (ZAVASCKI, 2001, p. 99).

Ou seja, as sentenças, que transitaram em julgado com fundamento em lei, posteriormente, declarada inconstitucional pelo STF, são plenamente válidas, só podendo ser desconstituídas por ação rescisória e observado o prazo legal de 02 (dois) anos.

Nos países que adotam apenas o controle de constitucionalidade concentrado, como a Alemanha, por exemplo, a sentença que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional, quando sustentada apenas na lei assim declarada pelo Tribunal Constitucional, faz surgir uma coisa julgada inconstitucional. No entanto, situação diversa se dá no Brasil, onde o juiz de primeiro grau tem o dever de tratar da questão constitucional. Nos sistemas em que se permite o controle difuso de constitucionalidade – em que todo e qualquer juiz tem o poder-dever de controlar a inconstitucionalidade da lei –, nulificar a sentença transitada em julgado, que se embasou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, significa retirar do juiz ordinário o próprio poder de realizar o controle difuso da constitucionalidade (MARINONI, 2008b, p. 21-22).

Com bem afirma Marinoni (2008b, p. 32) “Impedir que a lei declarada inconstitucional produza efeitos é muito diferente do que negar efeitos a um juízo de constitucionalidade, legitimado pela própria Constituição”.

Teori Albino Zavascki (2001, p. 99), após defender essa noção de termo inicial da eficácia vinculante, deixa clara sua posição no sentido de que a eficácia vinculante da decisão

relatadas pelos ministros Cezar Peluso, Eros Grau (aposentado) e Maurício Corrêa (aposentado). Assim, a relatora observou que o ato impugnado foi publicado em janeiro de 2008 e a Súmula Vinculante nº 5 foi editada em maio do mesmo ano. ‘Essa situação afasta a arguição de desrespeito a uma súmula vinculante até então inexistente’, afirmou a ministra.”

proferida pelo STF em controle de constitucionalidade, apesar de se desencadear com o julgamento, tem efeito retroativo, isto é, pode embasar ação rescisória das sentenças transitadas em julgado anteriormente e, até a impugnação ao cumprimento de sentença fundada na inconstitucionalidade do título judicial (art. 475-L, II, § 1º, CPC)¹³⁷.

Neste trabalho, defende-se posição diversa. Mesmo tendo em vista o princípio da nulidade da lei declarada inconstitucional, procura-se harmonizar tal princípio com o da segurança jurídica e com a regra¹³⁸ da irretroatividade da *norma jurídica*, a fim de que a decisão acerca da (in)constitucionalidade – até quando não modulada pelo STF – somente tenha efeitos *ex tunc*, em hipóteses restritas (*novo precedente em sentido não surpreendente*), conforme será exposto nos itens seguintes.

O mesmo se diga com relação aos novos precedentes do STJ em sentido contrário à sentença já transitada em julgado. E, ainda com mais propriedade, já que nesse campo não vigora princípio similar ao da nulidade *ab initio* da lei declarada inconstitucional.

5.3.8 A eficácia temporal dos precedentes e as relações jurídicas instantâneas, permanentes e sucessivas

Consoante já afirmado anteriormente, a função jurisdicional cognitiva compõe atividades destinadas a formular juízo acerca da incidência ou não de norma abstrata sobre determinado suporte fático. Tais atividades consistem, primordialmente, em coletar e examinar as provas sobre o ato ou fato em questão; construir a partir do ordenamento jurídico a norma de regência da matéria e, por fim, declarar as consequências jurídicas decorrentes da incidência ou, se for o caso, declarar que não houve incidência; que inexistiu relação jurídica ou que esta não ocorreu da forma e na extensão pretendida (ZAVASCKI, 2001, p. 80).

Assim, trabalhar sobre as normas, os fatos e as relações jurídicas correspondentes é trabalhar sobre o fenômeno jurídico da incidência. Daí pode-se concluir que toda sentença

¹³⁷ Observe que essa afirmação de Zavascki foi construída levando em consideração o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de forma que deve ser temperada, nos casos em que o próprio STF modular os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, pois nessa hipótese é óbvio que a declaração não terá efeitos *ex tunc*, não afetando, pois, as sentenças já acobertadas pela coisa julgada.

¹³⁸ Apesar da irretroatividade da lei ter previsão no art. 5º, XXXVI, da CF/1988 e muitos reputá-la como princípio constitucional, nesse trabalho adota-se a classificação de Humberto Ávila (2009, p. 78-84), que a considera como uma regra e, assim, de mais difícil superação que o princípio.

tem um conteúdo declaratório e que toda aplicação da norma é um enunciado de incidência (CARNELUTTI, 1999, p. 117-118; PONTES DE MIRANDA, 1997, p. 147).

Ocorre que nem sempre é fácil saber qual a *norma jurídica* (dispositivo de lei ou orientação jurisprudencial firme) que deve incidir sobre determinada relação jurídica, pois o fenômeno da incidência nem sempre é instantâneo¹³⁹.

Quando o ato ou fato ocorreu e produziu todos os seus efeitos sob a égide de uma determinada norma jurídica, não há dificuldade alguma, pois, conforme já esposado em outros itens, defende-se que deve ser aplicada a norma vigente ao seu tempo.

Porém, há atos ou fatos ocorridos sob a égide de uma norma jurídica cujos efeitos não se produziram totalmente antes de sua revogação ou modificação. Há, ainda, atos e fatos cujos efeitos têm aptidão para se projetar no futuro, para além, inclusive, do momento da sentença que os apreciou (ZAVASCKI, 2001, p. 80-81).

Daí a importância – para fins de eficácia temporal dos precedentes – da análise das relações jurídicas, classificadas quanto às circunstâncias temporais do fato gerador, em: **a) relações instantâneas; b) permanentes e, c) sucessivas** (ZAVASCKI, 2001, p. 81).

Instantânea é a relação jurídica derivada de fato gerador que se consuma imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrai a incidência da norma quando estiver inteiramente formado (ZAVASCKI, 2001, p. 81-82). A título de exemplo: *a)* a obrigação de indenizar pelo protesto indevido de um título de crédito; *b)* a obrigação de pagar o imposto de transmissão decorrente da venda de um imóvel e, *c)* a obrigação previdenciária de pagar os

¹³⁹ O civilista Caio Pereira (1998, p. 89-90) preocupava-se muito com a questão do direito intertemporal, relativamente, aos efeitos futuros dos atos e fatos passados. Leia-se:

“[...] A lei velha, até o momento em que se extingue a sua eficácia, regulava todas as ações humanas, e sob o seu império tiveram nascimento direitos subjetivos individuais, criaram-se situações legais, constituíram-se posições jurídicas, regulou-se, em suma, pelos seus preceitos a vida civil. Instituída uma nova norma, por ela passaram a ter origem os direitos, dela surgiram outras situações e, numa palavra, a vida social entrou a pautar-se pelos seus ditames. Aparentemente, tudo é muito simples. E singelo é ainda o quadro se o observador encara aquelas situações jurídicas oriundas de fatos ocorridos ao tempo da lei caduca, cujo ciclo de produção de efeitos se desenvolveu todo, e encerrou-se antes do início da eficácia da lei nova.

Mas a complexidade da vida em sociedade não se subordina a um esquema tão apertado. Revogada a lei antiga, e substituída pelas novas disposições, encontram-se direitos subjetivos ou situações legais geradas por fatos ocorridos antes do império da lei modificadora, que não chegaram a produzir todos os seus efeitos. A lei velha estabelecia condições para a constituição das situações jurídicas, regulava a produção de seus efeitos, ou pautava o exercício dos direitos individuais, e vem a nova lei alterando umas e outras.

[...]

Sob qualquer denominação, o conflito temporal de leis pode resumir-se numa indagação: Por qual das duas leis, a nova ou a velha, devem ser reguladas as consequências dos fatos ocorridos antes de entrar em vigor a lei revogadora? Noutros termos: A lei velha deve continuar regulando as situações originadas durante sua vigência, ou a lei nova as alcança ao entrar em vigor?”

proventos de aposentadoria por tempo de serviço àquele que atingiu certa idade e completou determinado número de anos de trabalho ou de contribuição – esse seria um exemplo de relação instantânea com efeitos desdobrados ou diferidos no tempo, tendo em vista que o fato gerador (número de anos de trabalho ou de contribuição) já se encontra inteiramente consumado; embora se encontre diferida no tempo, por imposição legal, a obrigação de pagar os proventos (ZAVASCKI, 2001, p. 83).

A relação jurídica *permanente* é aquela “que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo” (ZAVASCKI, 2001, p. 82). O exemplo clássico desse tipo de relação jurídica, também apresentado por Zavascki, é a obrigação previdenciária que dá ensejo ao benefício de auxílio-doença. O suporte fático de tal obrigação é a incapacidade temporária do segurado para exercer as suas atividades laborais, estado de fato que, prolongado no tempo, acarreta uma espécie de incidência contínua e ininterrupta da norma, gerando a obrigação, também continuada, de pagar a prestação. Dessa mesma classe é a obrigação de pagar alimentos, que tem como suporte fático desdobrado no tempo o binômio necessidade-possibilidade, ou melhor, a necessidade real do alimentando e a possibilidade ou capacidade econômica e financeira do alimentante em custear tais necessidades (Código Civil, arts. 1.694, §1º, 1.695).

Já a relação jurídica *sucessiva*, é aquela que nasce de fatos geradores instantâneos que, todavia, repetem-se no tempo de maneira uniforme e continuada. Na verdade, as relações sucessivas compõem-se de uma série de relações instantâneas de idêntica natureza, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto. Em regra, as relações sucessivas pressupõem uma situação jurídica mais ampla, um determinado *status* das partes, um determinado regime etc. (ZAVASCKI, 2001, p. 82). Exemplifica-se tal tipo de relação jurídica com: *a*) a obrigação do comerciante de pagar o ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias) – note-se aqui o *status* de contribuinte do ICMS; *b*) a obrigação da empresa de prestação de serviço de recolher o ISS (imposto sobre serviço) sobre o valor do serviço – observe-se o *status* de contribuinte do ISS; *c*) a obrigação do Estado de pagar os vencimentos do servidor público – anote-se o *status* de servidor e o regime estatutário; *d*) a obrigação do empregador de pagar o salário do seu empregado – veja-se o *status* de empregado e o regime celetista.

Por conseguinte, a eficácia temporal dos novos precedentes deve levar em consideração os 03 (três) supracitados tipos de relações jurídicas.

Com efeito, no que se refere às relações *instantâneas*, se o fato gerador esgota-se imediatamente, ensejando a incidência da norma num determinado momento, não há que se falar em automática eficácia retroativa do novo precedente. Por exemplo, se um ato danoso fora praticado em 2008, quando a orientação jurisprudencial firme era no sentido de que não se constituía em ilícito, por ser exercício regular de um direito reconhecido, não pode o agente ser condenado com fulcro no fato do STJ, no ano de 2010, ter passado a entender que o tal ato danoso não se configura em exercício regular do direito, mas sim em abuso de direito.

No mesmo norte, imagine-se que determinado segurado aposentou-se por tempo de serviço, na vigência de uma orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, no sentido de que não havia necessidade de se cumular a idade mínima com o tempo de serviço; na hipótese de surgir um novo precedente, entendendo que, para adquirir o direito à aposentadoria, o segurado deve cumular os dois supracitados requisitos, é óbvio que tal “nova norma jurídica” não pode retroagir para desconstituir a aposentadoria do segurado, pois o fato gerador já se encontrava inteiramente consumado, quando surgiu o novo precedente, não podendo este alterar os efeitos futuros da relação jurídica.

Por outro lado, quanto às relações *permanentes* ou *sucessivas*, onde o fenômeno da incidência da norma sobre o fato gerador se prolonga no tempo, ou ocorre sucessivas e repetidas vezes, o novo precedente surte efeitos imediatos¹⁴⁰. Exemplificando: *a)* se, em 2005, o segurado passou a auferir o benefício do auxílio acidente, quando a orientação do STJ era no sentido de que a moléstia de que era vítima ocasionava a incapacidade temporária para o trabalho, a superveniência, em 2006, de novo precedente do STJ entendendo que aquela moléstia não ensejava incapacidade para o trabalho, faz cessar o benefício, sem, porém, obrigar a restituição do que o segurado recebeu; *b)* do mesmo modo, suponha-se que o STJ, em 2006, mantinha entendimento pacífico no sentido de que determinadas atividades empresariais não se submetiam ao pagamento do PIS/COFINS e, outras deveriam recolher sob a alíquota “X”; se em fevereiro de 2007, a orientação jurisprudencial do STJ passou a ser no sentido de que aquelas determinadas atividades empresariais também deveriam recolher o PIS/COFINS e, outras, que recolhiam sob a alíquota “X”, deveriam passar a recolher sob a

¹⁴⁰ Zavascki (2001, p. 80-85) e Talamini (2005, p. 95) entendem que a alteração do quadro normativo surte efeitos imediatos sobre as relações continuativas, fazendo cessar automaticamente os efeitos da coisa julgada, exceto nas exceções legais, que demandam o ajuizamento de ação própria, como por exemplo: a ação de exoneração ou revisão de alimentos e a ação revisional de aluguel. Em sentido diverso, posiciona-se Pontes de Miranda (1997, p. 148-152) exigindo uma ação modificadora, para fazer cessar os efeitos da coisa julgada. Com apoio nos princípios da celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, há que se concordar com a primeira corrente. Imagine-se se toda vez que cessasse a incapacidade temporária para o trabalho de um segurado beneficiário de auxílio doença o órgão previdenciário tivesse que ajuizar uma “ação certificadora”?

alíquota “Y”, tal orientação deve ser imediatamente observada, fazendo cessar a isenção e obrigar o recolhimento com base na alíquota “Y”.

Observe-se a título de exemplo, o julgado abaixo do STJ, da lavra do Min. Zavascki, tratando da incidência do novo precedente sobre relação jurídica sucessiva:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO ASSEGURADA POR DECISÃO JUDICIAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI FIXANDO NOVOS VENCIMENTOS. ABSORÇÃO DAS VANTAGENS ANTERIORES, ASSEGURADA A IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. LEGITIMIDADE. EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA, OBSERVADA A CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. PRECEDENTES (MS 11.145, CE, MIN. JOÃO OTÁVIO, DJE 03/11/08).

1. Ao pronunciar juízos de certeza sobre a existência, a inexistência ou o modo de ser das relações jurídicas, a sentença leva em consideração as circunstâncias de fato e de direito que se apresentam no momento da sua prolação. Tratando-se de relação jurídica de trato continuado, a eficácia temporal da sentença permanece enquanto se mantiverem inalterados esses pressupostos fáticos e jurídicos que lhe serviram de suporte (cláusula *rebus sic stantibus*). Assim, não atenta contra a coisa julgada a superveniente alteração do estado de direito, em que a nova norma jurídica tem eficácia *ex nunc*, sem efeitos retroativos. Precedentes da CE e de Turmas do STJ.

2. No caso, a superveniente Lei 10.475/02, dispondo sobre os vencimentos de servidores públicos, operou a absorção dos valores anteriores, inclusive o das vantagens asseguradas por sentença, mas preservou a irredutibilidade mediante o pagamento de eventuais diferenças como direito individual (art. 6º). Legitimidade da norma, conforme decisão do STF, adotada como fundamento do ato atacado.

3. Mandado de segurança denegado.

(MS 11.045/DF, Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 03 fev. 2010, DJe 25 fev. 2010).

5.3.8.1 As relações jurídicas permanentes e sucessivas e os limites temporais da coisa julgada¹⁴¹

É importante destacar que, nas relações *permanentes e sucessivas*, até mesmo a coisa julgada, pode ter seus efeitos temporais limitados, pela superveniência de nova *norma jurídica* (nova lei ou orientação jurisprudencial).

A sentença ao examinar o fenômeno de incidência em determinada relação jurídica, pronunciando as consequências jurídicas daí decorrentes, leva em consideração as

¹⁴¹ Essa questão dos limites temporais da coisa julgada está inserida numa questão maior, qual seja, dos limites objetivos da coisa julgada, pois a alteração do quadro fático-normativo nas relações continuadas revela, na verdade, a alteração da causa de pedir, autorizando nova discussão judicial, eis que não albergada pela sentença transitada em julgado (TALAMINI, 2005, p. 87).

circunstâncias de fato e de direito, então apresentadas pelas partes (ZAVASCKI, 2001, p. 83; PONTES DE MIRANDA, 1997, p. 64-65; CARNELUTTI, 1999, p. 117-118¹⁴²).

Ou seja, a sentença em regra opera sobre o passado, já que seu juízo se formou com relação a fatos ocorridos. O juiz ao decidir a causa, define, em regra, os efeitos de fatos já acontecidos, não de fatos ainda por vir. Por isso é que a sentença, regra geral, tem eficácia retroativa (ZAVASCKI, 2001, p. 84; PORTO, 2006, p. 80-82).

Ocorre que, nas relações jurídicas *permanentes* e *sucessivas*, que se compõem ou de uma situação jurídica de caráter permanente, ou de relações instantâneas homogêneas, há uma certa estabilidade no fenômeno de incidência, o que, conseqüentemente, dá aptidão à sentença de regular os efeitos jurídicos de fatos geradores futuros, que são recorrentes àquela situação jurídica concreta e presente, no momento da prolação da sentença.

Porém, é importante que se diga que essa “ultratividade” da sentença somente pode existir, enquanto persistir o mesmo quadro fático-normativo sobre o qual se estabeleceu o juízo de certeza, tendo em vista que na medida em que houver alteração do suporte fático ou da norma abstrata, haverá um novo fenômeno de incidência, que poderá ensejar conseqüências diversas das estabelecidas no momento da sentença.

Com efeito, se a sentença concluiu que uma relação jurídica existe ou que tem certo conteúdo, é porque se embasou num determinado comando normativo (norma jurídica) e numa determinada situação de fato (suporte fático de incidência). Da mesma forma, se concluiu que determinada relação jurídica não existe, embasou-se na inexistência ou do comando normativo, ou da situação de fato, ou dos dois. Ou seja, a mudança de qualquer desses elementos em que se fulcra a sentença compromete a conclusão final acerca do fenômeno de incidência e das conseqüências jurídicas do fato gerador (ZAVASCKI, 2001, p. 88).

Por tais motivos, é que se fala que a coisa julgada, mormente a constituída nas relações jurídicas continuativas, contém, em si, a cláusula *rebus sic stantibus*, estando apta a produzir seus efeitos, enquanto se mantiverem inalterados o estado de direito e o suporte

¹⁴² “Quando está vinculada (*infra*, nº 191), a jurisdição se resolve na verificação dos dados de direito e de fato relevantes em relação a uma relação jurídica, ou seja, dos preceitos e dos fatos dos quais depende sua existência ou inexistência; conforme os resultados dessa verificação o juiz declara que a situação existe ou não existe. Tal declaração, quando o juiz a faz em caráter oficial e com eficácia imperativa, tem o nome de *declaração de certeza*; (...)

A declaração de certeza consiste, pois, na declaração imperativa de que ocorreu um fato ao qual a norma jurídica vincula um efeito jurídico. O fundamento teórico dessa noção está na teoria dos fatos jurídicos ou, mais amplamente, das mutações jurídicas, que é uma parte muito importante da teoria geral do direito.”

fático, ou melhor, enquanto se mantiver inalterado o quadro fático-normativo vigente ao tempo de sua formação¹⁴³.

O art. 471 do CPC trata da matéria, estabelecendo que a parte pode pedir revisão do que fora estatuído na sentença, se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito.

O Enunciado nº 239 da Súmula do STF também trata do tema, estabelecendo que: “*Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores*”.

Observe-se que o sentido do supracitado Enunciado não pode ser o literal, até porque seu verbete não expressa a *ratio decidendi* do precedente que lhe deu origem (Agravo de Petição nº 11.227). É que, em tal julgado, o STF, em voto condutor do Min. Castro Nunes, decidiu que a coisa julgada terá que se limitar aos termos da controvérsia, de forma que, se o objeto da ação é um dado lançamento que se houve por nulo em certo exercício, a renovação do lançamento no exercício seguinte não estará obstada pelo julgado. Porém, se a decisão fora sobre o tributo em si mesmo, declarando-o indevido ou inconstitucional, a coisa julgada, enquanto não rescindida, obsta a cobrança nos exercícios seguintes. Saliente-se que o precedente, quanto aos limites temporais da coisa julgada, sequer ressalva a manutenção do mesmo quadro fático-normativo, consoante se depreende da transcrição de trecho do voto do relator:

(...) O que é possível dizer, sem sair, aliás, dos princípios que governam a coisa julgada, é que esta se terá de liminar aos termos da controvérsia. Se o objeto da questão é um dado lançamento que houve por nulo em certo exercício, claro que a renovação do lançamento no exercício seguinte não estará obstada pelo julgado. É a exposição dos expositores acima citados.

Do mesmo modo, para exemplificar com outra hipótese que não precludirá nova controvérsia: a prescrição do imposto referente a um dado exercício, que estará prescrito, e assim terá sido julgado, sem que, todavia, a administração fiscal fique impedida de lançar o mesmo contribuinte em períodos subsequentes, que não estarão prescritos nem terão sido objeto do litígio anterior.

Mas se os tribunais estatuíram sobre o imposto em si mesmo, se o declararam indevido, se isentaram o contribuinte por interpretação da lei ou de cláusula contratual, se houveram o tributo por ilegítimo, porque não assente em lei a sua criação ou por inconstitucional a lei que o criou, em qualquer desses casos o pronunciamento judicial poderá ser rescindido pelo meio próprio, mas enquanto subsistir será um obstáculo à cobrança, que, admitida sob a razão especiosa de que a soma exigida é diversa, importaria praticamente em suprimir a garantia jurisdicional

¹⁴³ TALAMINI (2005, p. 90) critica o emprego da expressão de que a coisa julgada está submetida à cláusula *rebus sic stantibus*, a menos, que se pretenda dar essa classificação a toda e qualquer hipótese de coisa julgada.

do contribuinte, que teria tido, ganhado a demanda a que o arrastara o Fisco, em verdadeira vitória de Pirro.

Ora, no caso dos autos, o mesmo contribuinte novamente lançado para pagar imposto de renda sobre juros de apólices já obtivera o reconhecimento judicial do seu direito de não pagar o imposto sobre tal renda.

Não importa que haja julgados posteriores em outras espécies sufragando entendimento diverso, aliás com o meu voto. Nem impressiona o argumento de que o caso julgado fere a regra da igualdade tributária, por isso que, em qualquer matéria, essa desigualdade de tratamento, fiscal ou não, é uma consequência necessária da intervenção do Judiciário, que só age por provocação da parte e não decisão senão em espécie.

Pelo exposto, rejeito os embargos.

(STF, Pleno, AgPet nº 11.227, Relator: Min. Castro Nunes, P. *DJ* 10 fev. 1945)

O próprio STF, posteriormente, no Recurso Extraordinário nº 99.435/MG, tratou de interpretar o Enunciado nº 239 de sua Súmula, restringindo-lhe o alcance, no sentido de que com relação às decisões que tratam da relação de direito tributário material, para dizer inexistente a pretensão fiscal do sujeito ativo, por inexistência de fonte legal da relação jurídica que obrigue o sujeito passivo, faz coisa julgada, impedindo o lançamento nos exercícios seguintes, a menos que ocorra mudança dos termos da relação jurídico-tributária pelo advento de uma nova norma jurídica. Nesse sentido, leia-se a ementa do acordo e o trecho do voto do relator, Min. Rafael Mayer:

ICM. Coisa julgada Declaração de intributabilidade. Súmula 239. – A declaração de intributabilidade, no pertinente a relações jurídicas originadas de fatos geradores que se sucedem no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger eventos futuros. Recurso extraordinário conhecido e provido.

VOTO

(...)

Entretanto, no atinente à divergência com a Súmula 239, cuido esteja demonstrada. Na verdade, a declaração de intributabilidade, no pertinente a relações jurídicas originadas de fatos geradores que se sucedem, no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger os eventos futuros. A exigência de tributo advinda de fatos imponíveis posteriores aos que foram contemplados em determinado julgado, embora se verifique entre as mesmas partes, e seja o mesmo tributo, abstratamente considerado, não apresenta o mesmo objeto e causa de pedir que a demanda anteriormente decidida. Esse é o sentido da Súmula 239, com a qual conflita o acórdão recorrido.

Por isso, conheço do recurso, pela divergência, e lhe dou provimento.

Resumindo, a correta aceção do Enunciado nº 239 da Súmula do STF é no sentido de que a decisão que reconhece a inexistência do dever do contribuinte de pagar determinado tributo, em virtude de isenção, imunidade ou não incidência (por exemplo), permanece eficaz enquanto permanecer o mesmo quadro fático-normativo. Se o estado de direito do tributo

sofrer alteração no exercício posterior, a decisão que houver reconhecido a inexistência do dever de contribuir, no exercício anterior, não mais se aplica (ROSAS, 1997, p. 94)¹⁴⁴.

Isso quer significar que nem mesmo a coisa julgada impede que os novos fatos geradores das relações jurídicas continuativas observem de imediato a alteração do quadro fático-normativo (TUCCI, 1997, p. 51-52).

Por exemplo, imagine-se que uma empresa obteve sentença favorável, reconhecendo o direito à isenção do ICMS, porque se entendeu que a mesma era uma mera prestadora de serviço, ou porque a interpretação sistemática da lei então vigente conduzia à conclusão de isenção para tal ramo empresarial. Se, após o trânsito em julgado da sentença, houve alteração do suporte fático – a empresa alterou seu contrato social, passando a ter como objeto a venda de produtos – ou alteração do estado jurídico – surgiu uma nova lei, cuja interpretação sistemática era uníssona no sentido da tributação pelo ICMS daquele específico ramo empresarial –, é óbvio que os efeitos da sentença não alcançam os fatos geradores posteriores a tais alterações fático-normativas.

Logo, é evidente que um *novo precedente revogador ou reformador de anterior orientação jurisprudencial* – que, conseqüentemente, anuncia uma *nova norma jurídica* –, pode ser imediatamente observado, fazendo cessar, quanto aos fatos geradores futuros, e só quanto a estes, os efeitos decorrentes de sentença transitada em julgado com base em anterior quadro normativo¹⁴⁵.

Destaque-se, no entanto, que a alteração do quadro normativo – v.g., a superveniência de lei extinguindo imunidade tributária – não tem eficácia retroativa sobre a

¹⁴⁴ Ressalte-se que, lamentavelmente, no dia 08 de abril do corrente ano fora publicada notícia no *sítio* do STF, informando sobre decisão que vai de encontro à melhor doutrina e ao sentido que o STF vem dando ao E. nº 239 de sua S. Leia-se: “RECURSO REPETITIVO. Decisão transitada que desobriga recolhimento da CSLL não é atingida por posterior julgamento de constitucionalidade. Contribuintes que tenham a seu favor decisão judicial transitada (sem possibilidade de recurso) em julgado declarando inconstitucionalidade formal e material da CSLL - Contribuição Sobre Lucro Líquido, conforme concebida pela Lei n. 7.689/1988, não podem ser cobrados em razão de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter, posteriormente, se manifestado em sentido oposto à decisão. (...) O ministro Arnaldo Esteves Lima, relator do processo, reconheceu que a Lei n. 7.689/88 já foi considerada constitucional pelo STF. ‘Ocorre que, em favor da parte recorrente, há sentença transitada em julgado que, ao reconhecer a inconstitucionalidade da lei, declarou haver inexistência da obrigação de pagar a CSLL’, observou. ‘O fato do STF posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar a validade à existência do controle difuso de inconstitucionalidade’, explicou. (...) Com essas considerações, a Seção decidiu haver ofensa à coisa julgada e proveu o recurso do contribuinte para anular a ação de execução da Fazenda”

¹⁴⁵ TALAMINI (2005, p. 398) discorda dessa conclusão, para ele a simples alteração jurisprudencial seguida de sua estabilização não autoriza a cessação dos efeitos da sentença nas relações de trato continuado. Entende que a alteração do direito somente ocorre quando o novo sentido atribuído ao dispositivo decorrer de mudança do quando fático e (ou) axiológico. Porém, no estágio atual Direito brasileiro, não há que se concordar com essa conclusão, tendo em vista o alto grau normativo das decisões dos Tribunais Superiores, que, no mais das vezes, ultrapassa os interesses subjetivos das partes em litígio.

coisa julgada, de forma que os efeitos até então produzidos pela sentença são plenamente válidos, não havendo que se falar em cobrança do que se deixou de pagar, ou em repetição de indébito do que se pagou indevidamente.

Nesse sentido as palavras de Marinoni (2008b, p. 159), ao analisar a questão da superveniente declaração de (in)constitucionalidade com relação à coisa julgada nas relações continuativas, são elucidativas:

Nesta dimensão, protegendo-se a confiança e afirmando-se o princípio da segurança, a declaração de inconstitucionalidade não retroage sobre a coisa julgada, mas incide imediatamente sobre as relações em trânsito no tempo, dando-lhes a regulação constitucional própria ao momento em que se desenvolvem. Frise-se que, embora atribuir efeito a um juízo que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional não signifique o mesmo que atribuir efeito a uma lei inconstitucional, não há racionalidade em admitir que um juízo continue a produzir efeitos, regulando uma relação que se desenvolve no tempo, depois de a lei que por ele foi aplicada ter sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

5.3.9 O ordenamento jurídico brasileiro e a previsão de meios processuais que ensejam a aplicação retroativa do novo precedente

No Brasil, mormente em matéria constitucional, há previsão legal para a *aplicação retroativa pura* do novo precedente como sói ocorrer com a “Ação Rescisória” por ofensa a literal disposição de lei (art. 485, V, CPC) e a “Impugnação ao Cumprimento de Sentença”, embasada na inconstitucionalidade do título judicial (art. 475-L, II, § 1º, CPC).

É certo que, atualmente, a doutrina e jurisprudência pátria dominantes, em decorrência do Enunciado nº 343 da Súmula do STF, não têm admitido a ação rescisória por violação à lei, “*quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais*”, exceto se a matéria for constitucional, pois nesse caso tem-se entendido – com base nos argumentos da força normativa da Constituição e do princípio da máxima efetividade da norma constitucional; da gravidade qualificada da afronta à Constituição e da importância das decisões do STF como intérprete último e guardião da Constituição – que é cabível a Ação Rescisória. Nesse sentido há diversos julgados do STF (ED no RE nº 328812; RE nº 89.108; AR nº 1.572) e do STJ (RESP nº 138.853 e RESP nº 159.346).

O acórdão dos Embargos de Declaração no RE nº 328812, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, bem representa a posição do STF quanto à não aplicação do Enunciado nº 343 de sua Súmula com relação à matéria constitucional. Leia-se:

Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. **4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.** 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória. (RE 328812 ED, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06 mar. 2008, DJe-078 DIVULG 30 abr. 2008 PUBLIC 02 maio 2008 EMENT VOL-02317-04 PP-00748 RTJ VOL-00204-03 PP-01294 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 255-284)

Do voto do Min. Gilmar Mendes se extrai os seguintes trechos:

Cuida-se de embargos de declaração opostos contra acórdão unânime da 2ª Turma, que deu provimento ao recurso extraordinário do INSS, afastando a aplicação da Súmula nº 343/STF em controvérsia constitucional e determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para que aprecie a ação rescisória como entender de direito. [...]

Com efeito, o acórdão embargado afastou os contornos da Súmula 343/STF, com fundamento na força normativa e concretizadora da Constituição, assentando tanto a admissibilidade do apelo extremo quanto da ação rescisória em apreço. (...)

No que tange à inaplicabilidade da Súmula 343/STF, tenho reiteradamente observado nesta Corte que este verbete precisa ser revisto. Refiro-me, especificamente, aos processos que identificam matéria contraditória à época da discussão originária, questão constitucional, bem como jurisprudência supervenientemente fixada, em favor da tese do interessado.

Não vejo como não afastarmos a Súmula 343, nestas hipóteses, como medida de instrumentalização da força normativa da Constituição. [...]

A violação à literal disposição de lei obviamente contempla a violação às normas constitucionais, o que poderia ser considerado como um tipo de violação “qualificada”.

Indaga-se: nas hipóteses que esta Corte fixa a correta interpretação de uma norma infraconstitucional, para o fim de ajustá-la à ordem constitucional, a contrariedade a esta interpretação do Supremo Tribunal, ou melhor, a contrariedade à lei definitivamente interpretada pelo STF em face da Constituição ensejaria a utilização da ação rescisória?

Penso que sim. Penso que aqui há uma razão muito clara e definitiva para a admissão das ações rescisórias.

Quando uma decisão desta Corte fixa uma interpretação constitucional, entre outros aspectos está o Judiciário explicitando os conteúdos possíveis da ordem normativa infraconstitucional em face daquele parâmetro maior, que é a Constituição.

Isso obviamente não se confunde com a solução de divergência relativa à interpretação de normas no plano infraconstitucional. Não é por acaso que uma decisão definitiva do STJ, pacificando a interpretação de uma lei, não possui o mesmo alcance de uma decisão definitiva desta Corte em matéria constitucional. Controvérsia na interpretação de lei e controvérsia constitucional são coisas absolutamente distintas e para cada uma delas o nosso sistema constitucional estabeleceu mecanismos de solução diferenciados com resultados também diferenciados.

Não é a mesma coisa vedar a rescisória para rever uma interpretação razoável de lei ordinária que tenha sido formulada por um juiz em confronto com outras interpretações de outros juízes, e vedar a rescisória para rever uma interpretação da lei que é contrária àquela fixada pelo Supremo Tribunal Federal em questão constitucional. [...]

A violação à norma constitucional, para fins de admissibilidade de rescisória, é sem dúvida algo mais grave que a violação à lei. Isto já havia sido intuído por Pontes de Miranda [...]

Se por um lado a rescisão de uma sentença representa certo fator de instabilidade, por outro não se pode negar que uma aplicação assimétrica de uma decisão desta Corte em matéria constitucional oferece instabilidade maior, pois representa uma violação a um referencial normativo que dá sustentação a todo o sistema. Isso não é, certamente, algo equiparável a uma aplicação divergente da legislação infraconstitucional.

[...]

Constatada tal distinção, tenho que aqui a melhor linha de interpretação do instituto da rescisória é aquela que privilegia a decisão desta Corte em matéria constitucional. Estamos aqui falando de decisões do órgão máximo do Judiciário, estamos falando de decisões definitivas e, sobretudo, estamos falando de decisões que, repito, concretizam diretamente o texto da Constituição.

[...]

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não estou afastando, obviamente, o prazo das rescisórias, que deverá ser observado. Há um limite, portanto, associado à segurança jurídica.

Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. Assim, se somente por meio do controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente.

Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, uma fragilização da força normativa da Constituição.

[...]

A aplicação da Súmula 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só a força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

Admitir a aplicação de orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Tal prática afigura-se tanto mais grave se se considerar que no nosso sistema geral de controle de constitucionalidade a voz do STF somente será ouvida após anos de tramitação das questões em três instâncias ordinárias.

De fato, penso que não podemos desconsiderar o atual contexto da demora na tramitação das questões que chegam ao STF em recurso extraordinário, o que, aliás, é uma decorrência de uma perspectiva que entendo equivocada.

A interpretação restritiva, considerado esse modelo em que as questões constitucionais chegam ao Supremo tardiamente, cria uma inversão no exercício da interpretação constitucional. A interpretação dos demais tribunais e dos juízes de primeira instância acaba por assumir um significado muito mais relevante que o pronunciamento desta Corte. Não posso aceitar isso. Isto não é, por evidente, uma rejeição ao modelo difuso. O que quero enfatizar é que estamos aqui diante de uma distorção do modelo que merece ser corrigida. A rescisória, tal como se coloca no presente caso, serve justamente para permitir essa correção.

[...]

Não vejo, com a devida vênia, que a opção restritiva que se tem colocado seja a mais adequada. Não vejo, sobretudo, uma razão constitucional consistente para a opção de caráter restritivo. (grifos nossos)

Além disso, não se pode olvidar que o Código de Processo Civil prevê inúmeros recursos que proporcionam a *aplicação retroativa clássica* do novo precedente às causas em curso, tais como: apelação, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário etc..

Portanto, dúvida inexistente de que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece meios processuais que ensejam a *aplicação retroativa clássica e pura* do novo precedente, fato esse que deve ser harmonizado com as ideias aqui defendidas, a fim de que não se proponha uma sistematização dos efeitos temporais dos precedentes totalmente inadequada diante da legislação de regência.

Assim, sem perder de vista os meios processuais que possibilitam a aplicação retroativa do novo precedente e sem tangenciar o problema, defende-se uma rígida delimitação do cabimento desses meios a hipóteses restritas, conforme restará demonstrado.

Com efeito, consoante será demonstrado nos itens seguintes, não se aceitam os contornos que a doutrina e a jurisprudência dominantes têm dado à ação rescisória por violação à disposição de lei, tanto em matéria constitucional, como infraconstitucional.

Também não é de se aceitar o amplo cabimento da “Impugnação ao Cumprimento de Sentença” (art. 475-L, II, § 1º, CPC), admitindo-a até nos casos de superveniência de *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*.

Outrossim, não é de se acatar o atual entendimento de acordo com o qual os novos precedentes dos Tribunais Superiores são ampla e irrestritamente aplicados às causas em curso, mediante o julgamento dos recursos previstos em lei (aplicação retroativa clássica).

5.3.10 A inexistência de contradição entre a irretroatividade da *norma jurídica* e a aplicação de efeito retroativo ao *novo precedente em sentido não surpreendente*

No item 5.3.1, demonstrou-se que, em regra, os precedentes dos Tribunais Superiores geram uma *norma jurídica* (cristalizada na *ratio decidendi*) e uma *norma individual* (dispositivo do julgado). Defendeu-se, ainda, que a *norma jurídica* é irretroativa, não devendo, pois, ser aplicada a atos e fatos passados.

Como será visto nos itens seguintes, defende-se neste trabalho que o *novo precedente em sentido não surpreendente*, originário dos Tribunais Superiores (STF e STJ), tanto pode ser aplicado às causas em curso, como pode ensejar ação rescisória e “impugnação ao cumprimento de sentença” fundada na inconstitucionalidade do título judicial (art. 475-L, II, § 1º, CPC).

Assim, de logo, cumpre demonstrar que não há contradição ou incoerência entre a irretroatividade da *norma jurídica* e a admissibilidade de que o *novo precedente em sentido não surpreendente* se aplique às causas em curso e enseje ação rescisória e “impugnação ao cumprimento de sentença” (art. 475-L, II, § 1º, CPC).

É que, conforme já defendido em itens anteriores, ao STF e ao STJ cabe dar a última palavra em matéria constitucional e infraconstitucional. Assim, se a decisão das instâncias ordinárias se formou e fez coisa julgada, quando ainda inexistia posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a matéria, é porque adotou uma das múltiplas possibilidades hermenêuticas então existentes, que mais tarde veio a ser reduzida apenas àquela que fora eleita pelo STF ou STJ.

Não é ocioso destacar que o *novo precedente em sentido não surpreendente* é aquele que surge, quando os Tribunais Superiores, na função de dar a última palavra e unificar a interpretação da Constituição e da legislação federal (STF e STJ, respectivamente) julgam pela primeira vez a matéria (*leading case*), produzindo decisão paradigmática.

Vale salientar que nesses casos, antes de os Tribunais Superiores assentarem seu entendimento sobre a matéria, existem múltiplas interpretações divergentes nos tribunais ordinários, gerando inúmeras possibilidades hermenêuticas, até porque ainda não há pronunciamento do órgão encarregado de unificar a interpretação da lei.

Conforme já afirmado, em hipóteses como essas, onde ainda não existe precedente das Altas Cortes, por mais que a matéria seja regulada em lei, o jurista americano – habituado

à técnica das *distinções* e a revelar a *legal rule* dos precedentes – naturalmente dirá: “*there is no law on the point*” (não há direito sobre a questão).

Pode-se visualizar tal situação, mediante a seguinte hipótese: a respeito de determinada questão de direito o TJPE mantém interpretação que gera uma *norma jurídica* “a”; o TJPB tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “b”; o TJRN tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “c” e, o TJCE tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “d”. Deparando-se pela primeira vez com a questão, o STJ – a quem cabe dar a interpretação definitiva em matéria infraconstitucional – decide que o entendimento mais adequado é o que gera a *norma jurídica* “c”, de forma que, daqui por diante, a *norma jurídica* que deve prevalecer com relação à matéria de direito é a *norma jurídica* “C”. Observe-se a figura abaixo:

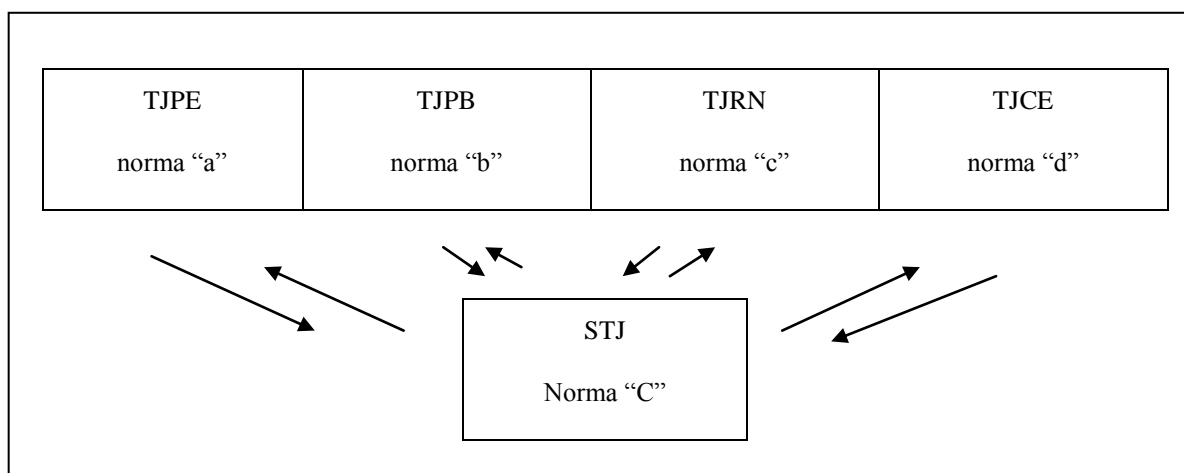


Figura 4 - novo precedente em sentido não surpreendente.

Ora, nesse caso de *novo precedente em sentido não surpreendente*, embora os Tribunais Superiores estejam se deparando com a matéria pela primeira vez, geram precedente que não se constitui numa “nova norma jurídica propriamente dita” e que não causa grande surpresa à comunidade jurídica, pois optam por uma das possibilidades hermenêuticas existentes ao tempo.

Observe-se que tal situação é totalmente diversa daquela em que os Tribunais Superiores já tinham pacificado uma orientação jurisprudencial – elegendo uma determinada *norma jurídica* e, portanto, rejeitando as demais “possibilidades hermenêuticas” – e,

posteriormente, vêm a superar tal jurisprudência, criando um *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*. Nesse caso, o Tribunal Superior reduziu as possíveis *normas jurídicas* a uma só, de forma que a nova orientação jurisprudencial é uma nova *norma jurídica*, não podendo, pois, retroagir.

O *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* a todos surpreende, pois contraria a posição do próprio órgão judicial encarregado de unificar a interpretação da lei, criando uma norma jurídica que não estava dentre as “possibilidades hermenêuticas”, já que, ao ter fixado o entendimento superado, a Corte deletou as demais *normas jurídicas* então observadas nos tribunais ordinários.

O mesmo se diga com relação ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*. Em situação como essa, à época das decisões nas instâncias ordinárias, não era razoável deduzir-se do sistema jurídico a *norma jurídica* que posteriormente veio a ser adotada pelos Tribunais Superiores. Tudo leva a crer que, se os Tribunais Superiores tivessem apreciado a matéria na época em que as instâncias ordinárias se debruçaram sobre o tema, teriam confirmado tal entendimento.

Portanto, levando em consideração a “novidade” da *norma jurídica (ratio decidendi)* dos precedentes dos Tribunais Superiores, é que se defende no presente trabalho (como será visto adiante) o cabimento da ação rescisória e da “impugnação ao cumprimento de sentença” (art. 475-L, II, § 1º, CPC), com relação apenas ao *novo precedente em sentido não surpreendente*; rejeitando, via de regra, a aplicação de tais institutos ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* e ao *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*.

5.4 DA ANÁLISE CRÍTICA DA EFICÁCIA TEMPORAL DO NOVO PRECEDENTE NO BRASIL

Relativamente à eficácia temporal do novo precedente, o STF e o STJ têm seguido linhas distintas.

Enquanto o STF vem aplicando amplamente efeitos prospectivos às decisões sobre (in)constitucionalidade de lei, tanto no controle concentrado, como no difuso, o STJ ainda não despertou para tal prática, de forma que vem se utilizando, em regra, da *aplicação retroativa clássica*, mesmo com relação ao novo precedente, nas três espécies tipificadas neste trabalho.

Com efeito, o STJ aplica efeito retroativo clássico até mesmo ao *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, eis que o faz incidir sobre atos e fatos ocorridos antes do seu surgimento, na medida em que admite sua observância como *norma jurídica*, no julgamento dos recursos das causas em curso.

O STJ, como regra geral, apenas não vem adotando a *aplicação retroativa pura*, eis que não tem admitido ação rescisória por violação à lei (art. 485, V, CPC) nas hipóteses de superveniência de novo precedente. Isso, por força do Enunciado nº 343 da Súmula do STF, que veda a ação rescisória por violação à lei, “*quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais*”.

A posição do STJ quanto à observância do Enunciado nº 343 da Súmula do STF, para fins de inadmissibilidade da ação rescisória por violação à lei (art. 485, V, CPC), em certa medida está correta; porém, em algumas hipóteses, afigura-se equivocada, pois finda por enfraquecer as decisões do intérprete último e guardião da legislação infraconstitucional federal.

Voltando ao STF, a crítica que se faz é a aceitação ampla e irrestrita da ação rescisória e da “impugnação ao cumprimento de sentença”, em matéria constitucional, para desconstituir até as sentenças que transitaram em julgado em consonância com a jurisprudência do STF vigente à época e, posteriormente, passaram a destoar do entendimento dessa Corte, em decorrência da superveniência de *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*.

Nos itens seguintes, será abordada cada uma dessas hipóteses de aplicação de eficácia temporal aos novos precedentes dos Tribunais Superiores, que, de acordo com as ideias aqui defendidas, consideram-se como equivocadas.

5.4.1 A aplicação retroativa pura e a Ação Rescisória por violação à lei, em matéria constitucional

Consoante demonstrado no item 5.3.9, o STF afasta completamente o Enunciado nº 343 de sua Súmula, para, em matéria constitucional, admitir, de forma irrestrita, a ação rescisória por violação à lei (art. 485, V, CPC), quando a sentença transitada em julgado tenha se fundamentado em interpretação, que era ou venha se tornar contrária à sua orientação jurisprudencial.

Para o STF, atualmente, pouco importa se a sentença, à época da formação da coisa julgada, estava em consonância com sua jurisprudência e, posteriormente, passou a destoar do entendimento dessa Corte, em decorrência da superveniência de *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*.

Advirta-se que não é objetivo deste estudo traçar qual deva ser o correto alcance do E. nº 343 da Súmula do STF, mas sim demonstrar que em certas situações, tendo em vista a doutrina da eficácia temporal dos precedentes, não se pode admitir a ação rescisória, simplesmente, em virtude da superveniência de novo precedente do STF¹⁴⁶.

Pretende-se demonstrar que cada um dos três tipos de novo precedente – a) *novo precedente em sentido não surpreendente*; b) *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* e, c) *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* – deve ter trato diverso, para fins de aceitação da ação rescisória.

Pois bem, defende-se no presente trabalho que a decisão do STF, que se afigure um *novo precedente em sentido não surpreendente*, deve ensejar ação rescisória por afronta à lei (art. 485, V, CPC).

É que, conforme já demonstrado em itens anteriores, ao STF cabe dar a última palavra em matéria constitucional. Assim, se a decisão das instâncias ordinárias se formou e fez coisa julgada, quando ainda inexistia posicionamento da Corte, é porque adotou uma das múltiplas possibilidades hermenêuticas então existentes, que mais tarde veio a ser reduzida apenas àquela que fora eleita pelo STF.

Não é ocioso destacar que o *novo precedente em sentido não surpreendente* é aquele que surge, quando os Tribunais Superiores, na função de dar a última palavra e unificar a interpretação da Constituição e da legislação federal (STF e STJ, respectivamente) julgam pela primeira vez a matéria (*leading case*), produzindo decisão paradigmática.

Observe-se que nesses casos, antes de os Tribunais Superiores assentarem seu entendimento sobre a matéria, existem múltiplas interpretações divergentes nos tribunais ordinários, gerando inúmeras possibilidades hermenêuticas, até porque ainda não há pronunciamento do órgão encarregado de unificar a interpretação da lei.

Pode-se visualizar tal situação, mediante a seguinte hipótese: a respeito de determinada questão de direito, em matéria constitucional, o TJPE mantém interpretação que

¹⁴⁶ Assinale-se, por oportuno, que em consonância com a doutrina e jurisprudência dominantes, aqui também se defende o cabimento de ação rescisória (art. 485, V, CPC), em matéria constitucional, quando a sentença rescindenda se fundamentou em tese contrária à cristalizada em precedente do STF, já existente ao tempo.

gera uma *norma jurídica* “a”; o TJPB tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “b”; o TJRN tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “c” e, o TJCE tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “d”. Deparando-se pela primeira vez com a questão, o STF – a quem cabe dar a interpretação definitiva em matéria constitucional – decide que o entendimento mais adequado é o que gera a *norma jurídica* “c”, de forma que, daqui por diante, a *norma jurídica* que deve prevalecer com relação à matéria de direito é a *norma jurídica* “C”. Observe-se a figura abaixo:

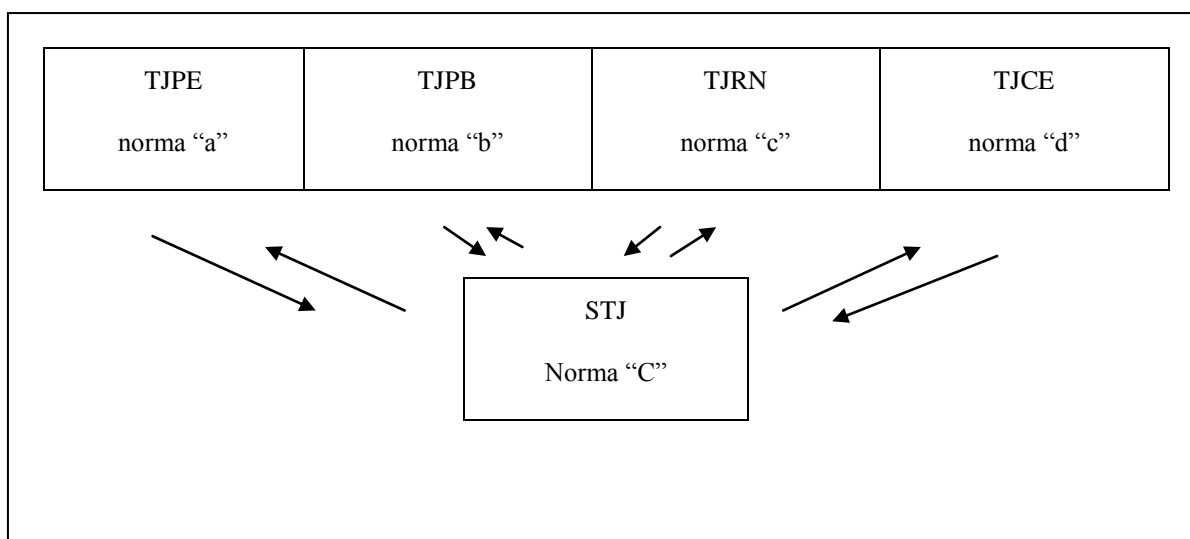


Figura 5 - novo precedente em sentido não surpreendente.

Como se percebe, o *novo precedente em sentido não surpreendente* gera uma *norma jurídica* que não se constitui numa “nova norma jurídica propriamente dita” e que não causa grande surpresa à comunidade jurídica, pois opta por uma das possibilidades hermenêuticas existentes ao tempo.

Destaque-se que nesse caso inexistente prejuízo considerável à regra da *irretroatividade da norma jurídica*, pois o *novo precedente em sentido não surpreendente* produz uma *norma jurídica*, que não se configura numa “novidade propriamente dita”, já que nessa hipótese o STF apenas elege uma das interpretações correntes à época.

Vale salientar que situação como essa não causa grande surpresa à comunidade jurídica; primeiro, porque se sabe de antemão que a interpretação definitiva da Constituição é

dada pelo STF; segundo, porque a *norma jurídica* construída era plenamente previsível ao tempo, de forma que não há que se falar em afronta à confiança e à boa-fé objetiva.

Nesse caso, antes de o STF assentar sua orientação, a nenhum jurisdicionado é dado afirmar que se planejou ou que realizou negócio sob a égide de um regime jurisprudencial.

Qual era a orientação jurisprudencial vigente ao tempo, se o órgão encarregado de realizar a interpretação definitiva e de uniformizar a interpretação da Constituição ainda não havia se posicionado?

Mais uma vez, vale a pena destacar que em situações como essa, onde ainda não existe precedente da Corte Suprema, por mais que a matéria seja regulada em lei, o jurista americano – habituado à técnica das *distinções* e a revelar a *legal rule* dos precedentes – naturalmente dirá: “*there is no law on the point*” (não há direito sobre a questão).

Por outro lado, defende-se no presente trabalho que a decisão do STF, que se afigure um *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, em regra, não deve ensejar ação rescisória por ofensa à lei (art. 485, V, CPC)¹⁴⁷.

Tal situação é diametralmente oposta à anterior! Observe-se que, na hipótese ora examinada, o STF já tinha pacificado uma determinada orientação jurisprudencial – elegendo uma determinada *norma jurídica* e, portanto, deletando as demais “possibilidades hermenêuticas” – e, posteriormente, vem a superar tal jurisprudência, criando um *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*. Nesse caso, o STF reduziu as possíveis *normas jurídicas* a uma só, de forma que a nova orientação jurisprudencial é uma *nova norma jurídica propriamente dita*, não podendo, pois, retroagir.

Pode-se supor tal situação, mediante o seguinte exemplo: a respeito de determinada questão de direito o TJPE mantém interpretação que gera uma *norma jurídica* “a”; o TJPB tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “b”; o TJRN tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “c” e, o TJCE tem interpretação que gera uma *norma jurídica* “d”. Deparando-se pela primeira vez com a questão, o STF decide que o entendimento mais adequado é o que gera a *norma jurídica* “b”, de forma que, daqui por diante, a *norma jurídica* que deve prevalecer com relação à matéria de direito é a *norma jurídica* “B”. Porém, passado algum tempo, o STJ, apreciando novamente a matéria, resolve superar sua anterior orientação jurisprudencial, decidindo que doravante a interpretação correta é a que gera a *norma jurídica*

¹⁴⁷ Leiam-se as observações feitas no item 5.5 a respeito dos casos em que se possa precisar um determinado momento anterior ao surgimento desse precedente, em que a jurisprudência superada perdeu credibilidade, hipótese em que se autoriza a aplicação de *efeito retroativo clássico* e, em alguns casos, até *efeito retroativo puro*, conforme exemplificado.

“D”. Atente-se que, quando o STF, no *leading case*, optou pela *norma jurídica “B”*, ele apagou as demais possibilidades hermenêuticas, ou seja, deletou as *normas jurídicas “a”*, “c” e “d”, de forma que a nova orientação jurisprudencial surpreende a todos, principalmente, àqueles que, confiando no tribunal, pautaram suas condutas na *norma jurídica “B”*. Observe-se a evolução abaixo:

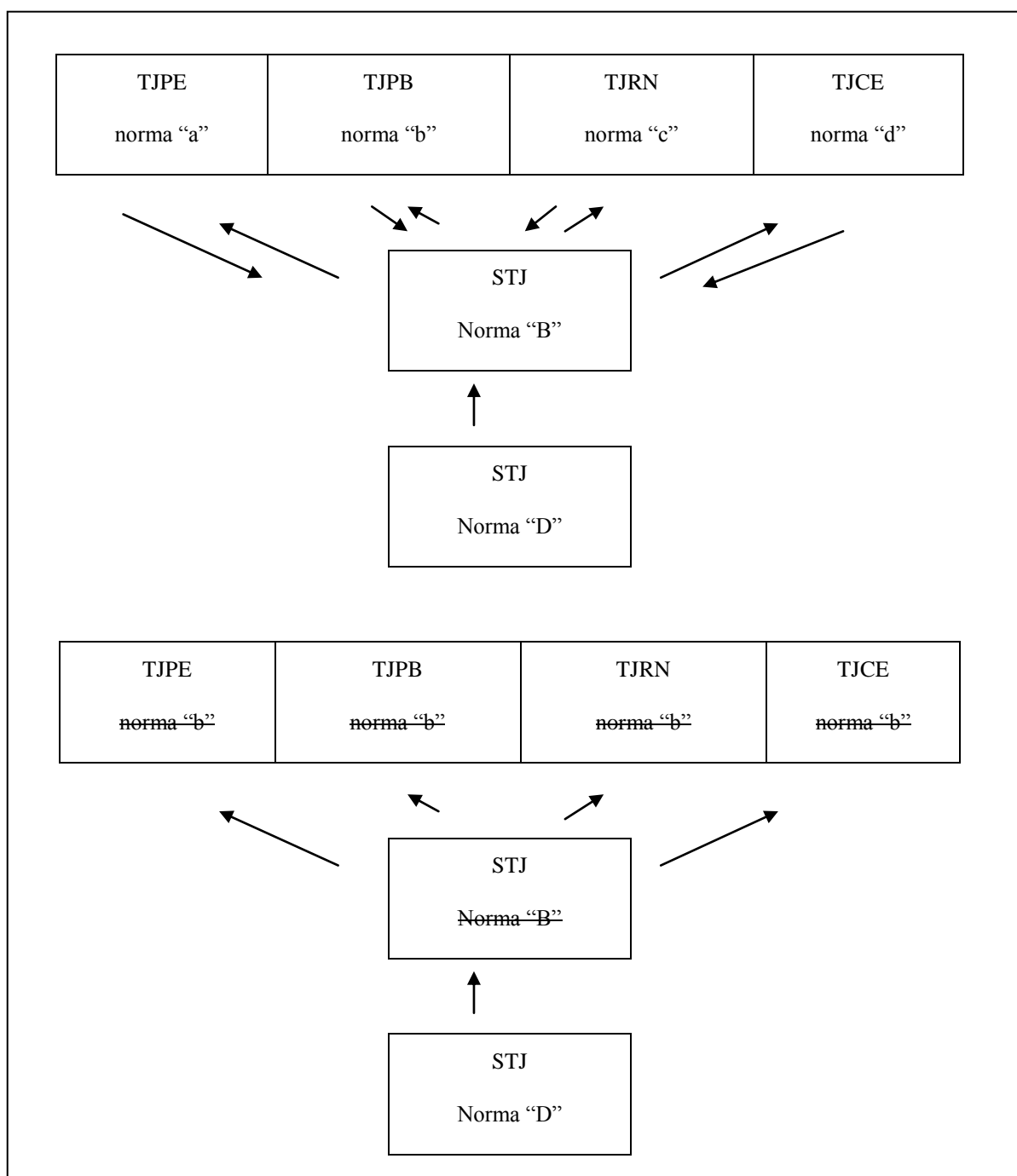


Figura 6 - novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial.

O *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* a todos surpreende, pois contraria a posição do próprio órgão judicial encarregado de unificar a interpretação da lei, criando uma norma jurídica que não estava dentre as “possibilidades hermenêuticas”, já que, ao ter fixado o entendimento superado, a Corte rejeitou as demais *normas jurídicas* então observadas nos tribunais ordinários.

Assim, admitir ação rescisória por ofensa à lei (art. 485, V, CPC) nesse caso, configuraria grave afronta à regra da *irretroatividade da norma jurídica* (art. 5º, XXXVI, CF) e ao princípio da segurança jurídica, nas suas diversas manifestações, tais como: previsibilidade, não surpresa, proteção da confiança e boa-fé objetiva¹⁴⁸.

Quanto ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, para fins de admissibilidade de ação rescisória (art. 485, V, CPC), o exercício que se tem de fazer, é analisar como o STF decidiria, se tivesse apreciado a matéria na época em que as instâncias ordinárias se debruçaram sobre o tema. Ou melhor, como o STF decidiria diante daquele quadro fático-normativo vigente à época?

Com efeito, conforme já demonstrado anteriormente, o *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* surge quando o *leading case* do STF sobre determinada matéria, acaba por surpreender a comunidade jurídica e a sociedade como um todo, por ser contrário ao entendimento até então corrente, ou melhor, à compreensão pacífica e clara sobre a questão jurídica, na doutrina, nas Universidades, nos tribunais, entre os advogados etc. (MARINONI, 2010, p. 25).

Tal conjuntura pode ser visualizada, mediante a seguinte hipótese: a respeito de determinada questão de direito, em matéria constitucional, o TJPE, TJPB, TJRN e TJCE mantêm interpretação uníssona que gera uma *norma jurídica “c”*. Anos depois, deparando-se pela primeira vez com a questão, o STF decide que o entendimento adequado é o que gera a *norma jurídica “D”*. Observe-se o quadro abaixo:

¹⁴⁸ Exceto quando a mudança de orientação jurisprudencial decorre de mutação normativa, conforme será melhor analisado no item 5.5.

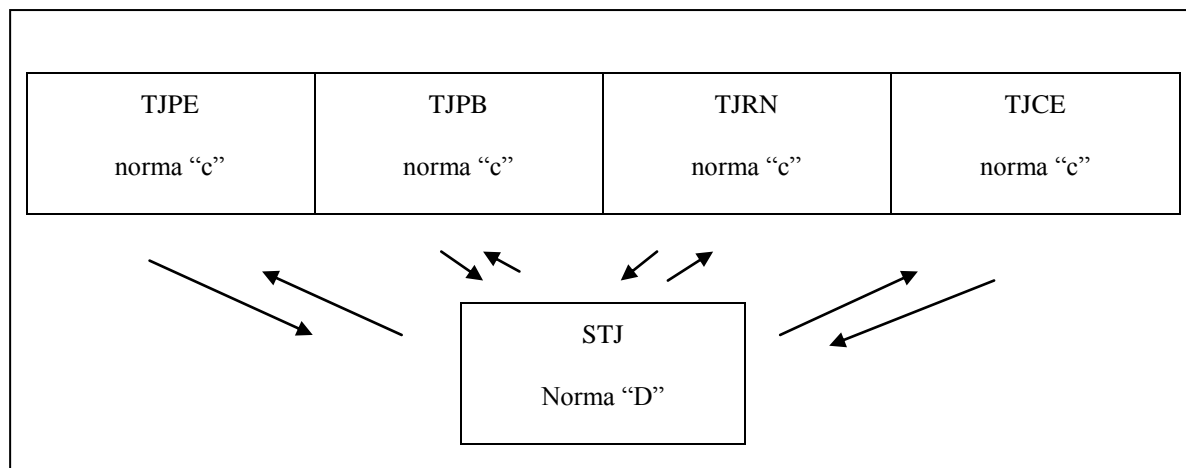


Figura 7 - novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito.

Decisões nesse sentido geralmente decorrem do grande lapso temporal até que o STF venha a se posicionar sobre a questão. Pode ser, por exemplo, que nesse período ocorram “alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 130).

Assim é que, quanto ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, o que deve ser ponderado, para fins de ação rescisória (art. 485, V, CPC), é o acerto das decisões dos tribunais ordinários à luz do cenário fático-normativo em que se posicionaram, ou melhor, deve o STF perquirir como decidira diante do quadro vigente à época.

Pode muito bem ocorrer que à época das decisões nas instâncias ordinárias, não fosse razoável deduzir-se do sistema a *norma jurídica* que posteriormente veio a ser cristalizada pelo STF em seu *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*.

Portanto, em se tratando de decisão do STF, que se afigure um *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, defende-se que não deve ensejar ação rescisória (art. 485, V, CPC), se a Corte constatar que, à luz do quadro fático-normativo vigente à época, teria decidido da mesma forma que os tribunais ordinários¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Leiam-se as observações feitas no item 5.5 a respeito dos casos em que, constatada a mutação normativa, num determinado momento anterior ao surgimento desse precedente, autoriza-se a aplicação de *efeito retroativo clássico* e, em alguns casos, até *efeito retroativo puro*, conforme exemplificado.

Por outro lado, em tese, constatando o STF que decidiria de forma diversa dos tribunais ordinários, mesmo sob a vigência daquelas condições, aí sim, o novo precedente justificaria o cabimento da ação rescisória. Porém, é pouco provável (quase impossível) a configuração dessa hipótese, pois não é razoável que a comunidade jurídica e a sociedade como um todo estivessem equivocadas. Em casos dessa natureza, tudo leva a crer que a diversidade de conclusões entre as instâncias ordinárias e o STF decorreu de uma mutação constitucional, sendo, aí, imprescindível a identificação do momento em que se operou tal mutação e, conseqüentemente, o momento em que a sociedade começou a perder confiança no entendimento até então prevalente, a fim de melhor fixar os efeitos temporais do precedente, conforme será analisado no item 5.5.

Resumindo, tratando-se de matéria constitucional, entende-se que: a) o *novo precedente em sentido não surpreendente* enseja ação rescisória (art. 485, V, CPC); b) o *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* não deve ensejar ação rescisória e, c) o *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, em tese, pode possibilitar ou não ação rescisória, a depender do juízo que o STF faça acerca do acerto da decisão dos tribunais ordinários à luz do quadro fático-normativo vigente à época.

Não é ocioso destacar que, nessas restritas hipóteses em que se entende cabível a ação rescisória, deve ser observado o prazo legal de dois anos para seu ajuizamento (art. 495 CPC).

Ressalte-se que na doutrina a posição que mais se aproxima da ora defendida é a de Marinoni (2008b, p. 17-41); porém não se confundem, pois Marinoni não admite ação rescisória em virtude do surgimento de novo precedente do STF, após o trânsito em julgado da sentença; só admitindo-a quando o precedente do STF já existia à época da prolação da sentença, que findou por transitar em julgado. No presente estudo, defende-se a ação rescisória, além desse caso, quando se tratar de (a) *novo precedente em sentido não surpreendente* e (b) *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, na hipótese de se constatar o equívoco das decisões dos tribunais ordinários, mesmo à luz do quadro fático-normativo vigente à época.

Por fim, cumpre advertir que quando o STF modular os efeitos de sua decisão, atribuindo-lhe apenas efeitos prospectivos (clássico, puro ou a termo), não haverá necessidade de se perquirir toda essa construção doutrinária, para fins de se admitir ou não ação rescisória (art. 485, V, CPC). Nesses casos, é óbvio que o novo precedente não ensejará ação rescisória, uma vez que surtirá eficácia apenas *ex nunc*, não tendo, portanto, o condão de desconstituir

sentenças já transitadas em julgado anteriormente (ver no item 5.3.7 a questão do termo *a quo* do precedente vinculante).

5.4.2 A aplicação retroativa pura e a “Impugnação ao Cumprimento de Sentença”, fundada na inconstitucionalidade do título judicial

Conforme já demonstrado, o art. 475-L, II, § 1º, do CPC possibilita a aplicação de *eficácia retroativa pura* ao novo precedente do STF. Porém, assim como se fez com relação à ação rescisória (art. 485, V, CPC), pretende-se demonstrar que, em certas situações, tendo em vista a doutrina da eficácia temporal dos precedentes, não se pode admitir a impugnação ao cumprimento de sentença, simplesmente, em virtude da superveniência de novo precedente do STF¹⁵⁰.

Inobstante a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, II, § 1º, CPC) não tenha natureza rescisória¹⁵¹, a conclusão a que se chega quanto ao seu cabimento, frente ao surgimento de um dos três citados tipos de novo precedente do STF em matéria constitucional, é a mesma a que se chegou com relação à ação rescisória e, portanto, remete-se o leitor ao item anterior.

Ou melhor, defende-se que: a) o *novo precedente em sentido não surpreendente* enseja impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, II, § 1º, CPC); b) o *novo*

¹⁵⁰ Destaque-se que, em consonância com a doutrina e jurisprudência dominantes, aqui também se defende o cabimento de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, II, § 1º, CPC), quando o título judicial houver se fundamentado em tese constitucional contrária à cristalizada em precedente do STF, já existente ao tempo.

¹⁵¹ Quanto à natureza do instituto, a grande dúvida que surge é se o mesmo tem função pura e simplesmente de tornar ineficaz o título executivo, ou consiste numa nova forma de desconstituição (rescisão) da coisa julgada. Defende-se, neste estudo, que a inexigibilidade do título, por ter a sentença se fundado em norma ou interpretação tida pelo STF como inconstitucional, não tem função rescindente, mas apenas obstaculizadora da execução da sentença. Ou seja, a sentença passada em julgado permanece intacta, apenas perderá sua eficácia, eis que não poderá ser executada. Acosta-se a essa opinião, porque os arts. 475-L, II, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC, têm inspiração na parte final § 79 da Lei do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), o qual estabelece que as sentenças em matéria cível não mais impugnáveis, que se baseiam numa norma que tenha sido declarada inconstitucional, permanecem intactas, apenas não poderão mais ser executadas; porém, se já o tiverem sido, o executado não poderá pleitear a repetição de indébito. Não é ocioso destacar que, na Alemanha, o sistema de controle de constitucionalidade das leis é concentrado, de forma que apenas o Tribunal Constitucional Federal poderá apreciar a constitucionalidade das leis, não o podendo fazer os juízes monocráticos e outros tribunais. Ora, se na Alemanha, onde os juízes não podem apreciar a constitucionalidade das leis, a sentença passada em julgado não é rescindida em virtude de ter se fulcrado em lei declarada inconstitucional; com muito mais razão não há que se falar em função rescindente dos arts. 475-L § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC, pois resta claro que os mesmos têm o condão apenas de retirar a exequibilidade da sentença transitada em julgado (MARINONI, 2008b, 44-48).

precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial não deve ensejar impugnação ao cumprimento de sentença e, c) o *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* pode possibilitar ou não impugnação ao cumprimento de sentença, a depender do juízo que o STF faça acerca do acerto da decisão dos tribunais ordinários à luz do quadro fático-normativo vigente à época.

A exceção que se faz quanto ao não cabimento da impugnação, nos casos de superveniência de *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* ou *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, é quando se trata de relações jurídicas de trato continuado (relações jurídicas permanentes ou sucessivas)¹⁵².

Por exemplo, suponha-se que Caio fora condenado por sentença transitada em julgado a pagar a Tício determinada prestação mensal. Após Tício ter requerido o cumprimento de sentença, nos termos do art. 475-J do CPC, Caio pagou as prestações vencidas e passou a adimplir as prestações que se venciam a cada mês. Porém, com a superveniência de novo precedente do STF considerando inconstitucional o dispositivo de lei em que se fundou a sentença, para julgar procedente a ação, Caio deixou de pagar as prestações que se venceram a partir de então e, conseqüentemente, teve seus bens penhorados. Nesse caso, Caio pode arguir a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, II, § 1º, CPC), no prazo de até 15 (quinze) dias contados da intimação da penhora (art. 475-J, § 1º, CPC).

Outrossim, é importante destacar que, em virtude de a impugnação ao cumprimento de sentença não ter natureza rescindente, mas apenas obstativa de execução, não pode compelir o exequente a restituir o que já tiver recebido. Utilizando o exemplo acima, pode-se afirmar que não há como Caio compelir Tício a lhe restituir as prestações que foram pagas.

Por fim, aqui também vale salientar que se o STF modular os efeitos de seu novo precedente – aplicar-lhe eficácia apenas prospectiva (clássica, pura ou a termo) – não haverá necessidade de se perquirir toda essa construção doutrinária, para fins de se admitir ou não a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, II, § 1º, CPC).

¹⁵² Essa matéria foi analiticamente tratada nos itens 5.3.8 e 5.3.8.1.

5.4.3 A aplicação retroativa pura e a Ação Rescisória por violação à lei, em matéria infraconstitucional

Consoante demonstrado anteriormente, o STJ tem observado ampla e irrestritamente o Enunciado nº 343 da Súmula do STF, para inadmitir a ação rescisória por ofensa à lei (art. 485, V, CPC) em matéria infraconstitucional, “*quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais*”.

Tal entendimento, na prática, tem inviabilizado a ação rescisória por violação à lei, em matéria infraconstitucional, pois, no mais das vezes, há divergência nas instâncias ordinárias quanto à interpretação do texto legal.

A posição do STJ quanto à observância do Enunciado nº 343 da Súmula do STF, para fins de inadmissibilidade da ação rescisória, em certa medida está correta; porém, em algumas hipóteses, afigura-se equivocada, pois finda por enfraquecer as decisões do intérprete último e guardião da legislação infraconstitucional.

De acordo com a jurisprudência dominante do STJ, pouco importa se a sentença, à época da formação da coisa julgada, estava em consonância ou não com sua jurisprudência, pois basta haver divergência nas instâncias ordinárias, para se afastar o cabimento da ação rescisória.

Mais uma vez, é de se advertir que não é objetivo deste estudo traçar qual deva ser o correto alcance do E. nº 343 da Súmula do STF, e sim demonstrar que em certas situações, deve-se admitir a ação rescisória e, em outras, não.

De início, é importante destacar que o E. nº 343 da Súmula do STF é incompatível com a atual e elevada função do STJ de intérprete definitivo e guardião da legislação infraconstitucional federal.

É que o Enunciado nº 343 da Súmula do STF surgiu no mesmo contexto do Enunciado nº 400, que, na época da Constituição de 1967, vedava o recurso extraordinário (hoje recurso especial), quando a decisão recorrida houvesse dado razoável interpretação à lei, ainda, que não fosse a melhor.

O art. 114, III, “a”, da CF/1967 apoiava os Enunciados nºs 343 e 400 da Súmula do STF, porque o Recurso Extraordinário era cabível, quando a decisão recorrida “*negasse vigência*” à lei federal, termo esse muito mais forte que a simples contrariedade. Melhor dizendo, a violação à lei federal para ensejar recurso extraordinário tinha que ser qualificada. Tanto isso é verdade que se entendia que o Enunciado nº 400 da Súmula do STF não se

aplicava à matéria constitucional, pois, quanto a esta, o recurso extraordinário era cabível pela simples *contrariedade* a dispositivo da Constituição. Observe-se a dicção do citado dispositivo constitucional:

Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida:

a) **contrariar dispositivo desta Constituição** ou **negar vigência a tratado ou lei federal**; (grifos nossos) .

Ocorre que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 105, III, “a”, passou a prever o cabimento do recurso especial pela “*simples violação*” da lei federal. O STJ passou a ser o intérprete último da legislação infraconstitucional federal, sendo o responsável pela uniformização da jurisprudência em matéria infraconstitucional. Assim, com a CF/1988 não há mais que se falar em aplicação dos Enunciados n°s 343 e 400 da Súmula do STF.

O que causa espanto é que o STJ tem afastado a aplicação do E. n° 400 da Súmula do STF e, contudo, continua aplicando amplamente o E. n° 343¹⁵³.

Não é lógico furtar o STJ de conhecer determinado recurso especial, sob o argumento de que a decisão recorrida deu razoável interpretação à lei federal; assim como não é lógico impedir o cabimento de ação rescisória, sob o argumento de divergência na interpretação da lei no âmbito dos tribunais ordinários, posto que a última palavra quanto à interpretação da legislação federal é do STJ, não se podendo alegar divergência jurisprudencial, quando o mesmo já houver firmado sua orientação, nem podendo ser razoável a interpretação que contrariar a sua.

A ilação que se atinge é que não há que se falar em “texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais”, (a) quando o STJ ainda não apreciou a matéria, pois nesse caso ainda não se conhece a orientação jurisprudencial do intérprete maior da legislação infraconstitucional e (b) quando o STJ já houver pacificado sua jurisprudência a respeito de determinada matéria, já que, sendo tal Corte a guardiã da legislação infraconstitucional, tendo a mesma se posicionado, pouco interessa que remanesça divergência nas instâncias ordinárias.

Não é ocioso destacar que a jurisprudência do STF afasta o Enunciado n° 343 da sua Súmula para admitir o cabimento de ação rescisória (art. 485, V, CF) em matéria

¹⁵³ Nesse sentido vide o REsp 5.936-PR.

constitucional, com fulcro em argumentos como: a força normativa da Constituição e o princípio da máxima efetividade da norma constitucional; a gravidade qualificada da afronta à Constituição e da importância das decisões do STF como intérprete último e guardião da Constituição.

Ora, se é certo que a infração à Constituição é mais grave que a infração a dispositivo de lei, pois aquela se constitui num referencial normativo que dá sustentação a todo o sistema, também é certo afirmar que o sistema não pode aceitar passivamente ofensa à legislação federal, quando ainda há meio processual, previsto em lei, capaz de corrigir a ilegalidade; assim como não se pode aceitar que permaneçam intangíveis sentenças que se fundam em tese contrária à orientação jurisprudencial do STJ, pois, nessa hipótese, estar-se-ia enfraquecendo a Corte responsável por uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, em prol dos tribunais ordinários, o que parece um completo absurdo!

Ademais, não se pode olvidar que a inadmissibilidade da ação rescisória, sob o argumento de que a decisão rescindenda estava baseada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, finda por infringir o princípio da isonomia e, conseqüentemente, a Constituição, na medida em que proporciona tratamentos diversos para situações idênticas.

Defende-se, neste trabalho, a existência de interpretação controvertida, para fins do E. nº 343 da Súmula do STF, apenas quando e enquanto houver divergência interna no próprio STJ.

Assinale-se, por oportuno, que, em algumas poucas oportunidades, o STJ já afastou a aplicação do E. nº 343 do STF¹⁵⁴ e, em maio de 2008, decidindo o RESP nº 102.623-4, brilhantemente relatado pelo Min. Teori Albino Zavascki, deu importante passo rumo ao bom esclarecimento da controvérsia atinente ao cabimento da ação rescisória diante do referido Enunciado. Tal acórdão encontra-se assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL. MATÉRIA CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS À ÉPOCA DA PROLAÇÃO DA DECISÃO RESCINDENDA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ EM SENTIDO CONTRÁRIO. SÚMULA 343/STF. NÃO-APLICAÇÃO. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO.

1. A súmula 343/STF, editada antes da Constituição de 1988, tem origem na doutrina (largamente adotada à época, inspiradora também da súmula 400/STF) da legitimidade de interpretação razoável da norma, ainda que não a melhor, permitindo

¹⁵⁴ vide: RESP nº 427.814; Embargos de divergência no RESP nº 960.523 e Embargos infringentes na Ação Rescisória nº 394

assim que a respeito de um mesmo preceito normativo possa existir mais de uma interpretação e, portanto, mais de um modo de aplicação.

2. Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião e intérprete oficial da legislação federal, a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. O exercício dessa função se mostra particularmente necessário quando a norma federal enseja divergência interpretativa. Mesmo que sejam razoáveis as interpretações divergentes atribuídas por outros tribunais, cumpre ao STJ intervir no sentido de dirimir a divergência, fazendo prevalecer a sua própria interpretação. Admitir interpretação razoável, mas contrária à sua própria, significaria, por parte do Tribunal, renúncia à condição de intérprete institucional da lei federal e de guardião da sua observância.

3. Por outro lado, a força normativa do princípio constitucional da isonomia impõe ao Judiciário, e ao STJ particularmente, o dever de dar tratamento jurisdicional igual para situações iguais. Embora possa não atingir a dimensão de gravidade que teria se decorresse da aplicação anti-isonômica da norma constitucional, é certo que o descaso à isonomia em face da lei federal não deixa de ser um fenômeno também muito grave e igualmente ofensivo à Constituição. Os efeitos da ofensa ao princípio da igualdade se manifestam de modo especialmente nocivos em sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado: considerada a eficácia prospectiva inerente a essas sentenças, em lugar da igualdade, é a desigualdade que, em casos tais, assume caráter de estabilidade e de continuidade, criando situações discriminatórias permanentes, absolutamente intoleráveis inclusive sob o aspecto social e econômico. **Ora, a súmula 343 e a doutrina da tolerância da interpretação razoável nela consagrada têm como resultado necessário a convivência simultânea de duas (ou até mais) interpretações diferentes para o mesmo preceito normativo e, portanto, a cristalização de tratamento diferente para situações iguais. Ela impõe que o Judiciário abra mão, em nome do princípio da segurança, do princípio constitucional da isonomia, bem como que o STJ, em nome daquele princípio, também abra mão de sua função nomofilática e uniformizadora e permita que, objetivamente, fique comprometido o princípio constitucional da igualdade.**

4. É relevante considerar também que a doutrina da tolerância da interpretação razoável, mas contrária à orientação do STJ, está na contramão do movimento evolutivo do direito brasileiro, que caminha no sentido de realçar cada vez mais a força vinculante dos precedentes dos Tribunais Superiores.

5. Por todas essas razões e a exemplo do que ocorreu no STF em matéria constitucional, justifica-se a mudança de orientação em relação à súmula 343/STF, para o efeito de considerar como ofensiva a literal disposição de lei federal, em ação rescisória, qualquer interpretação contrária à que lhe atribui o STJ, seu intérprete institucional. **A existência de interpretações divergentes da norma federal, antes de inibir a intervenção do STJ (como recomenda a súmula), deve, na verdade, ser o móvel propulsor para o exercício do seu papel de uniformização. Se a divergência interpretativa é no âmbito de tribunais locais, não pode o STJ se furtar à oportunidade, propiciada pela ação rescisória, de dirimi-la, dando à norma a interpretação adequada e firmando o precedente a ser observado; se a divergência for no âmbito do próprio STJ, a ação rescisória será o oportuno instrumento para uniformização interna; e se a divergência for entre tribunal local e o STJ, o afastamento da súmula 343 será a via para fazer prevalecer a interpretação assentada nos precedentes da Corte Superior, reafirmando, desse modo, a sua função constitucional de guardião da lei federal.**

6. Recurso especial provido.

(REsp 1026234/DF, Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27 maio 2008, DJe 11 jun. 2008) (grifos nossos).

Entretanto, lamentavelmente, em maio de 2009, o supracitado acórdão fora reformado pela 1ª Seção do STJ, no Julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.026.234, onde se concluiu pela aplicabilidade do E. nº 343 da Súmula do STF nas Ações Rescisórias em que se discute a incidência do Imposto de Renda sobre a complementação de aposentadoria na vigência da Lei 7.713/1988. Leia-se a ementa do acórdão, cujo voto se limita a transcrever a ementa de um outro precedente da 1ª Seção do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LEI 7.713/1988. AÇÃO RESCISÓRIA. SÚMULA 343/STF. INCIDÊNCIA.

1. A Primeira Seção do STJ firmou entendimento de que é aplicável a Súmula 343/STF nas Ações Rescisórias em que se discute a incidência do Imposto de Renda sobre a complementação de aposentadoria na vigência da Lei 7.713/1988.

2. Embargos de Divergência providos.

(EREsp 1026234/DF, Relator: Min. HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13 maio 2009, DJe 25 maio 2009)

Esclarecidas essas questões concernentes ao Enunciado nº 343 da Súmula do STF, pode-se inferir que os três citados tipos de novo precedente do STJ ensejam ação rescisória (art. 485, V, CPC) em matéria infraconstitucional, na mesma medida em que os precedentes do STF possibilitam-na em matéria constitucional e, portanto, remete-se o leitor ao item 5.4.1.

Resumindo: tratando-se de matéria infraconstitucional, entende-se que: a) o *novo precedente em sentido não surpreendente* enseja ação rescisória (art. 485, V, CPC); b) o *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* não deve ensejar ação rescisória e, c) o *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, em tese, pode possibilitar ou não ação rescisória, a depender do juízo que o STJ faça acerca do acerto da decisão dos tribunais ordinários à luz do quadro fático-normativo vigente à época.

Não é ocioso destacar que, nessas restritas hipóteses em que se entende cabível a ação rescisória, deve ser observado o prazo legal de dois anos para seu ajuizamento (art. 495 CPC).

Ressalte-se que, na doutrina, a posição de Eduardo Talamini (2005, p. 158-168) aproxima-se bastante da aqui defendida.

A doutrina de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2010, p. 396-406) também se assemelha às ideias propostas no presente estudo; porém, divergem em ponto substancial, ao defenderem o cabimento da ação rescisória apenas quando o posicionamento

do STJ for anterior à decisão transitada em julgado. Diferentemente do aqui defendido, eles não aceitam a admissibilidade da ação rescisória em caso de superveniência de precedente do STJ, que se configure num *leading case*, ou melhor, num *novo precedente em sentido não surpreendente*.

Por fim, cumpre advertir que quando o STJ modular os efeitos de sua decisão, atribuindo-lhe apenas efeitos prospectivos (clássico, puro ou a termo) – o que até hoje nunca fez –, não haverá necessidade de se perquirir toda essa construção doutrinária, para fins de se admitir ou não ação rescisória (art. 485, V, CPC). Nesses casos, é óbvio que o novo precedente não ensejará ação rescisória, uma vez que surtirá eficácia apenas *ex nunc*, não tendo, portanto, o condão de desconstituir sentenças já transitadas em julgado anteriormente.

5.4.4 A aplicação retroativa clássica e a observância do novo precedente do STJ às causas em curso

Em consonância com o já demonstrado nos itens anteriores, enquanto o STF vem, rotineiramente, aplicando efeitos prospectivos às decisões sobre (in)constitucionalidade de lei, tanto no controle concentrado, como no difuso, o STJ ainda não despertou para tal prática, de forma que, em regra, vem se utilizando da *aplicação retroativa clássica* com relação ao novo precedente, nas três espécies tipificadas neste trabalho.

A consequência disso é que o STJ vem possibilitando que até o *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* e o *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* incidam sobre atos e fatos ocorridos antes do seu surgimento, na medida em que admite sua observância como *norma jurídica*, no julgamento dos recursos das causas em curso.

Ora, consoante se demonstrou no item 5.4.2, tais tipos de precedente, por anunciarem uma nova *norma jurídica*, na essência da palavra, causam grande surpresa à sociedade, de forma que, em regra, não devem surtir efeitos retroativos para regular as consequências de atos e fatos já ocorridos, sob pena de grave afronta à regra da *irretroatividade da norma jurídica* (art. 5º, XXXVI, CF) e ao princípio da segurança jurídica, nas suas diversas manifestações, tais como: previsibilidade, não surpresa, proteção da confiança e boa-fé objetiva.

Com efeito, o *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* a todos surpreende, pois contraria a posição do próprio órgão judicial encarregado de unificar a interpretação da lei, criando uma norma jurídica que não estava dentre as “possibilidades hermenêuticas”, já que, ao ter fixado o entendimento superado, a Corte rejeitou as demais *normas jurídicas* então observadas nos tribunais ordinários.

Assim, admitir que o julgamento das causas em curso seja afetado pela superveniência de *novo precedente em sentido revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* configuraria grave afronta à regra da *irretroatividade da norma jurídica* (art. 5º, XXXVI, CF) e ao princípio da segurança jurídica.

Já quanto ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, para fins de aplicação às causas em curso, o exercício que se tem de fazer, é analisar como o STJ decidiria, se tivesse apreciado a matéria na época em que as instâncias ordinárias se debruçaram sobre o tema. Ou melhor, como o STJ decidiria diante daquele cenário fático-normativo vigente à época?

Não é ocioso lembrar que o *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* surge, quando o *leading case* do STJ sobre determinada matéria, acaba por surpreender a comunidade jurídica e a sociedade como um todo, por ser contrário ao entendimento até então corrente, ou melhor, à compreensão pacífica e clara sobre a questão jurídica, na doutrina, nas Universidades, nos tribunais, entre os advogados etc. (MARINONI, 2010a, p. 25).

Decisões nesse sentido, via de regra, decorrem do grande lapso temporal até que os Tribunais Superiores venham a se posicionar sobre a questão. Pode ser, por exemplo, que nesse período ocorram “alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 130).

Assim, é que, quanto ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, o que deve ser ponderado, para fins de aplicação às causas em curso, é o acerto das decisões dos tribunais ordinários à luz do cenário fático-normativo em que se posicionaram, ou melhor, deve o STJ perquirir como decidira diante do quadro vigente à época.

Tudo leva a crer que à época das decisões nas instâncias ordinárias, não era razoável deduzir-se do sistema a *norma jurídica* que posteriormente veio a ser cristalizada pelo STJ em seu novo precedente.

Portanto, em se tratando de decisão do STJ, que se afigure um *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, defende-se que não deve repercutir sobre as causas em curso, se a Corte constatar que, à luz do quadro fático-normativo vigente à época, teria decidido da mesma forma que os tribunais ordinários. Por outro lado, em constatando que decidiria de forma diversa dos tribunais ordinários, mesmo sob a vigência daquelas condições, aí sim, o novo precedente justificaria a *aplicação retroativa clássica*, ou melhor, poderia incidir sobre as causas já em curso quando do seu surgimento.

Repita-se que é pouco provável (quase impossível) a configuração dessa última hipótese, pois não é razoável que a comunidade jurídica e a sociedade como um todo estivessem equivocadas. Em casos dessa natureza, tudo conduz à inferência de que a diversidade de conclusões entre as instâncias ordinárias e o STJ decorreu de uma mutação normativa, sendo, aí, imprescindível a identificação do momento em que se operou tal mutação e, conseqüentemente, a sociedade começou a perder confiança no entendimento até então prevalente, a fim de melhor fixar os efeitos temporais, conforme será analisado no item seguinte.

5.5 UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS QUE DEVEM SER ATRIBUÍDOS A CADA UM DOS TIPOS DE PRECEDENTES DO STF E STJ, CLASSIFICADOS QUANTO À NOVIDADE DA NORMA QUE ANUNCIAM

No item 5.4 e seus subitens, criticou-se a forma como os Tribunais Superiores vêm atribuindo efeitos temporais aos seus novos precedentes e a maneira como vêm se utilizando dos meios processuais que possibilitam a aplicação retroativa das novas decisões paradigmáticas.

Agora, após construídas todas as premissas necessárias ao alcance das conclusões, chegou o momento de sugerir os efeitos temporais que, via de regra, devem ser atribuídos a cada um dos tipos de precedente, na classificação que se criou, quanto à novidade da norma que anunciam, qual seja: a) *novo precedente em sentido não surpreendente*; b) *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* e, c) *precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*.

De logo, urge destacar que esta proposta de sistematização não tem pretensão de insuperabilidade, mas sim de servir como um norte à missão dos Tribunais Superiores de decidir sobre a eficácia temporal dos seus precedentes. Pretende-se também contribuir para o correto manejo dos meios processuais que oportunizam a aplicação retroativa dos novos precedentes, a fim de mitigar as situações iníquas causadas por tal efeito temporal.

A sistematização ora proposta não pode ter caráter de definitividade, até porque o juízo de ponderação é inerente à matéria da eficácia temporal dos precedentes. Com efeito, em alguns casos, o efeito temporal que, em tese, seria o mais adequado para determinado precedente, pode não sê-lo na prática, em virtude de peculiaridades do caso concreto.

Pois bem, a princípio, ao *novo precedente em sentido não surpreendente*, tanto o derivado do STF, quanto do STJ, pode ser atribuído até o *efeito retroativo puro*¹⁵⁵, autorizando o manejo de ação rescisória (art. 485, V, CPC) para desconstituir a coisa julgada formada em sentido contrário ao *leading case* do STF ou STJ. Pelos mesmos motivos, tal tipo de precedente do STF enseja impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, II, § 1º, CPC), quando a decisão houver transitado em julgado com fulcro em norma ou interpretação tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição.

Não é ocioso destacar que, nesse caso, inexistente prejuízo considerável à regra da *irretroatividade da norma jurídica*, pois o *novo precedente em sentido não surpreendente* produz uma *norma jurídica*, que não se configura numa “nova norma na essência da palavra”, já que nessa hipótese os Tribunais Superiores apenas elegem uma das possibilidades hermenêuticas vigentes ao tempo.

Quanto ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, em tese, pode-se atribuir *efeito retroativo (clássico ou puro)* ou *efeito prospectivo (clássico ou puro)*, a depender do resultado da análise de como os Tribunais Superiores decidiriam, se tivessem apreciado a matéria na época em que as instâncias ordinárias se debruçaram sobre ela. Ou melhor, como os Tribunais Superiores decidiriam diante daquele quadro fático-normativo vigente à época.

Ou seja, nesse caso, o que deve ser ponderado, para fins de atribuição de uma das duas principais variantes de eficácia temporal, é o acerto das decisões dos tribunais ordinários à luz do cenário fático-normativo em que se posicionaram, ou melhor, devem os Tribunais Superiores perquirir como decidiram diante do quadro vigente à época.

¹⁵⁵ Se é admitido o *efeito retroativo puro*, é óbvio que também se autoriza o *efeito retroativo clássico*, através dos quais o novo precedente é aplicado às causas em curso.

Provavelmente, à época das decisões nas instâncias ordinárias, não era razoável deduzir-se do sistema a *norma jurídica* que posteriormente veio a ser cristalizada pelos Tribunais Superiores em seu *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*.

Destarte, quanto ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, defende-se a atribuição de *efeito prospectivo (clássico ou puro)*, se os Tribunais Superiores constatarem que, à luz do quadro fático-normativo vigente à época, teriam decidido da mesma forma que os tribunais ordinários. Por outro lado, em constatando que decidiriam de forma diversa dos tribunais ordinários, mesmo sob a vigência daquelas mesmas condições, aí sim, o novo precedente gozaria de *efeito retroativo (clássico ou puro)*.

Não é ocioso destacar que essa última hipótese é de difícil configuração, pois não é razoável que a comunidade jurídica e a sociedade como um todo estivessem equivocadas. Em casos dessa natureza, tudo conduz à inferência de que a diversidade de conclusões entre as instâncias ordinárias e os Tribunais Superiores decorreu de uma mutação normativa ou constitucional (conforme explicado no item 5.3.2) e nesse caso torna-se imperioso tentar encontrar o momento em que se alterou a compreensão geral do direito e, conseqüentemente, ganhou corpo a previsibilidade de que poderia surgir um novo precedente paradigmático.

Com efeito, se os Tribunais Superiores puderem identificar o exato momento em que se alterou a *concepção geral do direito* e, conseqüentemente, ganhou corpo a previsibilidade de que – em virtude de tal alteração dos valores da sociedade ou da substancial alteração da realidade fática – o entendimento a ser fixado em *leading case* pelos Tribunais Superiores poderia sê-lo em sentido diverso da concepção até então corrente, deve-se fixar tal momento como termo inicial da eficácia temporal do novo precedente, embora que isso implique um *efeito retroativo* (MARINONI, 2010c, p. 26).

Essa noção do momento da virada da *concepção geral* do direito é fundamental para se decidir qual dos efeitos temporais se afigura o mais adequado.

É que se os Tribunais Superiores, ao proferirem a decisão em sentido diverso da concepção geral, constatarem que tal compreensão há tantos anos já estava abalada por uma substancial mudança no cenário fático-normativo, poderão atribuir *efeito retroativo* ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, a fim de que seja aplicado às causas em curso que versem sobre atos ou fatos ocorridos após essa virada da concepção geral do direito, ou melhor, após a mutação normativa.

Por exemplo¹⁵⁶, suponha-se que até o ano de 1960 a inflação no Brasil era praticamente zero e que nessa época os tribunais ordinários entendiam que só poderia incidir correção monetária sobre débitos, nos casos expressamente previstos em lei, haja vista que a moeda não se desvalorizava com o decorrer do tempo – a *ratio decidendi* consistia em que não se desvalorizando a moeda com o decorrer do tempo, a incidência de correção monetária, afora os casos previstos em lei, ensejaria um enriquecimento sem causa ao credor. Ocorre que a partir de 1962, os índices inflacionários começaram a subir vertiginosamente e, o STF, julgando um recurso extraordinário no ano de 1965 (*leading case*), já diante desse cenário de inflação galopante, decidiu que deveria incidir correção monetária sobre a dívida em questão, mesmo não havendo previsão legal para tanto – a *ratio decidendi* nesse caso foi que a correção monetária servia apenas para recompor o valor da moeda corroído com o tempo, não ensejando, pois, qualquer enriquecimento sem causa do credor.

Diante dessa hipótese, indaga-se, se as causas em curso que versavam sobre correção monetária de dívidas contraídas a partir de 1962 deveriam ser julgadas com fulcro em qual *ratio decidendi*.

Parece óbvio que, mesmo em se tratando de um *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, deveria ser-lhe atribuído *efeito retroativo*, autorizando sua aplicação às causas em curso. Poder-se-ia, inclusive, ir além, autorizando a ação rescisória das causas que versavam sobre correção monetária de dívidas contraídas após 1962 e que transitaram em julgado entre 1963 e 1965.

Por último, quanto ao *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, defende-se a atribuição de *efeito prospectivo (clássico ou puro)*¹⁵⁷, tendo em vista que tal precedente a todos surpreende, na medida em que contraria a posição das próprias Cortes encarregadas de unificar a interpretação da Constituição e da lei (STF e STJ, respectivamente), criando uma norma jurídica que não estava dentre as “possibilidades hermenêuticas”, já que, ao terem fixado o entendimento superado, as Cortes deletaram as demais *normas jurídicas* então observadas nos tribunais ordinários.

Mais uma vez, cumpre ressaltar que com relação à regra da *irretroatividade da norma jurídica* (art. 5º, XXXVI, CF), ao princípio da segurança jurídica e aos subprincípios da previsibilidade, da não surpresa e da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, o mais

¹⁵⁶ Este exemplo foi inspirado numa mutação normativa (jurisprudencial) sobre a matéria da correção monetária citada por (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 230), porém, foi sobremaneira adaptado com dados hipotéticos, para fins de se atingir os objetivos da suposição.

¹⁵⁷ Exceto em caso de mutação normativa, conforme restará demonstrado a seguir.

grave é justamente esse *novo precedente em sentido revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, que surge quando os Tribunais Superiores, através de um novo entendimento, superam orientação pacífica e remansosa, surpreendendo a todos aqueles que confiaram em sua própria jurisprudência.

Contudo, urge destacar que é importante distinguir a simples mudança de opinião dos Tribunais Superiores, dos casos em que a alteração da jurisprudência decorre de uma mutação normativa. Nesta última hipótese, os Tribunais Superiores, ao decidirem sobre a eficácia temporal do *novo precedente em sentido revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, também devem tentar encontrar o momento em que ganhou corpo a previsibilidade de que a orientação jurisprudencial até então vigente poderia ser superada, em virtude de uma substancial mudança fático-normativa.

Com efeito, em constatando os Tribunais Superiores que a sociedade já havia perdido a confiança na jurisprudência revogada – tendo em vista que uma substancial alteração fático-normativa já fazia prever a possibilidade de surgimento de novo precedente paradigmático – devem tentar identificar o exato momento em que ocorreu essa guinada, para fins de fixação do termo inicial da eficácia temporal do novo precedente, embora isso implique um *efeito retroativo*.

Observe-se que, em hipóteses como essa, os Tribunais Superiores encontram-se responsáveis por zelar pelas justas expectativas dos jurisdicionados, evitando a eficácia retroativa do novo precedente, porém, somente até o momento em que havia confiança generalizada na orientação jurisprudencial superada (MARINONI, 2010a, p. 26, 30-31). Para fins de encontrar o momento da perda da confiança no precedente revogado, deve-se perquirir se as Cortes Superiores se utilizaram das técnicas de *signaling*, *transformation* ou *overriding*, pois não há que se falar em afronta à estabilidade e às justas expectativas dos jurisdicionados, se estes já vinham sendo informados da iminente revogação do precedente.

Por exemplo¹⁵⁸, suponha-se que até o ano de 2001 o STJ mantinha entendimento pacífico no sentido de que era ilegal a suspensão do fornecimento de energia elétrica em virtude de dívida de consumo e, em caso de corte de energia, ainda concedia indenização por danos morais ao consumidor – a *ratio decidendi* desses julgados era de que a suspensão do fornecimento de energia decorrente de dívida consistia em afronta ao princípio da continuidade do serviço público essencial (art. 22 da Lei nº 8.078/90). Ocorre que a partir do

¹⁵⁸ Este exemplo foi inspirado em caso concreto, porém, foi sobremaneira adaptado com dados hipotéticos, para fins de se atingir os objetivos da suposição.

ano de 2001, passou a crescer assustadoramente os índices de inadimplência das faturas de energia elétrica e, na mesma época, iniciou-se o primeiro “apagão” energético no Brasil, ensejando uma ampla rediscussão e reflexão sobre o tema, inclusive, fazendo surgir questionamentos acerca da causa de não estarem sendo observadas as disposições do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões Públicas) – norma especial com relação à matéria – que sequer tinha sua constitucionalidade questionada. Suponha-se, ainda, que julgando um recurso especial, no ano de 2003, o STJ, revendo seu posicionamento, deu provimento a recurso especial de uma concessionária de energia, entendendo que a suspensão do fornecimento de energia em virtude de débito, quando notificado previamente o consumidor, consistia em exercício regular do direito – a *ratio decidendi* nesse caso foi no sentido da legalidade do corte de energia, tendo em vista que a suspensão decorrente de débito do consumidor devidamente notificado não caracterizava descontinuidade do serviço público.

Nesse caso, indaga-se, as causas em curso que versam sobre cortes de energia realizados a partir de 2002 deveriam ser julgadas com fulcro em qual *ratio decidendi*?

A conclusão lógica é que, mesmo em se tratando de um *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, deveria ser-lhe atribuído *efeito retroativo*, autorizando sua aplicação às causas em curso.

Como se não bastasse, urge destacar que a atribuição de *efeito prospectivo clássico* ou *puro* a um *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* ou a um *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* vai depender, sempre, de um juízo de ponderação, pois, conforme já demonstrado no item 5.3.1, o resultado do caso em julgamento (caso vetor) é determinado imediatamente pela *norma individual* do caso concreto, que, como se viu, é naturalmente retroativa, pois toda sentença declara as consequências jurídicas de atos e fatos já ocorridos.

Assim, facilmente, percebe-se que a solução entre a aplicação de *efeito prospectivo clássico* ou *puro* vai depender mais dos postulados normativos aplicativos da *proibição de excesso, da razoabilidade e da proporcionalidade* e, menos, da regra da *irretroatividade da norma jurídica* e, para tanto, remete-se o leitor ao item 5.3.4, onde foram erigidas as premissas necessárias a tal juízo de ponderação.

Explica-se, pelo o prisma da *proibição de excesso*, deve-se ponderar, no caso concreto que gera um *novo precedente*, de um lado, a gravidade das perdas e o grau de restrição aos direitos fundamentais do “vencedor” da demanda, caso não se aplique o novo precedente ao seu caso; e, de outro lado, a gravidade dos prejuízos suportados pelo vencido

com a surpreendente regulação das consequências jurídicas dos atos e fatos do caso em julgamento, na hipótese de ser-lhe aplicada a nova *norma jurídica*.

Deve-se ponderar também, pelo o prisma da *razoabilidade*, a relação de congruência entre a medida adotada (não aplicação da *nova norma jurídica* ao caso em julgamento) e a causa (não violar a previsibilidade, proteção da confiança e da boa-fé com a regulação das consequências jurídicas dos atos e fatos do caso em julgamento, pela *nova norma jurídica*). Deve-se perquirir se a aplicação da nova *ratio decidendi* ao caso em julgamento causaria prejuízos significativos e inesperados ao vencido.

Ademais, deve-se realizar juízo de ponderação no caso concreto, pelo o prisma da *proporcionalidade stricto sensu* – de acordo com o qual um meio é proporcional, quando o grau de importância da promoção do fim justificar o grau de restrição causado aos direitos fundamentais, ou melhor, um meio será desproporcional, se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.

Assim, tomando como exemplo¹⁵⁹ o caso do crédito-prêmio IPI – onde quem conseguiu reverter a jurisprudência foi um “grande ator” (Fazenda Nacional) –, suponha-se que o STJ tivesse acolhido a tese do Min. Herman Benjamin de aplicar *efeitos prospectivos* ao novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial, o qual definiu que a vigência do benefício do crédito-prêmio IPI encerrou-se em 05.10.1990. Imagine-se, ainda, que o STJ faltava decidir pela aplicação de *efeito prospectivo clássico* ou *puro*.

Nesse caso, é de se indagar que grave prejuízo (ou afronta aos subprincípios da previsibilidade, não surpresa e boa-fé) sofreria a União se a *nova norma jurídica (ratio decidendi)* não fosse aplicada ao caso em julgamento. Por outro lado, observe o grave prejuízo suportado pelo contribuinte vencido – que se utilizou dos créditos por quase 14 (quatorze) anos e, assim, teria que restituí-los –, caso a *nova norma jurídica* fosse aplicada ao seu recurso especial.

Parece óbvio que a aplicação *prospectiva pura* seria a mais adequada, pois, se, por um lado, a não aplicação da *nova norma jurídica* não traria consequências graves ou totalmente surpreendentes ao vencedor do recurso especial (Fazenda Nacional); por outro lado, a aplicação da *nova norma jurídica* ao caso em julgamento traria sérios prejuízos ao

¹⁵⁹ Este exemplo foi inspirado em caso concreto, porém, foi sobremaneira adaptado com dados hipotéticos, para fins de se atingir os objetivos da suposição.

direito do contribuinte, que teria que restituir todo o benefício do crédito-prêmio IPI do qual se utilizou por quase 14 (quatorze) anos.

Suponha-se agora outro exemplo¹⁶⁰ – onde quem conseguiu reverter a jurisprudência foi um pessoa individualmente considerada. Imagine-se que a jurisprudência do STJ era pacífica no sentido de rejeitar a isenção do imposto de renda a determinada categoria profissional e que, num recurso especial, o consumidor sagrou-se vencedor, conseguindo reverter essa jurisprudência, para que se reconhecesse que a sua categoria profissional deveria gozar de isenção do imposto de renda. Suponha-se, ainda, que o STJ decidiu conferir *efeito prospectivo* a esse *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, restando decidir apenas pelo *efeito prospectivo puro* ou *clássico*. Nesse caso, é de se indagar que grave prejuízo (ou afronta aos subprincípios da previsibilidade, não surpresa e boa-fé) sofreria a Fazenda Nacional se a *nova norma jurídica (ratio decidendi)* fosse aplicada ao caso em julgamento. Por outro lado, observe o grave prejuízo a ser suportado pelo contribuinte “vitorioso”, caso a *nova norma jurídica* não seja aplicada ao seu recurso especial, já que nessa hipótese não poderá se beneficiar com a repetição do indébito do que pagou indevidamente durante anos.

Parece óbvio que a *eficácia prospectiva clássica* seria a mais adequada, pois se, por um lado, a não aplicação da *nova norma jurídica* não traria benefício considerável à Fazenda Nacional, eis que para a mesma teria significação econômica desprezível; por outro lado, a não aplicação da *nova norma jurídica* ao caso em julgamento traria sérias restrições ao direito do contribuinte.

Nessa questão de aplicação de *efeito prospectivo clássico* ou *puro*, tudo leva a crer que o *efeito prospectivo clássico* se afigura o mais adequado, quando o vencedor do recurso que ensejou a alteração da jurisprudência for uma pessoa individualmente considerada e que o *efeito prospectivo puro* se mostra o mais adequado, quando o vencedor do recurso, onde se construiu a *nova norma jurídica*, for um “grande ator” (União, telefônica, concessionária de energia elétrica etc.).

Quanto ao *efeito prospectivo a termo*, parece mais adequado à jurisdição constitucional, a exemplo da ADI nº 2.240 – em que se declarou a inconstitucionalidade da Lei baiana, que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães, porém, sem pronúncia de nulidade, a fim de manter a vigência da lei inconstitucional por lapso temporal razoável, para que o legislador estadual pudesse atuar, superando a situação inconstitucional. Entretanto,

¹⁶⁰ Este exemplo é totalmente hipotético.

nada impede que, na jurisdição infraconstitucional, seja atribuído efeito prospectivo a termo ao *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* ou *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, quando a *nova norma jurídica* anunciada exigir um determinado tempo de maturação, para que a sociedade e o próprio Judiciário se adaptem melhor à mutação normativa – o fundamento da aplicação do *efeito prospectivo a termo* nesse caso estaria nas mesmas razões pelas quais o legislador atribui uma elástica *vacatio legis* às leis que trazem significativas mudanças, tais como o Novo Código Civil.

Em resumo, conclui-se que:

a) ao *novo precedente em sentido não surpreendente*, tanto o derivado do STF, quanto do STJ, pode ser atribuído até o *efeito retroativo puro*, autorizando o manejo de ação rescisória (art. 485, V, CPC) para desconstituir a coisa julgada formada em sentido contrário ao *leading case* do STF ou STJ. Pelas mesmas razões, tal tipo de precedente do STF enseja impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, II, § 1º, CPC), quando a decisão houver transitado em julgado com fulcro em norma ou interpretação tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição;

b) ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, defende-se a atribuição de *efeito prospectivo (clássico ou puro)*, se os Tribunais Superiores constatarem que, à luz do quadro fático-normativo vigente à época, teriam decidido da mesma forma que os tribunais ordinários. Por outro lado, em constatando que decidiriam de forma diversa dos tribunais ordinários, mesmo sob a vigência daquelas condições, aí sim, o novo precedente gozaria de *efeito retroativo (clássico ou puro)*. Ressalte-se que, em se constatando a mutação normativa num determinado momento anterior ao surgimento desse precedente, autoriza-se a aplicação de *efeito retroativo clássico* e, em alguns casos, até *efeito retroativo puro*, conforme exemplificado;

c) ao *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, defende-se a atribuição de *efeito prospectivo (clássico ou puro)*; a menos que a mudança de entendimento tenha decorrido de mutação normativa e se possa precisar um determinado momento anterior ao surgimento desse precedente em que a jurisprudência superada perdeu credibilidade, hipótese em que se autoriza a aplicação de *efeito retroativo clássico* e, em alguns casos, até *efeito retroativo puro*, conforme exemplificado;

d) Embora, em regra, deva ser aplicado *efeito apenas prospectivo* ao *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* e ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, as novas

normas jurídicas anunciadas pelos mesmos devem repercutir imediatamente sobre as relações jurídicas de trato continuado (relações permanentes ou sucessivas);

e) a questão atinente à aplicação de *efeito prospectivo clássico* ou *puro*, deve ser solucionada pelo juízo de ponderação no caso concreto, tudo levando a crer que o *efeito prospectivo clássico* se afigura o mais adequado, quando o “vencedor” do recurso que ensejou a alteração da jurisprudência for uma pessoa individualmente considerada e o *efeito prospectivo puro* se mostra o mais adequado, quando o “vencedor” do recurso, onde se construiu a *nova norma jurídica*, for um “grande ator” (União, telefônica, concessionária de energia elétrica etc.);

f) o efeito prospectivo a termo, a princípio, afigura-se mais ligado à jurisdição constitucional, mormente, aos casos em que é pronunciada a inconstitucionalidade de lei sem declaração de nulidade, permitindo que o legislador atue dentro de prazo razoável, visando a superação da situação inconstitucional; porém, nada impede que seja aplicado pelo STJ em matéria infraconstitucional, quando a *norma jurídica* anunciada exigir um determinado tempo de maturação, para que a sociedade e o Judiciário se adaptem melhor à mutação normativa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar o contexto histórico em que se formaram e se desenvolveram as tradições jurídicas de *civil law* e de *common law*, bem como os fatores que proporcionaram a aproximação dessas duas grandes famílias do direito, é que se apresentam como principais ideias da primeira parte da presente dissertação, as seguintes:

1. A formação e o desenvolvimento do *civil law* foram fortemente marcados pelo contexto histórico vigente na França pré-revolucionária, onde os membros do Judiciário francês constituíam uma classe aristocrática, não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, liberdade e fraternidade, como mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Em virtude da fundada desconfiança nutrida nos juízes franceses da época, foi que se pretendeu alcançar a segurança jurídica no texto da lei, derivando daí os dogmas da supremacia da lei; da estrita separação dos poderes e do juiz como a *bouche de la loi* (boca da lei).

2. Na Inglaterra, diversamente do que ocorreu na França, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. Também por esses motivos não houve necessidade de criar e impor o dogma da aplicação estrita da lei; não precisou negar-se a natureza das coisas, impedindo a interpretação das leis. O juiz inglês, tradicionalmente, ia muito além da interpretação das leis, extraía direitos e deveres, a partir do *common law*.

3. Demonstrou-se que, ao longo do tempo, diversos fatores proporcionaram a aproximação entre as tradições de *civil law* e de *common law*, dentre os quais se destacam os seguintes: a) o Estado social; b) o constitucionalismo; c) os conceitos indeterminados, cláusulas gerais e regras de textura aberta e, d) as demandas de massa.

4. Em que pese os supracitados fatores terem ensejado grandes transformações no direito, explicitando ainda mais a insuficiência da lei, para, por si só, assegurar previsibilidade, uniformidade e estabilidade às decisões judiciais, grande parte da doutrina tradicional do *civil law* tenta encobrir a necessidade de adoção do precedente vinculante.

5. É inegável que todo esse contexto (do constitucionalismo; do *Welfare State*; dos conceitos indeterminados, cláusulas gerais e regras de textura aberta e, das demandas de massa) tem aberto espaço para mais elevado grau de criatividade do Judiciário, aproximando o juiz do *civil law* ao seu colega do *common law* e, conseqüentemente, exigindo que as

fórmulas utilizadas no *common law* com vistas à consecução da previsibilidade, uniformidade e estabilidade das decisões judiciais (a exemplo do *stare decisis*) sejam também incorporadas aos sistemas dos países de *civil law*, até mesmo para controlar o subjetivismo, a fim de que não culmine em decisionismo.

6. O precedente vinculante afigura-se essencial, especialmente, no Brasil, tendo em vista que o controle de constitucionalidade concentrado convive com o controle difuso, onde qualquer juiz tem o poder-dever de apreciar a constitucionalidade de lei diante do caso concreto. É que se o STF afigura-se o intérprete máximo da Constituição, órgão encarregado de dar a última palavra em matéria constitucional, seria completamente incompreensível e irracional permitir que um juiz decidisse pela constitucionalidade de lei, quando tal Corte já a tivesse declarado inconstitucional, ou vice-versa, apenas porque tal decisão fora prolatada em sede de controle difuso, e não concentrado.

7. Além disso, demonstrou-se que o precedente vinculante é imprescindível para se alcançar diversos princípios agasalhados na Constituição Federal de 1988, tais como: a segurança jurídica, a isonomia, a razoável duração do processo e a efetividade da tutela jurisdicional.

8. Constatou-se que o sistema brasileiro adota o precedente vinculante desde 1993, quando fora inserido o § 2º, ao art. 102, da CF, estabelecendo que “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

9. Defendeu-se que as decisões paradigmáticas do STJ têm tendência vinculante, devendo, num futuro próximo, vir a vincular as instâncias inferiores. Porém, no momento atual, o grande óbice que se identifica à atribuição de eficácia vinculante às decisões do STJ consiste (a) na corriqueira existência de divergência *interna corporis*; (b) na ausência de afetação do julgamento aos órgãos especiais (art. 555, § 1º, CPC), mesmo quando se percebe a possibilidade de divergência entre as Turmas ou Seções da Corte e o potencial efeito multiplicador da demanda e, (c) na dificuldade de fixar o que venha a ser o entendimento definitivo do STJ sobre determinada matéria.

10. Constatou-se também que já há no Direito brasileiro oito hipóteses de precedente vinculante, quais sejam: i) as decisões definitivas do STF no controle concentrado de constitucionalidade; ii) as decisões que deferem liminar em ADIN, ADC e ADPF; iii) as decisões definitivas do Pleno do STF sobre (in) constitucionalidade de lei em sede de Recurso Extraordinário; iv) as decisões do STF acerca da *repercussão geral*; v) as decisões do STF em

Recurso Extraordinário, versando sobre causas repetitivas; vi) as Súmulas Vinculantes; vii) os precedentes do STJ que representem sua jurisprudência uníssona, com relação às turmas recursais estaduais e, viii) as decisões dos Tribunais de Justiça em sede de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestados, única e exclusivamente, em face da Constituição Estadual. Demonstrou-se, também, que, brevemente, serão acrescidas mais duas decisões (as proferidas no incidente de resolução das demandas repetitivas e nos recursos especiais repetitivos) ao rol dos *precedentes obrigatórios* ou *vinculantes*, assim como previsto no Anteprojeto do Novo Código Civil (arts. 898, 903, 906, 956, 957 e 958).

11. Defendeu-se, outrossim, que não há sérios riscos de engessamento da jurisprudência brasileira com a adoção dos precedentes vinculantes. É que os sistemas que adotam *stare decisis* são muito mais flexíveis do que se pensa nos países de tradição romano-germânica. Nesses sistemas, existem técnicas de aplicação e superação do precedente (*distinguishing* e o *overruling*) que permitem, a um só tempo, de um lado, a estabilidade e uniformidade do direito e, de outro, o seu natural desenvolvimento.

12. Não se pode olvidar que a adoção do precedente vinculante em um sistema jurídico, como sói acontecer no Brasil, traz inegáveis consequências, dentre as quais, reputam-se como mais relevantes as seguintes: *a*) o cabimento de Reclamação, para garantir a autoridade dos precedentes obrigatórios; *b*) a litigância de má-fé daqueles que demandam em sentido contrário ao precedente vinculante e, *c*) o cabimento de antecipação de tutela em favor de quem atua em consonância com precedente vinculante.

Na segunda parte do trabalho, revelou-se a preocupação com a eficácia temporal dos precedentes, mormente dos vinculantes, tendo em vista que, atualmente, há diversas hipóteses em que um novo precedente retroage sobre relações jurídicas consolidadas e casos já transitados em julgado, prejudicando aqueles que, calcados na boa-fé objetiva, pautaram seu agir com precisa observância da orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

Após tratar amplamente de dez premissas, que se tomaram como essenciais ao bom entendimento da questão, dentre as quais se destacam (a) a identificação da *norma jurídica* e da *norma individual* nos precedentes dos Tribunais Superiores e, a relação dialética entre a irretroatividade da *norma jurídica* (\approx lei) e irretroatividade da *norma individual* (\approx sentença) e, (b) a classificação dos precedentes quanto à novidade da norma que anunciam em: i) *novo precedente em sentido não surpreendente*; ii) *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito* e, iii) *precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*; analisaram-se os efeitos que os Tribunais Superiores

comumente vêm atribuindo aos seus precedentes e, ao final, criticou-se a prática vigente, sugerindo uma sensível alteração, mediante a correlação entre as mais relevantes espécies de decisões dos Tribunais Superiores e os respectivos efeitos temporais que lhes devem ser atribuídos.

Assim, foi que se construiu uma proposta de sistematização dos efeitos temporais, que devem ser atribuídos a cada um dos tipos de precedentes do STF e STJ, classificados quanto à novidade da norma que anunciam, acreditando o autor ser essa a maior contribuição do presente estudo. Em resumo, conclui-se que:

a) ao *novo precedente em sentido não surpreendente*, tanto o derivado do STF, quanto do STJ, pode ser atribuído até o *efeito retroativo puro*, autorizando o manejo de ação rescisória (art. 485, V, CPC) para desconstituir a coisa julgada formada em sentido contrário ao *leading case* do STF ou STJ. Pelas mesmas razões, tal tipo de precedente do STF enseja impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L, II, § 1º, CPC), quando a decisão houver transitado em julgado com fulcro em norma ou interpretação tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição;

b) ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, defende-se a atribuição de *efeito prospectivo (clássico ou puro)*, se os Tribunais Superiores constatarem que, à luz do quadro fático-normativo vigente à época, teriam decidido da mesma forma que os tribunais ordinários. Por outro lado, em constatando que decidiriam de forma diversa dos tribunais ordinários, mesmo sob a vigência daquelas condições, aí sim, o novo precedente gozaria de *efeito retroativo (clássico ou puro)*. Ressalte-se que, em se constatando a mutação normativa num determinado momento anterior ao surgimento desse precedente, autoriza-se a aplicação de *efeito retroativo clássico* e, em alguns casos, até *efeito retroativo puro*, conforme exemplificado;

c) ao *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, defende-se a atribuição de *efeito prospectivo (clássico ou puro)*; a menos que a mudança de entendimento tenha decorrido de mutação normativa e se possa precisar um determinado momento anterior ao surgimento desse precedente em que a jurisprudência superada perdeu credibilidade, hipótese em que se autoriza a aplicação de *efeito retroativo clássico* e, em alguns casos, até *efeito retroativo puro*, conforme exemplificado;

d) Embora, em regra, deva ser aplicado *efeito apenas prospectivo* ao *novo precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial* e ao *novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito*, as novas normas jurídicas

anunciadas pelos mesmos devem repercutir imediatamente sobre as relações jurídicas de trato continuado (relações permanentes ou sucessivas);

e) a questão atinente à aplicação de *efeito prospectivo clássico* ou *puro*, deve ser solucionada pelo juízo de ponderação no caso concreto, tudo levando a crer que o *efeito prospectivo clássico* se afigura o mais adequado, quando o “vencedor” do recurso que ensejou a alteração da jurisprudência for uma pessoa individualmente considerada; e o *efeito prospectivo puro* se mostra o mais adequado, quando o “vencedor” do recurso, onde se construiu a *nova norma jurídica*, for um “grande ator” (União, telefônica, concessionária de energia elétrica etc.);

f) o efeito prospectivo a termo, a princípio, afigura-se mais ligado à jurisdição constitucional, mormente, aos casos em que é pronunciada a inconstitucionalidade de lei sem declaração de nulidade, permitindo que o legislador atue dentro de prazo razoável, visando à superação da situação inconstitucional. Porém, nada impede que seja aplicado pelo STJ em matéria infraconstitucional, quando a *norma jurídica* anunciada exigir um determinado tempo de maturação, para que a sociedade e o Judiciário se adaptem melhor à mutação normativa.

Enfim, é bastante factível a consecução de maior uniformidade, previsibilidade e isonomia na realização do direito, no sistema brasileiro; sendo para tanto imprescindível uma cultura de respeito aos precedentes e a sistematização da eficácia temporal das decisões dos Tribunais Superiores.

REFERÊNCIAS

ANDEWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 186, p. 299- 312, ago. 2010.

ÁVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio**. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p 413-465.

_____. **Teoria dos Princípios**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios. In: LEITE, G. S. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-135.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 171, p. 9-23, maio 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Noberto. **O Positivismo Jurídico**. Tradução de Mário Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. 5 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Fundamentais e a Globalização. In: LEITE, G. S. (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Curso de Direito Constitucional. 20 ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 239**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 280**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 282**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 283**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 343**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 634**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 635**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 12 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 5**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032>. Acesso em: 04 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_marco_2011.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 708**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14739988/acao-cautelar-ac-112-rn-stf>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº 112**. Relator: Min. Cesar Peluso. DJ, 04 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14739988/acao-cautelar-ac-112-rn-stf>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 1780**. Relator: Nelson Jobim. DJ, 20 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14804077/acao-rescisoria-ar-1780-ce-stf>>. Acesso em: 05 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 1800**. Relator: Eros Grau. DJ, 05 maio 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14733126/agregna-acao-rescisoria-ar-1800-sp-stf>>. Acesso em: 05 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Liminar Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1896-8**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1896&processo=1896>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 197.917**. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ, 10 set. 2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14808040/recurso-extraordinario-re-197917-sp-stf>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 571572**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJe-223, DIVULG 26 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14711952/embdeclno-recurso-extraordinario-re-571572-ba-stf>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **Recurso Extraordinário nº 78594**. Relator Ministro Bilac Pinto. DJ, 04 nov. 1974. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/711192/recurso-extraordinario-re-78594-sp-stf>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **Recurso Extraordinário nº 122202**. Relator: Francisco Rezek. DJ, 08 abr.1994. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749483/recurso-extraordinario-re-122202-mg-stf>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 70514**. Relator: Sydney Sanches. DJ, 27 jun. 1997. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748463/habeas-corpus-hc-70514-rs-stf>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário nº 147.776**. Relator: Sepúlveda Pertence. DJ, 19 jun. 1998. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740871/recurso-extraordinario-re-147776-sp-stf>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.381/RS**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/777276/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2381-rs-stf>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.149/SC**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. DJ, 01 abr.2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766709/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3149-sc-stf>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.702/PR**. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ, 06 fev. 2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769958/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2702-pr-stf>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.967/BA**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ, 19 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769459/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2967-ba-stf>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.632/BA**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJ, 12 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769528/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2632-ba-stf>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11326**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJe-048, DIVULG 14 mar.2011, PUBLIC 15 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18427369/reclamacao-rcl-11326-pe-stf>>. Acesso em: 05 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de petição nº 11.227**. Relator: Min. Castro Nunes. DJ, 10 fev.1945.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 99.435/MG**. Relator: Min. Djaci Falcão. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=191877>>. Acesso em: 09 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328812**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe-078, DIVULG 30 fev.2008, PUBLIC 02 maio 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524429>>. Acesso em 06 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Recurso Extraordinário nº 376.852/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ, 24 nov. 2003. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14804797/recurso-extraordinario-re-376852-sc-stf>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335/AC**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ, 25 ago.2006. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779595/reclamacao-rcl-4335-ac-stf>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 416.827/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ, 24 nov. 2003. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14804797/recurso-extraordinario-re-416827-sc-stf>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.95**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ, 01 set. 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp-stf>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 571.572**. Relator: Min. Ellen Gracie. DJ, 24 nov. 2003. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14804797/recurso-extraordinario-re-416827-sc-stf>>. Acesso em: 16 mar. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Reclamação nº 1.880**. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJe-092, DIVULG 21 maio 2010, PUBLIC 24 maio 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9269210/reclamacao-rcl-1880-mg-stf>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Habeas Corpus nº 70.514**. Relator: Min. Eros Grau. Dj, 01 set. 2006. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-70.514-sp-stf>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário nº 99.435/MG**. Relator: Min. Rafael Mayer. DJ, 19 ago. 1983 Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/730938/recurso-extraordinario-re-99435-mg-stf>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 126**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM>. Acesso em: 12 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 401**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=@docn&tipo_visualizacao=RESUMO&menu=SIM>. Acesso em: 12 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em 15 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 126**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 12 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial 954859/RS**. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. DJ, 27 ago. 2007, p. 252.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial 838031/PB**. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7061257/recurso-especial-resp-838031-pb-2006-0075744-3-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 08 jan. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Questão de ordem no Recurso Especial 1063343/RS**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. DJ, 04 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6068603/questao-de-ordem-no-recurso-especial-qo-no-resp-1063343-rs-2008-0128904-9-stj>>. Acesso em: 26 dez. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial 576873**. Relator: José Delgado. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7404186/recurso-especial-resp-576873-al-2003-0132415-5-stj>>. Acesso em: 08 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência nº 738.689-PR**. Relator: Teori Albino Zavascki. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600432413&pv=00000000000>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1165623/RS**. Relator: Min. Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJ/RS). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16833029/recurso-especial-resp-1165623-rs-2009-0217545-7-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 23 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **Recurso Especial 991030/RS**. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe, 15 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6988270/recurso-especial-resp-991030-rs-2007-0225823-0-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Mandado de Segurança 11.045/DF**. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. DJe, 25 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8577617/mandado-de-seguranca-ms-11045-df-2005-0164619-0-stj>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Recurso Especial 1026234/DF**. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. DJe, 11 jun. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=2008/0022741-1&dt_publicacao=11/06/2008>. Acesso em: 26 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Embargos de divergência no Recurso Especial 1026234/DF**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe, 25 maio 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **Medida Cautelar nº 17.192/RJ**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe, 25 maio 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução nº 12/2009**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 27 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 399.357/SP**. Relatora: Min. Nancy Andrigui. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6070699/recurso-especial-resp-399357-sp-2001-0196900-6-stj/voto>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 591.708**. Relator : Min. Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/174000/recurso-especial-resp-591708-rs-2003-0162540-6-stj>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1v.

CAMBI, Eduardo. **Jurisprudência Lotérica.** RT 78/108-128. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2001.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domines. Súmulas Vinculantes. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 34, n. 168, p. 143-160, fev. 2009.

CAMPOS, Hélio Silvio Ourem. **A Constituição Brasileira de 1988 e o Princípio da Segurança Jurídica no Âmbito das Medidas Provisórias Tributárias.** Recife: Companhia Editora de Pernambuco - CEPE, 2007. 1 v.

CANARIS, Claus Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

_____. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** 2 ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil.** Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. 1 v.

_____. **Sistema de derecho procesal civil.** Tradução de Niceto Alcalazamora y Castilho; Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: UTHEA, 1944.

CARPENA, Márcio Louzada. Os Poderes do Juiz no Common Law. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 35, n. 180, p. 195-220, jan. 2010.

CARRAZZA, Antônio Roque. **Segurança Jurídica e Eficácia Temporal das Alterações Jurisprudenciais: Competência dos Tribunais Superiores para Fixá-la – Questões Conexas.** Efeito *Ex Nunc* e as Decisões do STJ. 2 ed. Barueri: Manole, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.1 v.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. O Regime Processual das Causas Repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 179, p. 183-190, jan. 2010.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação Constitucional. In: FARIAS, C. C.; DIDIER JR., F. (Org.). **Procedimentos Especiais Cíveis**: Legislação Extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. 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 de Tributar**. São Paulo: Noeses, 2009.

DIDIER JR. Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 187, p. 69-83, jan. 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 5 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. 2 v.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. 3 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Justiça Constitucional, la doctrina prospectiva en la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, v. 22, n. 92, p. 5-16, out/dez. 1989.

FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**: Arts. 1º a 1.220. Atualizado por J. E. Carreira Alvim. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Irretroatividade e Jurisprudência Judicial. In: FERRAZ JR., T. S.; CARRAZZA, R. A.; NERY JUNIOR, N. **Efeito *Ex Nunc* e as Decisões do STJ**. 2 ed. Barueri: Manole: Minha Editora, 2009.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Breves Considerações Acerca da Construção da Norma Jurídica Diante do Caso Concreto. **Revista da AJURIS**, ano XXXVII, n. 117, p.245-255. mar. 2010.

_____. **Interpretação Criativa e Realização do Direito**. Recife: Bagaço, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. O Processo: Estudos e Pareceres. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

_____. **A Reclamação para Garantia da Autoridade das Decisões dos Tribunais**. O Processo: Estudos e Pareceres. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009.

_____. **Paixão e morte do contempt of court brasileiro**. O Processo: Estudos e Pareceres. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Problemas da Filosofia do Direito. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010a.

_____. **A Teoria do Direito Norte-Americana pelos Olhos Ingleses: O Pesadelo e o Nobre Sonho**. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010b.

_____. **O Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010c.

_____. **Diamante e Cordão: Holmes sobre a Common Law. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia.** Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010d.

_____. **Kelsen Visitado.** Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010e.

HILL, Christopher. **Origens intelectuais da revolução inglesa.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental.** Tradução de Marylene Pinto Michael. Revisão técnica da tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada.** 4 ed. Tradução de Alfredo Buzaide e Benevindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

LOSANO, Mario **Os Grandes Sistemas Jurídicos.** Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** Tradução de Waldéa Barcellos. Revisão técnica da tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

_____. **Proposta de Alteração do CPC para Atribuir Força aos Precedentes**. A Força dos Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2010b.

_____. **Coisa Julgada Inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b.

_____. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008c.

_____. Aproximação Crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

_____. Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 184, p. 9-41, jun. 2010c.

_____. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais (A Questão da Relativização da Coisa Julgada Material). In: DIDIER JR., F. (Org.). **Relativização da Coisa Julgada**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008d, p. 263-286.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: IDP, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5 ed. 3 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA JR., Delosmar Domingos de. Agravo Interno. In: NERY JUNIOR, N; WAMBIER, T. A. A. (Org.) **Recursos no Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista AJURIS, Porto Alegre, n. 103, 2006, p. 69-94.

MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica**. Tradução de Carlos Sierra. 2 Ed. México: FCE, 1989.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II: Constituição. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Constitucionalidade e Garantia da Constituição. 2 ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da ação rescisória**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V: arts. 444 a 475. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 3 ed. Rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.**: arts. 476 a 565. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 5 v.

_____. **O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo.** Temas de Direito Processual: (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. **Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos: um enfoque comparativo.** Temas de Direito Processual: (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007b.

_____. Algumas inovações da Lei 9.758/1998. In: WAMBIER, T. A. A.; NERY JR., N. (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/1998.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 321-330.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga.** 2 ed. Campinas: Millennium, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Boa-fé Objetiva e Segurança Jurídica: Eficácia da Decisão Judicial que Altera Jurisprudência Anterior do Mesmo Tribunal Superior. Efeito *Ex Nunc* e as Decisões do STJ.** 2 ed. Barueri: Manole, 2009.

_____. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria Geral dos Recursos.** 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil em vigor.** 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis.** São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil.** 2 ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 19 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 1 v.

PINTO, Valentina Mello Ferreira. A Comparison between the writ of certiorari in the United States na the extraordinary appeal's general repercussion requisite in Brazil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 187, p. 113-140, set. 2010.

PORTO. Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Civil**. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Tradução de Virgínia K. Pupi. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. A nova retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 8 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

SALDANHA, Nelson. Justiça. In: FRANÇA, R.L. (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. 47 v.

_____. **Ordem e Hermenêutica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 181, p. 38-58, mar. 2010.

SATO, Priscila Kei. Jurisprudência (pre)dominante. In ALVIM, E. P.; NERY JR., N. (Org.). **Aspectos polêmicos e Atuais dos recursos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente en el common law**. Madrid: Civitas, S. A., 1995.

SILVA, Odilson Cardoso da. **A ascensão do Nazismo**. Resumo de monografia apresentada ao programa de Pós-Graduação em *Lato Sensu* em História do Século XX - Universidade Cândido Mendes. Disponível em: <<http://www.simonsen.br/rds/hist/odilson.php>>. Acesso em: 13 abr. 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOBOUL, Albert. **História da Revolução Francesa**. Tradução de Hélio Pólvora. Terceira edição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

SURGIK, Aloísio. Racionalismo. In: FRANÇA, R.L. (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. 47 v.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 181, p. 167-172, mar. 2010a.

_____. Observações sobre os Modelos Processuais de Civil Law e de Common Law. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 110, n. 141, p. 141-162, 2008.

_____. **Precedente e jurisprudência**. Tradução de Rafael Zanatta. Disponível em: <<http://cadernodeestudosjuridicos.blogspot.com/2010/03/precedente-e-jurisprudencia.html>>. Acesso em: 14 dez. 2010b.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das Decisões Judiciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TREVELYAN, George McCaulay. **A Revolução Inglesa: 1688-1689**. Tradução de Leda Bozacian. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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. 121-174, jun. 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade. In: FARIAS, C. C.; DIDIER JR., F. (Org.). **Procedimentos Especiais Cíveis: Legislação Extravagante**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZANETI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo: A Virada do Paradigma Racional e Político no Processo Civil Brasileiro do Estado Democrático Constitucional**. Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, set. 2005.